

II. ¿ES LA DOGMÁTICA JURÍDICA "DOGMÁTICA"?	17
1. Sobre el concepto de dogma	17
El dogma referido a las normas	18
2. El jurista y el dogma	18
Iusnaturalismo y positivismo jurídico	19
3. La ideología básica de la dogmática jurídica	21
4. La aceptación dogmática del derecho positivo	28
5. Kelsen y la reconstrucción de la ideología dogmática	34

II. ¿ES LA DOGMÁTICA JURÍDICA “DOGMÁTICA”?

La denominación “dogmática jurídica” con la que, entre otras, corrientemente se hace referencia a la actividad de los juristas, nos parece que es de todas (doctrinas de los autores, “jurisprudencia”, “ciencia del derecho”) la que nos orienta más profundamente en la caracterización de la misma, ya que pone de manifiesto el lugar central que ocupa en esta actividad la aceptación dogmática de determinados presupuestos.

1. SOBRE EL CONCEPTO DE DOGMA

Mientras la aceptación científica de la verdad de una proposición empírica supone que se cuente con pruebas de validez intersubjetiva, la creencia dogmática se integra con la mera convicción subjetiva, la fe. El dogma no está abierto al debate crítico ni al *test* de los hechos; se obvian los criterios que determinan nuestro derecho a estar seguros de la verdad de una proposición (que es uno de los requisitos del conocimiento).¹

Nos inclinamos a pensar que la distinción entre creencia científica y creencia dogmática no es absoluta sino que es relativa a los criterios mencionados, ya que el límite entre ambas puede variar según las exigencias de aquéllos. Además, los criterios con que se juzga el carácter científico de una creencia pueden ser aceptados, ellos mismos, no científicamente sino dogmáticamente. O sea que la distinción que consideramos no está dada por elementos definidos y terminantes sino que, presupuestadas determinadas pautas (tal vez dogmáticamente) que nos habilitan a sostener la verdad de una proposición, cualquier aceptación de una proposición por debajo de las exigencias estipuladas será dogmática; si cumple con ellas será admitida como científica.

Los criterios vigentes definitorios de la científicidad de una creencia requieren que ella no sea el producto de una mera convicción subjetiva, sino que haya sido confirmada directa o indirectamente por experiencias comunicables de un conjunto de individuos. Esta exigencia, se afirma, es el único medio que permite cierto grado de seguridad y control sobre las ilusiones, los prejuicios, las ideologías deformantes, etcétera, que pueden motivar una convicción individual.

¹ Ayer, A. J., *El problema del conocimiento*, EUDEBA, Buenos Aires, 1968, p. 37.

El dogma referido a las normas

También se habla de “dogma” con referencia a las prescripciones mandatos o normas. La dogmática religiosa por ejemplo, comprende, además de teorías sobre aspectos fundamentales de la realidad, prescripciones acerca de cursos de conducta vitales.

Aquí, por supuesto, la calificación de dogmática no se refiere al modo de aceptar la verdad de enunciados, ya que estas expresiones lingüísticas no son susceptibles de predicación veritativa, sino a otro tipo de actitudes respecto a ellas. Las normas no son pasibles de ser calificadas como verdaderas o falsas, pero sí como justas o injustas, convenientes o inconvenientes, oportunas o inoportunas, gravosas o tolerantes, razonadas o caprichosas, etcétera.

Dada esta característica distintiva del uso del lenguaje normativo, se dirá que se acepta “racionalmente” una norma si se la sostiene u obedece luego de haberla confrontado con determinados criterios de justicia, conveniencia, oportunidad, etcétera, y que se la acepta “dogmáticamente” si se la sostiene u obedece sin una previa confrontación con criterios de esa especie (los criterios, a su vez, pueden ser aceptados dogmáticamente).

La estimación axiológica puede ser directa o derivándola de otra norma que la implica y que ya ha sido objeto de apreciación valorativa. Pero este proceso de derivación no puede ser indefinido y, por lo tanto, habrá normas que por no ser derivadas de otras deben ser confrontadas directamente con criterios axiológicos. Esto es análogo a lo que sucede con las proposiciones: una forma de justificar la verdad de una proposición es mostrando que deriva lógicamente de otra proposición cuya verdad está demostrada. Con respecto a las proposiciones la derivación tampoco puede ser indefinida, y en algún punto nos encontraremos con proposiciones que no se las haga derivar de otras, por consiguiente, su verdad ha de ser establecida confrontándolas con los hechos.

2. EL JURISTA Y EL DOGMA

Existe un conjunto amplísimo de prescripciones: desde la que ordena que no se obligue a nadie a declarar contra sí mismo, por ejemplo, hasta la del asaltante que reclama al transeúnte: “Entrégueme su dinero”... Todo científico selecciona su objeto de investigación de acuerdo con determinados criterios clasificatorios metacientíficos y el jurista debe hacer lo propio. Uno de los problemas fundamentales de la teoría general del derecho consiste en establecer criterios para acotar el objeto de la ciencia del derecho. Aquí supondremos que él mismo está constituido por normas (*malgré*, los ególogos y ciertos realistas), o sea por el con-

tenido de ciertas expresiones lingüísticas con las que se intenta dirigir, justificar, criticar, etcétera, la conducta de los individuos. Por supuesto que esto acota sólo trivialmente el objeto de la dogmática: habría que intentar separar, como es usual, las normas morales, religiosas, de usos sociales, etcétera, de las jurídicas. Como tal tarea nos embarcaría en un tratado de filosofía del derecho, supondremos obviado el problema. Tampoco entraremos en el tema referido a cómo el dogmático selecciona por su vigencia territorial las normas que son el objeto de su estudio. Y, por último, tampoco nos preocuparán aquí los criterios utilizados para seleccionar por su contenido las normas de que se ocupan los juristas de las distintas materias. Lo único que nos interesará en esta oportunidad es resolver las siguientes cuestiones: *a)* ¿la inclusión de tales o cuales normas en ámbito de investigación del jurista, supone algún tipo de aceptación o reconocimiento de las mismas?; *b)* en caso de que la respuesta a la pregunta anterior sea afirmativa, ¿esa aceptación o reconocimiento de las normas incluidas en su sistema, es "racional" o "dogmática", en los sentidos que acabamos de establecer?

La elucidación de estos interrogantes nos obligará a hacer una digresión previa relativamente extensa.

Iusnaturalismo y positivismo jurídico

Algunas concepciones muy difundidas sostienen que el derecho lleva implícito algún tipo de propiedad ética específica que lo distingue de un orden de pura fuerza, por lo cual el jurista para determinar su objeto debe hacer una estimación axiológica de las principales normas vigentes. Afirmar esto y postular, más o menos vagamente, los criterios valorativos respecto a los cuales debe juzgarse a un ordenamiento para determinar su carácter jurídico, constituye el programa iusnaturalista. Para esta posición la idea de justicia integra necesariamente el concepto de derecho. Un orden que no está basado en la justicia, aunque sea imperfectamente, carece de *validez* o *fuerza obligatoria*, que son propiedades definitorias del orden jurídico. La validez no es una característica observable o sea verificable empíricamente, sino que es aprehensible por medio de una captación intelectual, por intuición.² Esta caracterización extremadamente superficial del iusnaturalismo nos sirve, sin embargo, para concluir que es una consecuencia de esta concepción la afirmación de que el jurista estaría mal encaminado si no hace una apreciación valorativa de las normas que pretenden ingresar a su sistema; en caso contrario, su

² Ross, Alf, "El concepto de validez y el conflicto entre el positivismo jurídico y el derecho natural" en el volumen *El concepto de validez y otros ensayos*. Centro Editor de América Latina, vol. 6, Buenos Aires, 1969, p. 16 (Col. Filosofía y Derecho).

ceguera dogmática lo llevaría a confundirlo todo, poniendo en el mismo caso al derecho con el régimen de un gánster.

