

VI. ALGUNAS CONSIDERACIONES GENERALES A MODO DE CONCLUSIÓN	103
1. Las concepciones vigentes acerca de la dogmática jurídica	103
2. El método “hipotético-deductivo” y la racionalidad de la dogmática jurídica	109

## VI. ALGUNAS CONSIDERACIONES GENERALES A MODO DE CONCLUSIÓN

### 1. LAS CONCEPCIONES VIGENTES ACERCA DE LA DOGMÁTICA JURÍDICA

Los filósofos que se ocupan de la acción humana frecuentemente se preguntan acerca de si es posible hacer algo sin saber qué se hace. A pesar de la notable imprecisión de la pregunta, parece encontrarse un ejemplo positivo en la actividad de los juristas. Porque si bien los dogmáticos realizan una tarea que, como vimos, se halla sometida a algún conjunto de reglas y tiene ciertos presupuestos comunes, cuando reflexionan sobre la naturaleza de su propia actividad, con gran frecuencia incurren en un conjunto de afirmaciones superficiales, imprecisas y contradictorias.

Los más grandes cultores del análisis jurídico formulan, en general, elucubraciones vanas cuando se detienen a reflexionar sobre su tarea. No creemos ser injustos si citamos a Carnelutti y a su *Metodología del derecho*,<sup>1</sup> como ejemplo de esto. Interesados en enterarnos de las ideas del gran jurista sobre la naturaleza de la actividad a la que ha dedicado su vida, nos encontramos, al leer su obra, con un conjunto de afirmaciones literarias sobre la necesidad de abandonar los libros y observar la vida al estudiar derecho, sobre la alta dignidad de los juristas que los hace merecedores de sus sillones en las academias, acerca del carácter agrio de los penalistas, etcétera. Lejos de ser risueño, el hecho es alarmante por ser paradigmático.

Por otra parte, los filósofos, quizá desde Hegel y, en especial, los filósofos de la ciencia, en los últimos tiempos se han desinteresado del análisis de la ciencia jurídica que en el siglo pasado los preocupaba particularmente.

Hay algunos escritores de teoría general del derecho que, entremezcladas entre elaboraciones acerca del derecho, han hecho algunas observaciones importantes acerca de la labor de los juristas: En especial Kelsen, Ross y Hart entre otros, y Carrión, también, en nuestro medio. Estos autores mostraron algunos de los vicios más gruesos del esquema conceptual que utiliza la dogmática jurídica.

<sup>1</sup> *Metodología del derecho*, UTEMA, México.

Los críticos apuntan, sobre todo, el carácter metafísico de muchas proposiciones de la dogmática, principalmente las vinculadas con concepciones iusnaturalistas. Desde otro aspecto se ha imputado a la dogmática la comisión de una serie de confusiones debido a la falta de comprensión del funcionamiento del lenguaje o sea sus reglas lógicas, semánticas y sintácticas, lo cual embarca a sus cultores en estériles polémicas. Por ejemplo, unas pocas líneas de Carrió sobre las elaboraciones hechas acerca del concepto de causa en el derecho civil echan dudas sobre el sentido de bibliotecas enteras que versan sobre este tema.<sup>2</sup>

Dadas estas críticas y muchas otras lanzadas desde ángulos distintos, ¿será la dogmática un enorme sinsentido en el que al amparo de concepciones equivocadas, pero fuertemente arraigadas, se han embarcado espíritus esclarecidos terminando por desperdiciar su genio?

Es fuerte la inclinación a contestar esta pregunta afirmativamente. Sin embargo, hay razones para no hacerlo.

Los abogados prácticos saben que con frecuencia la suerte de un asunto depende en buena parte de la opinión de su jurista prestigioso, y cuando preparan un caso revuelven ansiosos las bibliotecas en busca de respaldo dogmático para su posición. Los jueces no sólo justifican sus decisiones en textos legales y en precedentes, sino también en opiniones doctrinarias. Los legisladores toman en cuenta de modo principal las interpretaciones dogmáticas en torno a una materia cuando se proponen normarla. Los profesores de derecho no solamente enseñan leyes y sentencias, sino que divultan también doctrinas de escritores.