Frente a esta posición se levanta el positivismo jurídico. Algunas de las corrientes que integran esta concepción opondrán una teoría ética distinta a la que fundamenta la expuesta precedentemente. Se dirá que los términos éticos no designan propiedades objetivas cuya existencia sea verificable. Los juicios éticos no son decidibles por criterios de verdad o falsedad. Algunas de las posiciones más extremas dirán que no estamos ante verdaderos juicios sino ante expresiones de emociones o frente a directivas tendientes a influir en la conducta de otros. Para esta concepción las proposiciones iusnaturalistas son metafísicas porque no cumplen con los criterios de significado empírico, por lo cual, no siendo analíticas, carecen de significado alguno.

Los términos "validez" o "fuerza obligatoria", como lo concede el iusnaturalista, no hacen referencia a una propiedad observable del orden jurídico y, por lo tanto, y esto no lo admite aquél, no se refieren a propiedad alguna, sino que su asignación a un sistema expresa la aprobación del que la hace y su deseo de que el ordenamiento en cuestión sea aplicado y obedecido. De esto se deduce que el derecho debe ser descrito en términos puramente fácticos, es decir, basándose en características observables. Para otras posiciones iuspositivistas esta conclusión se impone aun sin tener en cuenta las argumentaciones anteriores, fundamentándose en la conveniencia de mantener metódicamente separados el derecho y la moral y en la dificultad para obtener un acuerdo axiológico. En base a esto el positivismo jurídico prescribirá al jurista que, si desea describir científicamente el derecho, deberá dejar de lado toda estimación valorativa del sistema normativo. Su objeto deberá acotarlo teniendo en cuenta exclusivamente criterios basados en propiedades empíricas.

Es posible que ambas posiciones tachen a los juristas embarcados en la corriente contraria de dogmáticos, en sentido peyorativo. El iusnaturalista podría decir que la inclusión, en el objeto de estudio del jurista, de normas que no han sido objeto de una previa discriminación valorativa es la prueba más cabal de una aceptación dogmática de las mismas. El positivista posiblemente se defendería afirmando que esa inclusión mediante criterios neutros al valor, no implica, naturalmente, ni aceptación ni rechazo de esas normas y algunos devolverán la crítica con redoblada fuerza acusando al iusnaturalista de caer en el peor de los dogmatismos al aceptar e incluir en su elaboración teórica postulados valorativos indiscernibles científicamente, al pretender influir ideológicamente bajo la cubierta de seudoproposiciones teóricas, al afirmar la existencia de valores absolutos y objetivos sin proporcionar criterios adecuados de verificación. La polémica continúa indefinidamente sin que sea prudente

seguirla en todas sus derivaciones. Lo importante es ahora averiguar cómo se reflejan estas concepciones en la dogmática jurídica.

3. LA IDEOLOGÍA BÁSICA DE LA DOGMÁTICA JURÍDICA

Frente a las posiciones expuestas en el párrafo precedente es muy difícil determinar qué grado de adhesión reciben por parte de los juristas dogmáticos. Naturalmente hay juristas que aceptan la tesis del iusnaturalismo y hay otros que se adhieren al positivismo jurídico. No es interesante aquí hacer una encuesta acerca de la proporción en que predominan una u otra posición entre los juristas. Es obvio, no obstante, que la concepción iusnaturalista tuvo una vigencia más extensa en la historia del derecho, y que los embates del positivismo jurídico sólo se hicieron sentir con fuerza en época cercana.

A pesar de este hecho, hay que señalar algo que es de fundamental importancia para lo que seguirá: no obstante la más clara adhesión al derecho natural, incluso en tiempos en que esta posición era la "absolutamente predominante, cuando los juristas desarrollan elaboraciones dogmáticas formulan proposiciones en apariencia francamente positivistas. Así, no debe sorprendernos encontrar en tratados jurídicos, en cuya parte general se había hecho profesión de fe iusnaturalista, afirmaciones de este tipo dirigidas a apoyar determinada interpretación de una norma jurídica: "el jurista debe describir la ley le guste o no le guste"; "la ciencia del derecho se integra con proposiciones de *lege lata* y no de *lege ferenda*"; "la jurisprudencia comprende materiales que una autoridad exterior le ha impuesto y de la que no es responsable".³

¿Cómo se explica este hecho? ¿Contradicción entre los ideales y la realización práctica? Creemos que la explicación es más profunda que la proporcionada por la mera imputación de una inconsecuencia de esa especie.

Cuando se habla de iusnaturalismo no es posible hacerlo con la generalidad con que lo hicimos precedentemente. La doctrina del derecho natural tiene muchas y complejas variantes. Generalmente se tiende a discutir sobre el tema teniendo en mente la concepción teológica propia de la escolástica. Para Santo Tomás la ley natural es el conjunto de prescripciones que Dios puso en la razón humana. El orden positivo que no estuviera basado en esa ley era propio, como decía San Agustín, de "una banda de ladrones". Esta concepción daba un marco amplio y general dentro de cuyos límites debía moverse un orden humano para ser considerado derecho. El iusnaturalismo teológico ni comenzó ni se extin-

³ Von Ihering, Rudolf, *El espíritu del derecho romano*, abreviatura de Fernando Vela, "Revista de Occidente Argentina", Buenos Aires, 1947, p. 227.

guió con Tomás de Aquino, a pesar de que éste le dio su formulación magistral y aún hoy continúa vigente en corrientes que generalmente se autodeterminan "neotomistas".

Pero el racionalismo significó en este punto, como en tantos otros, una verdadera commoción intelectual. Al mismo tiempo que se sustituyeron los dioses religiosos por la razón, también se reemplazaron las bases teológicas del derecho natural por pretendidos fundamentos racionales. El camino ya estaba marcado por Grocio, quien afirmaba que el derecho natural podía constituirse aun suponiendo la inexistencia de Dios. Pero los iluministas llevaron la concepción a sus últimas consecuencias. El derecho debía reconstruirse sobre bases racionales. De unos pocos principios, fundados sobre pretendidas generalizaciones acerca de la estructura de la razón humana, se proponía deducir conclusiones referentes a los más circunscriptos temas jurídicos.

Algunos juristas llevaron, efectivamente, este programa adelante y formularon sistemas de soluciones jurídicas, que pretendían ser deducidas totalmente de unos pocos axiomas autoevidentes, con absoluta independencia del derecho positivo. Esto llevó, como afirma Ross,⁴ a una duplicación del derecho; al lado de las normas positivas del momento —inorgánicas, imprecisas, muchas veces contradictorias—, se opuso un sistema supuestamente consistente, completo y racional. Además, según el mismo autor, cambió la ideología respecto a los destinatarios de las normas del derecho natural; antes se entendía que estaban dirigidas al legislador para que siguiéndolas, diera a sus normas validez moral y fuerza obligatoria; ahora se sostenía que esas normas se dirigían directamente a los súbditos que tenían en virtud de ellas derechos y obligaciones.

Las consecuencias de esto, según el autor que seguimos, fueron decididamente funestas. Se creó una tremenda confusión entre el sistema positivo y el formulado por los juristas. Se desatendió totalmente el análisis del derecho vigente. Mientras, en la concepción teológica, la teoría del derecho natural se limitaba a enunciar pautas muy generales, no perturbaba mayormente la investigación científica del derecho positivo. Pero con el racionalismo, el derecho natural llegó a los contratos, a las hipotecas, a las sucesiones, al derecho de familia y a cualquier relación jurídica por insignificante que fuese. De este modo, la investigación jurídica se sumió en la más deleznable de las confusiones.