Estos hechos obvios, son demostrativos de que la actividad dogmática cumple una función relevante en la vida social y que no consiste, como muchas críticas parecen sugerir, en un parloteo vano. Por otra parte, los propios juristas saben que su actividad está sujeta a reglas metodológicas con algún rigor y que los resultados que obtienen son evaluables por otros dogmáticos en base a criterios compartidos.

No obstante, los hechos mencionados no han motivado suficientemente a los teóricos del derecho para investigar cuáles son los ideales y las funciones de la dogmática, tal cual se desarrolla efectivamente. En gene-

<sup>2</sup> Carrió Genaro R., *Notas sobre derecho y lenguaje*, Abeledo Perrot, Bs. As. 1967, p. 12. En síntesis, Carrió sostiene que las controversias seculares acerca del concepto de causa son seudodisputas en torno a proposiciones analíticas. “¿Cómo es posible que pensadores serios invoquen seriamente afirmaciones que no son otra cosa que desarrollos analíticos de una decisión previa (la que asignó a la palabra causa el sentido x), para ‘registrar’ otras afirmaciones que, a su vez, no son más que desarrollos analíticos de una decisión previa distinta (la de otro pensador que asignó a la palabra causa el sentido Z)”. “Hay acaso una misma entidad —la causa— que es para unos una finalidad impersonal y abstracta, para otros un cúmulo de móviles concretísimos, para otros un standaīd valorativo, etcétera. O todo cuanto hay como ejemplo unificador del debate es una misma palabra?”

ral, se han conformado con certificar las notorias diferencias entre ella y las actividades científicas y proponer un esquema de ciencia del derecho, en concordancia con los ideales presupuestados por tales actividades.

Un caso típico de la actitud descrita lo constituye Alf Ross, quien presenta las bases de una jurisprudencia realista. La ciencia del derecho, dado que no puede ser una ciencia formal, debe describir hechos. Sus proposiciones deben ser aserciones sobre la vigencia de tal norma en tal lugar. El test de vigencia está determinado por el uso que dan los jueces a las normas para fundamentar sus decisiones. La vigencia no se establece por la aplicación que los jueces hacen actualmente de las normas, sino por la probabilidad de que lo hagan en el futuro. La afirmación de que la norma es vigente, implica una predicción sobre el comportamiento futuro de los jueces.<sup>3</sup>

Este ideal de ciencia no corresponde, sin embargo, al ideal compartido por los juristas acerca de la actividad que desarrollan. Cualquiera de ellos dirá que su interés, a diferencia de el del abogado práctico, no consiste en establecer cómo los jueces van a decidir, sino cómo *deben* decidir, con independencia de cómo, de hecho, lo vayan a hacer.<sup>4</sup>

A través del trabajo que hemos desarrollado en los ensayos precedentes se delinean algunos componentes de la ideología dogmática, que sirven para establecer las funciones de la actividad de los juristas. En resumen, esos componentes son:

- a) El dogma de que los jueces deben aplicar el derecho, tal como fue sancionado por el legislador.
- b) El ideal de que los jueces adecúen sus decisiones a los estándares valorativos vigentes.
- c) La concepción de que el derecho positivo no tiene lagunas ni contradicciones y que las normas que lo constituyen tienen un significado unívoco.

El dogma de la aplicación del derecho es incompatible muchas veces con el ideal de que las soluciones individuales se conformen a pautas valorativas aceptadas. Sin embargo, este conflicto, generalmente, no es reconocido por la dogmática y, para mantener la adhesión a ambos ideales, recurren a un complicado aparato conceptual, como el del legislador racional, que le permite presentar a las normas creadas por el jurista en atención a valoraciones vigentes como incluidas de alguna manera en el derecho positivo.

<sup>3</sup> Ross, Alf, sobre el *Derecho y la justicia*, EUDEBA, Buenos Aires, 1968, pp. 38 y 55.

<sup>4</sup> Bulygin, Eugenio, "El concepto de vigencia en Alf Ross", separata de la "revista del Colegio de Abogados de La Plata", p. 7 v, también Soler, Sebastián, *Las Palabras de la Ley*, F. C. E. México, 1969, p. 153.