Nosotros creemos que esta concepción no fue, sin embargo, tan perturbadora para la ciencia del derecho a causa de un fenómeno paralelo. El hecho fue que el racionalismo iusnaturalista influyó efectivamente en la reforma del derecho positivo. Sus cáusticas críticas acerca de la

⁴ Ross, Alf. *Sobre el derecho y la justicia*, EUDEBA, Buenos Aires, 1963, p. 241.

inorganicidad e imprecisión de las normas vigentes —muchas de ellas consuetudinarias— dieron impulso, a mediados del siglo XVIII y durante el siglo XIX, al movimiento de codificación. Al mismo tiempo, las ideas de la Ilustración se hicieron sentir con fuerza en el plano político iniciándose un proceso que llevó a la burguesía al poder, manifestándose a través de parlamentos que pretendían reflejar la voluntad general roussoniana.

De este modo, el sistema jurídico ideal que, en contraposición al orden positivo, formulaba el racionalismo iusnaturalista pasó a concretarse legislativamente. Este hecho trascendental en la historia del derecho modificó sustancialmente la actitud de los juristas hacia el orden positivo. Los nuevos códigos ejercieron una real fascinación sobre los hombres de derecho; no pudieron eludir la sugestión —en parte justificada por las evidentes ventajas técnicas que presentaban esos cuerpos sobre el derecho anterior— de que por fin se había dado con un sistema racional que reflejara en sus más íntimos aspectos la naturaleza humana y se fundamentara en la voluntad general. Pensaban que se habían descubierto los principios últimos, inmutables y absolutos, que rigen la convivencia del hombre en sociedad.

Ante el nuevo orden, los revolucionarios de antes se convirtieron, al ver concretados sus ideales, en los más severos conservadores del mismo. El propio Napoleón sentó la tónica con sus prevenciones sobre cualquier interpretación deformadora de su código y su reacción ante el primer comentario al mismo (*mon Code est perdu*). Los juristas no fueron lerdos en esta actitud de reverencia a la gran obra. Laurent decía: “Los códigos no dejan nada de arbitrio al intérprete. Éste no tiene ya por misión hacer el derecho. El derecho está hecho. No existe incertidumbre pues el derecho está escrito en textos auténticos.” Bugner afirmaba: “No conozco derecho civil, sólo enseño el Código de Napoleón.” Demolombe se exaltaba: “Mi divisa, mi profesión de fe es la siguiente: ¡Los textos ante todo!” Aubry describe así la nueva ideología: “La ley toda, tanto en su espíritu como en su letra, con una extensa aplicación de sus principios y el más completo desenvolvimiento de sus consecuencias, *pero nada más que la ley*, tal ha sido la divisa de los profesores del Código de Napoleón. Sus alumnos han sido conducidos en esta vía de conservación progresiva.”⁵

A pesar de responder a la misma ideología iusnaturalista, hay una relevante diferencia de actitud entre los juristas anteriores al movimiento de codificación. Domat y Pothier, por ejemplo, en sus tratados, construían un sistema de normas jurídicas “según su orden natural” (tal como se

⁵ Estas citas han sido extraídas de Joaquín Llambías, *Tratado de Derecho Civil*. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, t. I, 1961, p. 99.

llamaba la obra del primero) y sólo basado parcialmente en el derecho romano y en las costumbres francesas —en tanto y en cuanto coincidieran, por accidente, con la *razón* aplicable a todos los países y a todos los tiempos. Los comentaristas del Código de Napoleón, en cambio, como Troplong y Demolombe, por considerar a ese cuerpo la expresión misma de la *razón natural*, se veían obligados a justificar todas las soluciones en algún artículo concreto del código. La misma ideología fundamentaba actitudes opuestas a las originadas dado el cambio de la legislación positiva en el sentido postulado por el racionalismo.

La nueva actitud se extendió y desarrolló tanto entre los juristas que estableció una cesura muy clara entre los presupuestos, los métodos y las funciones de la labor jurídica en los períodos anterior y posterior a la codificación. La labor de los exégeticos se puede distinguir aún netamente de la de los glosadores. Obsérvese si no la diferencia que existe respecto al mismo tema entre, por ejemplo, el desarrollo de los comentaristas del artículo 3º, inciso 3º del Código Civil francés que determina la extraterritorialidad del estatuto personal y la famosa glosa de Acurcio que extrajo una conclusión equivalente de la ley *cunctos populus* del Código de Justiniano, cuyo texto afirmaba simplemente que los súbditos del imperio debían profesar la religión cristiana. Aunque se diga que con respecto a esta escuela sólo hay una diferencia de grado de sujeción a los textos, afirmación que debe tomarse con reservas, la misma es tan grande y clara que justifica que digamos que en este periodo surgió una forma original de labor jurídica y una actitud del jurista hacia el derecho positivo.

Es necesario destacar que la actitud de respeto y sujeción de la exégesis hacia el orden establecido no se debió sólo a la coincidencia de éste con los ideales a los que se adherían los juristas de la época, sino también a determinadas características técnicas que ofrecía ahora el derecho. El derecho anterior a la codificación de los siglos XVIII y XIX era un conjunto de disposiciones asistemáticas, incompletas, muchas veces contradictorias, dictadas bajo la presión de necesidades específicas, con un grado muy grande de imprecisión, que variaban según las distintas regiones y condados y cuyo origen era generalmente consuetudinario. Estas características hacían que fuera, en general, muy difícil identificar con precisión el derecho positivo, por lo cual el jurista tenía un amplio juego de normas para justificar determinada solución. Siempre era posible encontrar una disposición legal o una *coutume* en apoyo de determinada tesis jurídica. Ahora el jurista se encontraba con un cuerpo orgánico y con un alto grado de completitud y coherencia compuesto por relativamente pocas normas. Esto representó un fenómeno nuevo en la historia del derecho. Ni aun la célebre codificación justiniana reunía estas propie-

dades, ya que era simplemente una recopilación sistemática de leyes, edictos, senadoconsultos, opiniones de los juristas, etcétera. Con la codificación el jurista podía identificar con precisión el derecho positivo, y su campo de posibilidades interpretativas se estrechaba considerablemente. Además, conocía las razones que daban origen a las distintas normas y reconocía a un legislador de carne y hueso detrás de las mismas, que expresaba sus fines al sancionarlas, que daba ejemplos de aplicabilidad de esas normas, que señalaba su extensión, etcétera.⁶

Cuando decimos que este fenómeno histórico, determinado por un cambio en la legislación positiva y una modificación de la actitud del jurista respecto a la misma, estableció una verdadera censura en la historia de la jurisprudencia, no queremos significar que este hecho sea absolutamente singular. Por cierto que hubo períodos en que se produjeron cambios relevantes en el papel de jurista, como el que relata Ihering⁷ cuando se refiere a la influencia que tuvo la institución de la pretura en Roma respecto a la modificación de la labor de los juristas. Esos cambios generales estuvieron determinados por la misma causa que provocaron el que en esta oportunidad estudiamos: una modificación del derecho positivo de modo de hacerlo más fácilmente identificable y una coincidencia del nuevo orden con los ideales de los juristas. Es posible que haya un movimiento de avance y regreso y que transcurrido cierto tiempo los juristas comiencen a hacer lo que Ihering⁸ ha llamado “una guerra tranquila contra la ley” una vez que sus ideales van cambiando, las circunstancias fácticas se van modificando, el derecho se va haciendo menos sistemático, completo y coherente (por vía de reformas parciales, agregados, interpretaciones jurisprudenciales contradictorias etcétera). Pero el movimiento que consideramos se destaca de los anteriores por varias razones: nunca los ideales de los juristas fueron tan explícitos e influyeron tanto en la reforma del derecho positivo como los del racionalismo, nunca la legislación positiva tuvo un grado tan alto de sistematización como la codificación de los siglos XVIII y XIX y nunca los juristas reflexionaron tanto sobre su nuevo papel y sus nuevos presupuestos como después de esa codificación. De tal modo que aunque en períodos posteriores, como en seguida veremos, se sintieron pequeños movimientos del *torno e ritorno*, a los que acabamos de referirnos, en ese momento se lanzaron las bases de una nueva ideología de los juristas que todavía está vigente.⁹

⁶ Soler, Sebastián, *La interpretación de la ley*. Ariel, Barcelona, 1962, p. 8.

⁷ *Op. cit.*, p. 256.

⁸ *Op. cit.*, p. 275.

⁹ Como decimos en la introducción, tal vigencia está limitada a determinado ámbito geográfico, a saber: el de la Europa Continental, incluyendo en cierta medida a los países escandinavos y algunos de los socialistas —notablemente Polonia, como lo muestran los trabajos

En las épocas posteriores hubo fuertes reacciones contra la exégesis y, en general, contra el llamado “conceptualismo jurídico”.¹⁰ Las mismas vinieron por vía de escuelas jurídicas como la llamada “científica”, la “del derecho libre”, la “jurisprudencia de intereses”¹¹ y por corrientes

que citaremos en el capítulo v, y el de Iberoamérica. Obviamente hay que excluir a los países en que predomina el sistema del *common law* —en primer lugar, Inglaterra y Estados Unidos. Aun dentro del ámbito de influencia del derecho romano, la vigencia de esta ideología es desigual. En la América hispánica quizá tiene más fuerza que en Europa, en donde el derecho privado y en algunas ramas del derecho público, no así en el derecho penal, tiende a imponerse la ideología de la jurisprudencia de intereses.

10 La generalización que hacemos en el texto al hablar de “conceptualismo jurídico” se justifica por el hecho de que la escuela exegética no fue la única corriente jurídica que se adhirió a la ideología que aquí caracterizamos, aunque sí la que lo hizo con más fuerza. En Alemania, en una época posterior a la exégesis francesa, surgió la llamada “jurisprudencia de conceptos” —*Bergriffsjurisprudenz*—, que tuvo amplia influencia en la ciencia jurídica de origen romano, incluso en la nuestra. Esta corriente constituye una derivación de la escuela histórica de Savigny y Puchta, aunque se establecen diferencias fundamentales con los postulados originarios de aquélla. Ihering, en *El espíritu del derecho romano*, hace una descripción comprensiva del método de esta escuela y fue, en verdad, uno de sus precursores, aunque luego reaccionó vivamente contra la misma y sentó los fundamentos de la escuela opuesta, que explicaremos en la nota siguiente. Los postulados de la *Bergriffsjurisprudenz* pueden resumirse superficialmente con las siguientes proposiciones:

a) actitud de adhesión formal al derecho legislado que se lo supone completo, preciso y coherente; b) adopción de la tesis de la escuela histórica que consiste en considerar al espíritu del pueblo —*Volkeist*— como la fuente por excelencia del derecho, suponiendo que ese espíritu está reflejado fundamentalmente en las opiniones de los juristas; c) las ideas jurídicas de los científicos del derecho se encarnan en los “conceptos jurídicos fundamentales”; tales conceptos son considerados como realidades: Ihering habla de cuerpos jurídicos y postula que sean estudiados con el método de las ciencias naturales; d) hay una relación causal entre los conceptos jurídicos, las normas legisladas y las consecuencias sociales de las mismas; e) mediante la formulación, clasificación y combinación de los conceptos jurídicos, método llamado “construcción”, es posible formular nuevas reglas, contenidas implícitamente en el derecho legislado; f) la tarea del juez es puramente cognoscitiva. No debe hacer evaluaciones en base a las consecuencias prácticas de su resolución. Debe inferir mecánicamente aquella de las reglas obtenidas mediante la construcción de conceptos. Para un estudio detallado, aunque inevitablemente crítico, de la jurisprudencia de conceptos, es sumamente provechosa la lectura de los trabajos incluidos en el volumen *The Jurisprudence of Interests*, Harvard University Press, 1948. Sobre todo son recomendables los artículos de Max Rümelin, “Development of legal theory and teaching during my lifetime”, y de Philipp Heck, “The jurisprudence of interests, an outline”, que hemos tomado como base de esta descripción.

11 Esta corriente es, quizás, de todas las mencionadas en el texto la que contó con más lúcidos pensadores y un esquema conceptual más claro. Los representantes más relevantes de la jurisprudencia de intereses, o escuela de Tübingen, fueron Gustav y Max Rümelin y Philipp Keck, y reconoce como antecedentes a: Ihering, en la segunda etapa de su elaboración teórica, Gustav Hartmann y Otto Wendt, entre otros. El combate de esta escuela no fue directamente contra la exégesis, sino contra la “jurisprudencia de conceptos”, pariente más próspero de la anterior, que describimos en la nota precedente. La *Interessenjurisprudenz* mostró agudamente los vicios más gruesos del método de la escuela conceptual. En especial, puso de manifiesto que los juristas que adhieren a los postulados de esa escuela realizan una efectiva reformulación del derecho legislado, aunque encubren esa actividad mediante presuntas operaciones lógicas a partir de tal derecho, que, en realidad, padecen de falacias tales como la de *guaternio terminorum* o equivocación. De este modo, por ejemplo, se aprovecha un término ambiguo, usándolo en ambos de sus significados

de motivación netamente política, como las que correspondían al marxismo y al fascismo que atacaban las bases ideológicas de la escuela exegética. Las críticas eran variadas y con distinto fundamento; unos oponían una concepción iusnaturalista diferente a la que fundamentaba el racionalismo (muchos proponían una vuelta al derecho natural teológico); otros clamaban contra el congelamiento del derecho que llevaba esta escuela; se exigía atender a las fuentes "reales", a la realidad social; se rechazaba la restricción de la función judicial implicada por la teoría exegética, afirmando que la sentencia judicial no es la conclusión de un silogismo, sino que es el resultado de la apreciación de una serie de factores axiológicos y sociológicos; se imputaba a la exégesis responder solapadamente a los intereses de la burguesía, etcétera.

Significaría una grave imprudencia despreciar la profundidad de algunas de estas críticas y la influencia que ejercieron en la tarea de los juristas. Sin embargo, lo cierto es que tales reacciones no pudieron alterar sustancialmente la adhesión de los juristas posteriores a uno de los principios básicos sentados por la exégesis. Esta escuela había formulado dos axiomas para la tarea del jurista, como bien lo afirma el profesor

sucesivamente o se utiliza una clasificación para establecer nuevas reglas jurídicas que no fueron previstas cuando la clasificación fue hecha o se derivan normas jurídicas originales de conceptos creados para explicar las existentes (algunas de estas técnicas de modificar encuviertamente el derecho legislado son estudiadas en los dos capítulos siguientes de este libro). Los representantes de esta escuela reconocen que este método de la corriente conceptualista tiene la ventaja de asegurar la confianza del juez en la certeza y objetividad de sus fallos, pero a costa de que, cuando debe adoptar una decisión lo haga por otras razones que la consideración de las consecuencias prácticas o, aun cuando éstas sean tenidas en cuenta, que no sean evaluadas manifiestamente de tal manera de permitir el control y el juicio crítico. Los postulados de la "jurisprudencia de intereses" pueden ser resumidos como sigue: *a*) la ley es la fuente del derecho preminentemente, aunque se hace hincapié en que el derecho legislado no siempre es preciso, completo y coherente. De esta forma la *Interessenjurisprudenz* se distingue de la Escuela del Derecho Libre que postulaba la facultad de los jueces de dejar de lado abiertamente un texto legal, lo cual aquella corriente sólo admite, según la mayor parte de sus exponentes, en el caso de que se hubiese creado una costumbre jurídica *contra legem*; *b*) la interpretación de los textos legales no debe ser literal, sino que tiene que detectar los intereses que ha querido satisfacer el legislador al formular sus normas, debe ser una interpretación "inteligente" (*Heck*). Esto es muy distinto de la apreciación de la finalidad de la ley, como lo exigía la Jurisprudencia Teleológica, pretensión que, en la mayoría de los casos, sólo puede obtener una respuesta vacua; *c*) en el caso de algunas contradicciones o imprecisiones del derecho legislado, el juez está ampliamente facultado para formular abiertamente nuevas normas; *d*) la formulación de normas originales por parte de los jueces debe hacerse consultando los intereses afectados por aquéllas: en primer lugar, contemplando la evaluación que hace el legislador para casos análogos en segundo término, suponiendo cómo resolvería el legislador un conflicto como el que debe resolver el juez y, por último, decidiendo según su propio criterio; *e*) la tarea del juez no es, en consecuencia, puramente cognoscitiva ni, menos aún, mecánica, sino en buena parte valorativa y creativa; *f*) la ciencia del Derecho es una ciencia práctica, como la Medicina, y tiene por finalidad asistir a los jueces en su tarea, mediante: 1) la recomendación de adoptar ciertas normas para resolver los conflictos, y 2) haciendo una labor de sistematización (*Heck*). La consideración de las consecuencias