Por otra parte, la concepción sobre la completitud, coherencia y precisión del derecho positivo es ciertamente equivocada, porque en general, el derecho tiene lagunas, contradicciones, vaguedad semántica y ambigüedad semántica y sintáctica. Pero aquí también el dogma se mantiene apoyado por una refinada técnica retórica basada, como vimos, en el presupuesto de la racionalidad del legislador. El derecho no puede ser inconsistente, porque el legislador no puede querer realmente algo contradictorio. Si hay dos normas en apariencia incompatibles, hay que investigar si está presupuesto algún principio que permita otorgarles ámbitos independientes. Si se descubre algún criterio que, aun modificando algo el significado natural de las normas, les adjudique referencias autónomas y preserva su adecuación a estándares valorativos aceptados, hay que suponer que el legislador lo tuvo en cuenta y que su aplicación por los jueces responde a la voluntad real de aquél.

El derecho no tiene lagunas, porque el legislador no puede querer dejar sin regular un ámbito de relaciones jurídicas. Si en apariencia hay alguna materia sin solución normativa, hay que descubrir algún principio, que debe estar presupuestado por el legislador, del que se derive una solución para la misma.

Por último, las normas jurídicas no pueden ser ambiguas ni tener un significado impreciso. Esos vicios son sólo aparentes, ya que la inserción de una norma en un contexto sistemático les da un significado unívoco.<sup>5</sup>

Estas ficciones responden, generalmente, a una constelación de concepciones sinceras de los juristas acerca de la naturaleza del derecho que se vinculan a las ideas del racionalismo. La mayoría de los grandes dogmáticos consideran como ideal de su actividad no crear nuevo derecho, ni proponer soluciones normativas en consideración a las consecuencias prácticas, sino principalmente descubrir sus principios implícitos. Para ello utilizan un variado instrumental que incluye teorías sobre la naturaleza jurídica de un instituto;<sup>6</sup> criterios selectivos de normas jurídicas; teorías sobre la finalidad de una regulación; clasificaciones pretendidamente "naturales"; definiciones "reales"; pautas para interpretar la "verdadera" voluntad del legislador; principios supuestamente necesarios a todo de-

<sup>5</sup> Soler, Sebastián, *op. cit.* Allí dice: "El examen de este tema debe comenzar con el análisis de los efectos que sobre una expresión produce su incorporación a un sistema positivo. Eso es lo que transforma en una expresión técnica la más común de las palabras y lo que imprime a las palabras las más extrañas e inesperadas significaciones" (p. 171); y luego "Examinemos la transformación que se opera en las expresiones cuando ellas entran a formar parte de una ley y que en gran medida corrigen las imperfecciones del lenguaje común" (p. 172). "Esto significa, pues, que cuando la ley incluye una expresión tiene un significado preciso y dispositivo. Salvo que ella misma disponga de otro modo, ese significado es único" (p. 172).

<sup>6</sup> *Freedom An Reason*, Oxford University Press, 1963, p. 8.

recho, como el de clausura; principios característicos de determinados sistemas políticos, como el *nullum crimen sine lege, nulla poena sine culpa y non bis in idem*; reglas derivadas de una pretendida estructura de los conceptos fundamentales del derecho, como las que disponen las consecuencias del “abuso del derecho”, la “función social de la propiedad”, la “autonomía de la voluntad contractual”, la “no exigibilidad de otra conducta” como causal de inculpabilidad y el “consentimiento del interesado” como causal de justificación; etcétera.

Este instrumental permite mantener ante ellos mismos y ante los demás el ideal manifiesto de los juristas de describir lo que está implícito en el orden jurídico. Pero a este ideal declarado le corresponde la función latente de reformular el derecho legislado de tal manera a eliminar las contradicciones, completar las lagunas, suprimir las redundancias, restringir el grado de vaguedad y ambigüedad del lenguaje del legislador, y, principalmente, adecuar el derecho a las valoraciones sociales vigentes.

En esa tarea los juristas no son totalmente libres, por el contrario, la necesidad de conservar el ideal manifiesto mencionado, les impone desarrollar su tarea con sujeción a reglas bastante estrictas.