Sebastián Soler:¹² 1) la preeminencia otorgada a la ley como fuente del derecho; 2) la voluntad del legislador como único criterio para asignar significado a la ley. Los duros embates de la reacción lograron, efectivamente, circunscribir y relativizar el segundo axioma proponiendo nuevos criterios para adjudicar sentido a la ley; pero con respecto al primer postulado, las críticas tuvieron un efecto absolutamente atenuado. Las costumbres, las consideraciones pragmáticas, las circunstancias sociales, el juego de intereses, fueron tenidos en cuenta explícitamente para justificar una solución jurídica dentro del ámbito de la ley o en el caso de lagunas normativas; pero raramente esos elementos fueron suficientes para fundamentar una solución en contraposición al texto de la ley. Todos los embates de la reacción no pudieron desalojar a la ley positiva del primer lugar en la ideología de las fuentes del derecho. Las críticas a la exégesis fueron esclarecedoras al poner de relevancia las múltiples consideraciones que influyen en las decisiones jurisprudenciales y cumplieron una efectiva función al relativizar el papel de la voluntad del legislador en el proceso de asignar sentido a la ley; pero no modificaron sustancialmente la actitud de los juristas hacia el derecho legislado, actitud que desde la codificación se mantiene constante hasta nuestros días y constituye una característica distintiva de la labor dogmática.

4. LA ACEPTACIÓN DOGMÁTICA DEL DERECHO POSITIVO

Después de la larga digresión de los dos últimos párrafos estamos en condiciones de responder a las preguntas formuladas en 2) acerca de si la inclusión de tales o cuales normas jurídicas en el sistema del jurista implica aceptación de las mismas y en ese caso si esa aceptación es dogmática.

Es obvio señalar que la inclusión conceptual de determinados fenómenos en un campo de investigación responde siempre a ciertos criterios, muchas veces no explicitados. La elección de esos criterios está motivada por múltiples consideraciones. Constituye un ideal científico no hacer jugar sus preferencias personales en la selección de los fenómenos que incluye en su investigación. Se criticaría, por ejemplo, al politólogo ocupado en investigar las grandes revoluciones de la sociedad contemporánea, que excluyera de su análisis a la revolución bolchevique por motivos ideológicos y sin dar razón de alguna diferencia relevante que justificara esa omisión.

prácticas de las normas propuestas por la ciencia jurídica, hace que ésta necesite de la contribución de otras ciencias sociales tales como la Economía y la Sociología. Para un análisis más detallado de esta escuela ver el magnífico volumen citado en la nota anterior.

¹² *Op. cit.*, p. 8.

En principio, no habría razón para pensar que el jurista no procede según esos cánones científicos. Seleccionaría a las normas que formarían el objeto de su investigación en base a criterios que recogen características objetivas de esas normas. Es plausible pensar que el criterio utilizado por la dogmática señala a la vigencia y eficacia de una norma como la característica que determina su inclusión o no en el sistema. Incluso con una definición adecuada de “vigencia” se lograría explicar la exclusión de ese sistema de normas tales como las de una organización delictiva, las de un movimiento secesionista y también las que dictan los jueces y funcionarios en contradicción con las normas básicas del sistema. Se podría afirmar, con bastante plausibilidad, que la derrota del iusnaturalismo teológico significó justamente la utilización de criterios objetivos para formar el sistema normativo de la dogmática. Muchas de estas afirmaciones las podríamos admitir y, sin embargo, contestar afirmativamente a la pregunta acerca de la aceptación de las normas por parte del jurista.

Hay una diferencia relevante entre incluir una norma en un sistema porque se esté de acuerdo axiológicamente con ella, y aceptarla valorativamente porque se la ha incluido en el sistema en base a criterios objetivos. No siempre se ha percibido esta distinción que, sin embargo, juega un papel fundamental en la ideología jurídica. Al lado del iusnaturalismo abierto, que descalifica como derecho al orden positivo que no cumple con ciertos cánones valorativos, se encuentra el iusnaturalismo encubierto y conservador que juzga todo orden coactivo como portador de determinados valores positivos.

Han sido Bobbio¹³ y Ross,¹⁴ sobre todo, quienes han puesto de manifiesto esa ideología, a la que se ha confundido con frecuencia con el positivismo jurídico. El primer autor describe así los postulados de esta corriente, a la que denomina “positivismo ideológico”:

- 1) El derecho positivo, por el solo hecho de ser positivo, esto es, de ser la emanación de una voluntad dominante es justo; o sea el criterio para juzgar la justicia o injusticia de las leyes coincide perfectamente con el que se adopta para juzgar su validez o invalidez; 2) El derecho como conjunto de reglas impuestas por el poder que ejerce el monopolio de la fuerza de una determinada sociedad sirve, con su misma existencia, independientemente del valor moral de sus reglas, para la obtención de ciertos fines deseables, tales como el orden, la paz, la certeza y, en general, la justicia legal.

¹³ Bobbio, Norberto, *El problema del positivismo jurídico*. EUDEBA, Buenos Aires, 1965, p. 47.

¹⁴ Ross, Alf, *El concepto de validez...*, cit. p. 25.

Ross, quien llama a esta ideología “seudopositivismo”, la expone así:

Es verdad, sin embargo, y habría que insistir en ello para explicar el malentendido, que un número de autores comúnmente considerados “positivistas”, han sostenido el punto de vista descrito por Verdross, de que el orden establecido es, como tal, acreedor de obediencia... Esta clase de filosofía moral tiene hasta donde puedo ver, varias fuentes. Una, pienso, se remonta a las enseñanzas de Martín Lutero, que dio un nuevo alcance a las palabras de Dios. Otra puede hallarse en la filosofía de Hegel, condensada en el famoso *slogan*: “lo que es real es válido y lo que es válido es real”. También concuerda con la ideología del conservadorismo: lo que tiene éxito está justificado, porque Dios ha permitido que lo tenga... Ésta es la actitud que se revela en el *slogan*: *Gesetz ist Gesetz* (la ley es la ley) que significa que todo orden jurídico es derecho y como tal, cualquiera sea su espíritu y sus tendencias, debe ser obedecida.

De acuerdo a esto es posible admitir, al mismo tiempo, que los juristas tengan en cuenta, para incluir un conjunto de normas en su sistema, determinadas características fácticas, como la vigencia, y que haya una aceptación de las mismas basada justamente, en la presencia de esas características.

El análisis que hemos realizado de la ideología básica de la dogmática, justifica que digamos que este fenómeno se da entre los juristas.¹⁵

Es necesario formular algunas aclaraciones:

En primer lugar, cabe la pregunta: ¿en qué sentido se habla de aceptación de una norma por parte del jurista? Evidentemente no es relevante para describir la labor del dogmático que él, como ciudadano, obedezca o no el derecho positivo o, si se trata de un juez o funcionario, que lo aplique o no.

La aceptación del derecho por parte del jurista tiene características específicas. Consiste en avalar lo que otro —el legislador— ha prescrito. Constituye lo que podría llamarse “prescripción enfática”, entendiendo

¹⁵ Así también lo piensa Carrió (“Nota sobre la visita de Alf Ross”, “Revista Jurídica de Buenos Aires”, Universidad de Buenos Aires, 1960, IV, p. 9 de la separata) con esta sintética pero sugestiva frase: “Ross destacó correctamente —me parece— que hay una línea de pensamiento jurídico que exhibe una clara tendencia a justificar el Estado, el derecho puesto, por el mero hecho de serlo. Parece acertado llamar a esta corriente “cuasipositivismo”, por lo que esta palabra sugiere, y ver en ella una forma encubierta y menos digna de iusnaturalismo; y sería faena de considerable utilidad mostrar en qué medida tal actitud influye sobre juristas que parecerían muy alejados de la misma. Quizá, buena parte del pensamiento jurídico dogmático —nuestro pensamiento jurídico— está gravemente atacado por ese virus.” En nota destaca que “nuestra ciencia del derecho acusa el decidido impacto” de la escuela de la exégesis francesa y la jurisprudencia conceptual alemana y que en “ambas, aunque por motivos distintos, se advierte, en forma paralela con la firme adhesión a la concepción mecanicista del proceso, una especie de actitud reverencial hacia las normas generales de factura legislativa”.

el término “prescripción” en un sentido amplio que incluye lo que llamamos recomendación, homologación, respaldo, etcétera. El jurista recomienda o aconseja a los jueces que apliquen el derecho positivo tal como ha sido sancionado por el legislador y, quizás, también se dirige de una manera más difusa a los ciudadanos para que obedezcan la ley tal como está formulada. Sobre todo, es importante destacar el papel del dogmático como guía de la actividad judicial. El jurista dogmático no tiene como función central describir y predecir los fallos judiciales, sino indicar a los órganos jurisdiccionales cuál es la solución correcta para un caso genérico. Ante las formulaciones que ven en el trabajo de los juristas un conjunto de predicciones acerca de las decisiones judiciales, como la de Ross,¹⁶ por ejemplo, cualquier dogmático se levantaría afirmando que no le interesa lo que los jueces van a decidir, sino cómo *deben* decidir. Uno de los presupuestos de la ideología del racionalismo, basado en el principio de división de poderes y en la primacía del parlamento como expresión de la voluntad general, consistía en sostener la sumisión de los jueces al poder legislador.¹⁷ De acuerdo con esto, la primera regla de una sentencia judicial correcta es aplicar la ley tal como ha sido sancionada. Cualquier jurista despreciaría un fallo que abiertamente haga caso omiso de un texto legal, aunque esa omisión se haga por razones valorativas que compartiera el mismo jurista.

La segunda aclaración nos lleva a contestar el interrogante acerca de si la aceptación de las normas por parte del jurista es “dogmática” o “racional”, en el sentido que expusimos en 1).

Ya hemos visto que el racionalismo iusnaturalista había formulado todo un sistema de normas jurídicas ideales deducidas de unos pocos axiomas de validez autoevidente. Su fuerte adhesión hacia el orden positivo surgido del liberalismo y la codificación se debió, como se dijo, a la concordancia de ese orden con el sistema ideal que el racionalismo había propugnado.

De este modo, la aceptación por el racionalismo y la exégesis de las normas positivas no era “dogmática”, ya que se basaba en una previa confrontación con criterios valorativos aceptados de antemano. Era una aceptación “racional” porque se fundamentaba en el hecho de que el derecho positivo cumplía, por lo menos en sus grandes lineamientos, con los postulados del liberalismo burgués y con las pautas técnicas recomendadas por la ideología vigente. Pero el legado permanente del racionalismo y de la exégesis no consistió, principalmente, en sus criterios valorativos, sino en la actitud de adhesión hacia el derecho positivo. De tal modo que en esa actitud se separó de sus motivaciones para pasar

¹⁶ Ross, Alf, *Sobre el derecho...*, cit., p. 38.

¹⁷ Soler, Sebastián, *op. cit.*, p. 18.

a depender, casi exclusivamente, del simple hecho de estar frente a un orden positivo. Así se fue constituyendo la ideología descrita por Bobbio y Ross en los párrafos citados.

Es difícil determinar si en la aceptación, por parte de los juristas, del derecho positivo no intervienen de una manera muy vaga algunos criterios materiales que supongan alguna confrontación valorativa; pero de existir este elemento el mismo sería sumamente difuso y estaría restringido a las normas más generales y fundamentales del sistema, lo que justifica la afirmación de que, con respecto al núcleo central de su orden jurídico, la aceptación por parte del jurista es dogmática y basada en criterios puramente formales.

En tercer lugar, es necesario aclarar que la aceptación dogmática del orden positivo, por parte del jurista, no implica que todos los hombres de derecho tengan la misma ideología y que ella sea coincidente con la que se manifiesta en el derecho vigente. Es obvio que entre los juristas, como en cualquier grupo humano, encontramos adhesiones a las más divergentes tendencias de las que componen el caleidoscopio ideológico. Lo cierto es, sin embargo, que los dogmáticos generalmente estiman conveniente, como un importante ideal de su actividad, dejar de lado sus opiniones personales, cuando realizan tal actividad, para limitarse a describir objetivamente el derecho positivo. Pero esa descripción objetiva encierra casi siempre directivas encubiertas a los jueces para que apliquen el derecho positivo tal como es; de tal manera que, aun en los juristas más revolucionarios respecto al orden vigente, se advierte que consideran altamente valioso que, mientras el derecho no cambie, sea aplicado sin excepciones y discriminaciones por los órganos y los jueces encargados de hacerlo. De este modo los juristas generalmente adhieren a la necesidad de hacer una pulcra distinción entre lo que Ross¹⁸ llama "conciencia jurídica formal" y "conciencia jurídica material". Por un lado, la aceptación del derecho por el solo hecho de serlo, es decir, por derivar de ciertos órganos competentes y con general vigencia. Por el otro lado, la valoración del sistema y de cada una de sus normas con la intención de influir en la efectiva reforma del mismo, sea por los procedimientos establecidos o sea por medios extrajurídicos.

Además de estas aclaraciones, debe destacarse un hecho sumamente importante al que dedicaremos la mayor parte de los capítulos siguientes. La aceptación dogmática del derecho positivo por parte de los juristas no impide que los mismos, por vía de diversos procedimientos, realicen una verdadera reformulación de aquél. Una función latente, extraordinariamente relevante de la dogmática, consiste en adecuar las

¹⁸ *Sobre el derecho...*, cit., p. 34.

normas jurídicas a determinadas pautas que establecen soluciones valiosas. Esta función se ejerce no sólo en los casos de lagunas normativas, de contradicciones entre normas o de indeterminación semántica de las mismas, sino, incluso, en supuestos en los cuales hay una solución definida y precisa, pero que contradice postulados valorativos aceptados. Esto ya ha sido tema de otro trabajo;¹⁹ lo importante aquí, es señalar que esta función pareciera incompatible con la aceptación dogmática del derecho positivo. En verdad lo es, y eso motiva que los juristas, cuando desarrollan tal función, recurran a diversos procedimientos retóricos para ocultar el carácter original de su opinión con respecto al derecho positivo y para hacerla aparecer como derivada de algún principio o de alguna norma del orden vigente. La adhesión manifiesta y formal al derecho legislado está en contradicción con la función latente de adecuar al orden positivo a pautas axiológicas específicas. El dogmático no se puede permitir, como los juristas anteriores a la codificación, hacer caso omiso de la ley cuando la juzga disvaliosa, pero tampoco puede renunciar a la importante función de construir un sistema de soluciones coherentes con postulados valorativos específicos. Para cumplir parcialmente con ambas exigencias, el dogmático utiliza un aparato conceptual y retórico que le permite ofrecer soluciones con un alto grado de conformidad con criterios valorativos presentados, al mismo tiempo, como derivados del derecho positivo. El criterio de excelencia de la labor dogmática está dado por el equilibrio que se logra establecer entre ambos requerimientos. Es notable la habilidad de algunos juristas para presentar soluciones que se adecuan a las valoraciones vigentes, fundamentándolas en normas positivas. De este modo el dogmático cumple con la importante misión de ir adecuando el derecho legislado a las cambiantes circunstancias fácticas y a las variaciones en las preferencias sociales. Mientras el ideal manifiesto de la aplicación del derecho tal como es, satisface la expectativa de seguridad jurídica, la función no reconocida de reformular el derecho, permite la adecuación del mismo a las pautas valorativas vigentes.