Por ejemplo, en el caso de las teorías dogmáticas de que damos cuenta en el capítulo IV, se advierte que para dar viabilidad a ciertas soluciones normativas no incluidas en el sistema legislado, el jurista necesita subsumirlas en una teoría normativa de la cual a su vez deriven normas aceptadas por el legislador.

Las construcciones teóricas de las cuales hace uso el dogmático para fundamentar soluciones jurídicas se van desarrollando generalmente en un largo periodo. Poco a poco se les va puliendo y modificando. Si bien son creadas por la dogmática en su conjunto, para cada jurista individual constituyen pautas de casi tanto valor vinculante como los textos legales, y sólo con muy fundadas razones prospera una modificación de tales construcciones. Típico caso de lo que venimos diciendo lo constituye la llamada “teoría general del delito”. Esta construcción fue desarrollada durante largo tiempo por multitud de penalistas, quienes, partiendo de una concepción “estratificada” del delito fueron definiendo cada uno de sus elementos.

Muy ocasionalmente se produce un cambio considerable en la concepción vigente respecto a un elemento del delito, por ejemplo: la teoría “final” de la acción, frente a la “causal”, o la teoría “normativa” de la culpabilidad, en reemplazo de la “psicológica”. Casi siempre la labor de los juristas consiste en ajustes limitados de la teoría, por ejemplo: determinar el alcance que tiene el consentimiento del interesado como causal de justificación, o establecer cuáles son las excusas absolutorias. De este modo la teoría general del delito se presenta al penalista como un

presupuesto para su tarea tan firme, o más aún, que el propio Código Penal y constituye un límite severo a su labor creativa. Es decir, que si bien la "teoría general del delito" constituye el exponente más relevante de la función creadora de derecho de la dogmática penal en su conjunto, constituye una barrera importante para la posibilidad del jurista de proponer soluciones normativas originales. Por otra parte, tal teoría no es por cierto el producto de la fantasía de hombres geniales, sino que brinda fundamentos razonables para un grupo importante de disposiciones de la legislación penal moderna, si bien su función no se agota en esto, sino que se completa al permitir derivar normas no incluidas en el sistema legislado. Más aún, es un hecho obvio que los legisladores contemporáneos en materia penal tienen en cuenta, en general la teoría general del delito, al formular sus prescripciones.

En síntesis: una de las tesis que ensayamos, consiste en sostener que hay algún error de enfoque en la mayoría de las elaboraciones acerca de la dogmática jurídica. Por un lado se proponen esquemas de ciencia del derecho cuyos ideales no corresponden a los ideales latentes de la dogmática jurídica. Por el otro, se ponen al descubierto gruesos defectos del aparato conceptual de la dogmática; esas críticas son acertadas en su mayoría, pero es necesario revisarlas si tomamos en cuenta, no lo que los juristas dicen hacer, sino lo que efectivamente hacen en cuanto a reformulación del ordenamiento positivo y los procedimientos que utilizan para desarrollar esta actividad no reconocida.

Quizá sería altamente beneficioso que la dogmática jurídica abandonara la fachada descriptiva de su actividad, que le lleva a cometer tantas confusiones conceptuales, y abiertamente propusiera soluciones normativas originales en base a las consecuencias valorativas de las mismas, como lo quiere la "jurisprudencia de intereses". Pero esto sólo podría darse en un contexto social que permitiera manifestamente a los jueces, principales destinatarios de la tarea dogmática, completar el derecho en caso de lagunas, elegir una de dos normas contradictorias por motivos axiológicos, determinar el significado de normas vagas y ambiguas por sus consecuencias y aun declarar la cesantía de una norma legislada cuando fuertes razones valorativas lo exigen. Es posible que, en atención a la necesidad de controlar los actos sociales, haya que esforzarse para que se dé este contexto en que los jueces declaren abiertamente lo que hacen y manifiesten su labor creativa; si es así, quizás la mejor forma de lograrla es mostrar todos los vicios del aparato conceptual que los juristas proveen a los jueces junto con soluciones normativas originales. Pero cualquiera que sea la posición ante la cuestión, lo cierto es que, a pesar de sus errores conceptuales, la labor de los juristas responde a pautas racionales y sus

resultados pueden ser evaluados conforme a criterios intersubjetivos. Veámos esto con un poco más de detalle.