Es necesario destacar, por último, que casi nunca el dogmático es consciente de su función creadora de derecho, por lo cual su esfuerzo de hallar fundamentación legal para las soluciones que propone, responde generalmente a la creencia sincera de que las mismas se hallan incluidas de alguna manera, a veces misteriosa, en el sistema jurídico vigente y que su función consiste en descubrirlas. De tal modo la aceptación dogmática del derecho positivo y la propuesta de soluciones valorativamente adecuadas no presenta generalmente para el jurista un conflicto de idea-

¹⁹ Bacqué, Jorge y Nino, Carlos S., "Lesiones y Retórica", *La Ley*, t. 126, p. 966.

les, aunque de hecho su adhesión al derecho tal como fue formulado se resienta. Para la dogmática la ley es la ley, pero también la ley ofrece la suficiente flexibilidad como para satisfacer, casi siempre, las expectativas acerca de las soluciones adecuadas para los casos que se presentan.

Todo esto se verá con más detalles en otra parte de este trabajo.

5. KELSEN Y LA RECONSTRUCCIÓN DE LA IDEOLOGÍA DOGMÁTICA

Pocas veces se ha advertido que el acierto de la teoría pura de Kelsen, sin duda la obra más importante de la filosofía jurídica contemporánea, consiste principalmente en haber “racionalizado” las bases ideológicas de la dogmática jurídica.²⁰ Kelsen ha logrado hacer explícitos muchos de los supuestos que permanecen latentes en la labor de los juristas.

La teoría pura tiene como principio fundamental excluir de la investigación jurídica los juicios subjetivos de valor que, de hecho, generalmente por influencia del iusnaturalismo, perjudican el desarrollo de esa actividad científica. Kelsen presupone que las valoraciones no son susceptibles de contrastación empírica, pues están determinadas por factores volitivos y por lo tanto son relativas.²¹ El programa kelseniano pretende construir una teoría “pura” en un doble sentido: libre de valoraciones morales, que constituyen el contenido de la ética, y aislada de consideraciones sobre circunstancias fácticas que integran el objeto de otras ciencias, como la sociología. El derecho se define teniendo en cuenta características verificables empíricamente.

Ha sido, sobre todo, mérito de Ross el haber puesto de manifiesto la inconsecuencia de Kelsen en el cumplimiento de su programa.

El concepto de “validez” ocupa un lugar central en la teoría pura del derecho, a pesar de lo cual no está definido unívocamente. A veces se identifica esta propiedad con la derivación de una norma con otra de

²⁰ Una de tales escasas excepciones lo constituye Carrió (“Sobre las creencias de los juristas y la ciencia del derecho”, *Lecciones y Ensayos*, núm. 6, p. 29) quien sostiene: “Kelsen es, por lo tanto, el gran teórico de la ciencia dogmática del derecho. Tal es, como dijimos, el sentido objetivo de su obra. Es por eso injusto que se le atribuya postular en favor de un nuevo tipo de ciencia jurídica, que parece irritar a sus críticos.” “Kelsen no aboga por instaurar un nuevo estilo de pensamiento jurídico. Simplemente muestra el estilo de pensamiento en que, sin saberlo, están los juristas que hacen dogmática —incluso sus críticos— y aboga, eso sí, porque se mantengan fieles al mismo, aunque más no sea por razones de coherencia.” “Al decir que Kelsen es el gran teórico de la Ciencia del Derecho, no decimos nada menos pero nada más que eso. La ciencia dogmática del Derecho es un producto cultural, hijo de su tiempo y fruto de una determinada confluencia de factores. Además sólo tiene un área limitada de vigencia, como señalamos más arriba. Al ligar a Kelsen indisolublemente con la Dogmática Jurídica, la Teoría Pura del Derecho queda relativizada. Su valor es puesto en función de determinado ámbito.”

²¹ Consultese el capítulo: “La doctrina del derecho natural y el positivismo jurídico”, *Contribuciones a la teoría Pura del Derecho*. Centro Editor de América Latina, vol. 7, Buenos Aires, 1969, p. 131.

nivel superior, otras se dice que consiste en la “existencia específica de las normas” y aun en otras se afirma que consiste en la “fuerza obligatoria de una norma”.²² En el último sentido, que es el que aquí interesa, la afirmación acerca de la validez de una norma significa que los individuos deben comportarse como esa norma lo establece.²³ Ante esta conclusión, Ross se pregunta: ¿en qué consiste el deber de obedecer el derecho como algo diferente a los deberes que el mismo derecho impone?

Evidentemente —dice este autor— no se trata de un deber jurídico sino de un deber de otra especie. El deber de obedecer el derecho no prescribe ninguna conducta que no esté ya prescrita por el derecho mismo. De aquí se deduce que si el deber de cumplir con las prescripciones de un orden jurídico ha de significar algo distinto de las obligaciones prescritas por ese orden, la diferencia no puede consistir en la conducta requerida, aquella a la cual estamos obligados, sino exclusivamente en la manera en que estamos obligados a comportarnos. El significado de la fuerza obligatoria inherente a un orden jurídico consiste en que las obligaciones jurídicas de acuerdo con las reglas del sistema, por ejemplo, la obligación de pagar una deuda, no son meros deberes jurídicos que derivan de la amenaza de las sanciones jurídicas, sino también deberes morales...²⁴

Para Kelsen, una norma es el significado subjetivo de un acto que permite, habilita o declara obligatorio el ejercicio de la coacción.²⁵ Pero no toda norma es una norma jurídica válida, sólo lo son aquellas a las que, presuponiendo cierto postulado epistemológico, se les otorga significado objetivo coincidente con el subjetivo. Estas normas son las normas “verdaderas” porque son las que deben ser obedecidas.²⁶

Ross ha anotado otra inconsecuencia relevante para este análisis en la teoría de Kelsen: este autor hace especial hincapié en distinguir la “norma jurídica” que dicta el legislador con la de “regla de derecho” que es la proposición por la cual el jurista se refiere a las normas jurídicas. La primera, afirma, es prescriptiva y no es susceptible de predicación veritativa. La segunda en cambio, es un enunciado descriptivo y puede ser verdadero, o falso. Sin embargo, sorprendentemente afirma Kelsen que las reglas de derecho son, como las normas jurídicas, juicios del *deber ser*, a pesar de ser puramente descriptivas y no constituir ningún tipo de juicio de valor.²⁷

²² Bulyguin, Eugenio, “Sentencia judicial y creación de derecho”. *La Ley*, núm. 124, Buenos Aires, 1966, p. 1307.

²³ Ross, Alf, *El concepto de validez...*, cit., p. 28.

²⁴ *El concepto de validez...*, cit., p. 19.

²⁵ *Théorie Pure du Droit*, Dalloz, 1962, p. 10.

²⁶ “El profesor Stone y la teoría pura del derecho”, en *Contribuciones...*, cit., p. 70.

²⁷ Ver esta polémica en Ross, Alf, “El concepto de derecho vigente”, en *Sobre el derecho y la justicia...*, *op. cit.*, p. 39 y en Kelsen, Hans “Una teoría realista y la Teoría Pura del Derecho”, en *Contribuciones*, *op. cit.*, p. 30.

Concordamos absolutamente con Alf Ross en las críticas a la Teoría Pura del Derecho en el sentido de no ser coherente con su programa de construir una ciencia empírica del derecho y depurada de valoraciones éticas. Sin embargo, pensamos que la construcción kelseniana es una “racionalización” magistral de la ideología básica de la dogmática jurídica, hecho que le otorga un mérito singular. Cuando hablamos de “racionalización” utilizamos este término en sentido psicológico, porque no creemos que Kelsen sea absolutamente consciente de esta característica de su teoría, a pesar de lo cual, a poco que se la analice, se verán en ella los rasgos distintivos de los presupuestos ideológicos de la dogmática.

En primer lugar y de acuerdo con lo que ya tenemos dicho, todo dogmático sentirá que hay una diferencia relevante entre el orden jurídico y cualquier otro régimen coactivo, como el impuesto por una organización delictiva. El primero debe obedecerse y aplicarse por el simple hecho de ser derecho. La general eficacia es lo que determina el carácter jurídico de un ordenamiento, pero esta característica empírica provoca, como lo ha descrito Ross, un sentimiento de adhesión formal que no origina, en cambio, otro régimen con vigencia menos generalizada. La adhesión formal, que se manifiesta en la recomendación implícita de que el derecho sea aplicado por los funcionarios y obedecido por los súbditos, es distinta de las opiniones subjetivas del jurista acerca de la justicia o injusticia del contenido de las normas, las cuales deben, según la dogmática, ser apartadas de la investigación objetiva y sólo formularse para propugnar una reforma del sistema.

Ambrosio Gioja²⁸ ha señalado, con acierto, esta característica de la teoría kelseniana: una norma es objetiva cuando no está originada en el mero deseo de alguien, sino que ese deseo o expresión de voluntad está determinado por otra norma que lo califica como autorizado, permitido u obligatorio; pero esto nos introduce en una cadena en que habrá que terminar en un nivel en el cual la expresión de voluntad no esté determinada normativamente, por lo cual la norma resultante sería subjetiva y no justificaría que afirmáramos que las normas que derivan de ellas son objetivas.

Para evitar esto Kelsen presupone una norma por encima de la primera norma positiva del sistema. Gioja observa que esa norma presupuesta debe implicar una voluntad presupuesta y que no hay ninguna razón para pensar que por el solo hecho de ser presupuesta esa voluntad sea objetiva, lo cual nos presentaría la misma dificultad que se intenta resolver. La única solución del dilema, afirma Gioja, consistiría en

²⁸ “La norma fundamental”, en “Notas de Filosofía del Derecho”, *La Ley*, vol. v, p. 18.

sostener que esa voluntad presupuesta es de un tipo especial, a saber: una voluntad intersubjetiva, la voluntad de todos nosotros, la voluntad general, que es opuesta a la voluntad subjetiva de un individuo o de cualquier grupo de individuos. Esta voluntad general no quiere directamente nada, sino que quiere indirectamente lo que dispone la autoridad que monopoliza el aparato coactivo. La voluntad de todos se adhiere a la voluntad de quien se hace obedecer.

Esta interpretación de la teoría kelseniana, la que es dudoso que la autorice el mismo Kelsen, coincide remarcablemente con la ideología básica de la dogmática jurídica, tal cual la hemos descrito. El racionalismo suponía que la voluntad general se expresaba a través de los parlamentos populares. Esta idea se fue extendiendo para pasar a considerarse que la voluntad general está detrás de cualquier grupo humano que monopoliza el poder. Este segundo paso no creemos que pueda imputarse al racionalismo liberal, sino a una línea de pensamiento debida a la reacción historicista de origen hegeliano.²⁹

De cualquier modo la vigencia de esta ideología en la dogmática es clara y, para demostrarla, basta con citar un párrafo de Von Ihering sumamente explícito:³⁰

Ciertamente no se puede dar una fórmula más precisa de la esencia del derecho en sentido objetivo que diciendo que es la *voluntad general*. Ella y sólo ella es la que hace al derecho *real* y *verdadero*, regla de derecho a las ideas contenidas en las leyes y en las costumbres. Sin esa manifestación de su fuerza práctica y sin su realización constante, las ideas jurídicas son ideas y opiniones como cualquier otra, pero no reglas de derecho. Pero a esa definición le falta indicar el contenido de la voluntad.

El párrafo recién citado es suficiente para tener una idea cabal de en qué medida Kelsen refleja en su teoría, quizá inconscientemente, la ideología dogmática. Vagamente afirma el iusfilósofo que su teoría refleja el “pensamiento jurídico”, porque es la ciencia jurídica la que, para Kelsen, presupone que detrás de los individuos que monopolizan la fuerza hay una norma (según Gioja, proveniente de una voluntad general presupuesta) que da carácter objetivo a las directivas de esos individuos.

Creemos que lo visto recién se vincula con la crítica que le hace Ross a Kelsen acerca de su afirmación sobre la estructura lógica de las proposiciones de la ciencia del derecho (en el sentido de ser juicios de “deber ser” puramente descriptivos). Kelsen se empeña, aun en sus últi-

²⁹ Popper, Karl, *La sociedad abierta y sus enemigos*, Paidós, t. II, Buenos Aires, 1957, p. 14.

³⁰ *Op. cit.*, p. 426.

mas obras, en sostener su opinión inicial. Sería insólita esta actitud de iusfilósofo ante una crítica tan clara y fundada si no fuera porque esta concepción tan extraña refleja confusamente, según creemos, también aquí un aspecto importante de la estructura de la dogmática jurídica.

Hemos afirmado con reiteración que en la labor dogmática está implícita una adhesión formal al sistema legislado que se expresa mediante la recomendación de que el derecho sea aplicado y obedecido tal como es. Esta recomendación o exigencia constituye en la terminología kelseniana un juicio de "deber ser". El dogmático describe el derecho y, al describirlo, recomienda su aplicación tal como surge de esa descripción. Estas actividades, que de hecho se dan muy confundidas entre sí, son conceptualmente separables y se manifiestan mediante usos lingüísticos distintos: uno descriptivo y el otro directivo. Kelsen cae en el error de esquematizar el producto de la actividad dogmática, asignando estas dos funciones a un mismo tipo de expresión lingüística, resultando así el absurdo lógico de que expresiones descriptivas tengan la estructura lógica de las directivas. Se debió, pues, haber distinguido los distintos tipos de expresiones que corresponden a las funciones de la dogmática; pero en Kelsen todo el aspecto de recomendación formal del derecho positivo no está reconocido, pareciendo que se mantiene como una idea muy arraigada pero a nivel inconsciente.

Cuando Kelsen afirma que él pretende reflejar el "pensamiento jurídico", Ross le contesta secamente:

El pensamiento jurídico no es una guía de confianza para el análisis lógico. Puede ser, y es muy probable en el campo del derecho y de la moral, que la manera "corriente" de pensar esté saturada de conceptos ideológicos que reflejan experiencias emocionales pero que carecen de toda función en la descripción de la realidad, que es la misión de la ciencia jurídica.³¹

Concordamos con esta afirmación de Ross, pero con la prevención de que, si queremos construir un esquema de ciencia jurídica, es conveniente que previamente tengamos una idea cierta de cuáles son los presupuestos, métodos y funciones de la dogmática jurídica vigente, para separar los distintos aspectos de la misma y reconstruir sus reglas de procedimiento para adecuarlas al objetivo de una descripción racional de la realidad jurídica. Si no se procede así, es muy probable que aunque el esquema propuesto sea inmejorable desde el punto de vista metodológico, sea poco factible de ser aplicado; porque a los juristas les será difícil advertir el parentesco que tiene con la actividad que ellos efecti-

³¹ *El concepto de validez . . . op. cit.*, p. 43.

vamente realizan, ni sus ventajas con respecto al método que utilizan, que es lo que ocurre con el esquema de ciencia del derecho propuesto por el mismo Ross, como lo hace notar Eugenio Bulyguin.³²

³² *El concepto de vigencia en Alf Ross*, separata de la "Revista del Colegio de Abogados de La Plata", 1963, p. 7.