## 2. EL MÉTODO “HIPOTÉTICO DEDUCTIVO” Y LA RACIONALIDAD DE LA DOGMÁTICA JURÍDICA

En el cuarto capítulo hemos mostrado algunas analogías metodológicas entre las ciencias empíricas y la dogmática jurídica en cuanto a las funciones de sus respectivas teorías. Incluso, tales analogías entre ambos tipos pueden llevarse más lejos de lo que en ese trabajo hemos desarrollado.

R. M. Hare plantea en *Freedom and Reason* un interesante paralelo entre el discurso moral y el método hipotético deductivo que Karl Popper describe como característico de las ciencias empíricas.<sup>7</sup>

Popper<sup>8</sup> rechaza la idea de que las ciencias empíricas puedan caracterizarse por el llamado “método inductivo”. El principio de inducción debe ser un enunciado sintético verificable por la experiencia; pero para justificarlo experimentalmente tenemos que introducir un principio de inducción de orden superior y así sucesivamente, cayendo en un regreso al infinito.<sup>9</sup>

Para reemplazar esa idea tradicional, que tiene según Popper dificultades insuperables, este autor propone el llamado “método hipotético deductivo”, que resume con estas palabras:

Una vez presentada a título provisional una nueva idea, aún no justificada en absoluto —sea una anticipación, una hipótesis, un sistema teórico o lo

<sup>7</sup> Popper, Karl, *La lógica de la investigación científica*, Tecnos, B. Aires, 1967, p. 39.

<sup>8</sup> *Op. cit.*, p. 29.

<sup>9</sup> *Op. cit.*, p. 32. Para mayor comprensión del pensamiento de Popper, transcribimos la continuación de los párrafos expuestos en el texto “Lo que se pretende con el último tipo de contraste mencionado es descubrir hasta qué punto satisfarán las nuevas consecuencias de la teoría —sea cual sea la novedad— de sus asertos a los requerimientos de la práctica, ya provengan de experimentos puramente científicos o de aplicaciones tecnológicas prácticas. También en este caso el procedimiento de contrastar resulta ser deductivo —veámoslo—. Con ayuda de otros enunciados anteriormente aceptados se deducen de la teoría a contrastar ciertos enunciados singulares, que podemos denominar ‘predicciones’; en especial, predicciones que sean fácilmente contrastables o aplicables, se eligen entre estos enunciados los que no sean deducibles de la teoría vigente y, más en particular, los que se encuentren en contradicción con ella. A continuación, tratamos de decidir en lo que se refiere a estos enunciados deducidos (y a otros), comparándolos con los resultados de las aplicaciones prácticas y de experimentos. Si la decisión es positiva, esto es, si las conclusiones singulares resultan ser aceptables o *verificadas*, la teoría a que nos hemos referido ha pasado con éxito las contrastaciones (por esta vez): no hemos encontrado razones para desecharla. Pero si la decisión es negativa, o sea, si las conclusiones han sido *falsadas*, esta falsación revela que la teoría de la que se ha deducido lógicamente también es falsa.”<sup>32</sup>

que se quiera— se extraen conclusiones de ella por medio de una deducción lógica, estas conclusiones se comparan entre sí y con otros enunciados pertinentes, con el objeto de hallar las relaciones lógicas (tales como equivalencia, deductibilidad, compatibilidad e incompatibilidad, etcétera) que existan entre ellas.

Si queremos, podemos distinguir cuatro procedimientos de llevar la contrastación de una teoría. En primer lugar se encuentra la comparación lógica de las conclusiones unas con otras; con lo cual se somete a contraste la coherencia interna del sistema. Después, está el estudio de la forma lógica de la teoría, con objeto de determinar su carácter; si es una teoría empírica, científica o si, por ejemplo, es tautológica. En tercer término, tenemos la comparación con otras teorías que tiene por principal mira la de averiguar si la teoría examinada constituiría un adelanto científico en caso de que sobreviviera a las diferentes contrastaciones a que la sometemos y, finalmente, viene el contrastarla por medio de la aplicación empírica de las conclusiones que pueden deducirse de ella.<sup>10</sup>

El profesor Hare, en la obra citada, sostiene que el razonamiento moral es del mismo tipo que el que describe Popper en relación a las ciencias empíricas, o sea que se trata fundamentalmente de un razonamiento deductivo. El razonamiento moral consiste, al igual que el de las ciencias descriptivas, en proponer un principio moral e inferir de él prescripciones singulares para casos particulares. La forma de comprobar el principio moral en cuestión consiste en determinar si son aceptables moralmente o no sus consecuencias para casos particulares; si lo son, el principio moral es admisible por el momento, si no son aceptables tales consecuencias, debemos desechar o modificar el principio que propusimos como hipótesis.<sup>11</sup>

Hare se encarga de aclarar que, sin embargo, hay una importante diferencia entre el razonamiento científico y el moral; esa diferencia está dada por el hecho de que los datos de la observación científica están representados por proposiciones descriptivas, mientras que en el caso de la moral nos encontramos con prescripciones. Lo que provoca el rechazo de una hipótesis científica es que éste tenga como consecuencia una proposición “p” cuando se verifica la proposición opuesta “no p”, en cambio, el rechazo de una hipótesis moral está determinada por el hecho de que de ella se infiere una prescripción particular, inaceptable, porque se adhiere a la prescripción opuesta. No obstante esto, el autor citado sostiene que esta diferencia no puede oscurecer la relevante analogía entre ambas clases de razonamiento.<sup>12</sup>

<sup>10</sup> *O.p. cit.*, p. 91.

<sup>11</sup> *O.p. cit.*, p. 92.

<sup>12</sup> Se nos ha informado que el profesor Carlos E. Alchourron sugirió en una conferencia pública una idea similar a la que aquí se desarolla: es decir propuso una cierta analogía

Esta idea propuesta por Hare puede ser extendida quizá con más fecundidad aún al razonamiento dogmático.<sup>13</sup>

Nos parece adecuado sugerir que el proceso lógico de justificación de las soluciones dogmáticas sigue lineamientos análogos a los que acabamos de referir en relación a las ciencias empíricas y el discurso moral.

La formulación de hipótesis interpretativas de expresiones lingüísticas del legislador, teniendo en cuenta reglas lógicas, sintácticas y semánticas, incorporadas al sistema de la dogmática, sería el primer paso lógico en este proceso.

En segundo término, tendría lugar la comparación de las consecuencias que se infieren lógicamente de la hipótesis interpretativa propuesta con las conclusiones de las interpretaciones de otras expresiones lingüísticas del legislador, con el fin de determinar sus relaciones lógicas de compatibilidad o incompatibilidad, deductibilidad, equivalencia o independencia.

En el caso de que las consecuencias de la hipótesis propuesta sean total o parcialmente equivalentes a las conclusiones de otras normas interpretativas aceptadas, el jurista generalmente, procederá a reformular

entre el método hipotético deductivo de Popper y el procedimiento de justificación de las soluciones dogmáticas.

<sup>13</sup> Aquí sugerimos que la legislación constituye para la dogmática un conjunto de expresiones lingüísticas, a las que ella otorga sentido de acuerdo a determinadas reglas sintácticas y semánticas que pertenecen a su sistema. Es obvio que la intención del legislador no se agota en formular expresiones lingüísticas sino en trasmitir, a través de ellas un significado normativo, determinado. Pero, justamente, una de las bases ideológicas de la dogmática consiste en el rechazo del axioma de la exégesis que prescribe la interpretación de los textos legales de acuerdo a la intención del legislador. Si la intención de quien formuló una expresión lingüística no se toma como decisiva para su significación, esto implica que a la expresión en cuestión se le adjudica un sentido independiente del que tiene; porque un conjunto de símbolos tiene el significado que le quiso dar quien los formuló, y ningún otro. Cuando en los contextos cotidianos deseamos interpretar lo que otro quiso decir recurrimos al uso común de las palabras que ha utilizado, pero simplemente porque presuponemos, como una cuestión de hecho, que ha querido utilizar esas palabras con el significado en uso, y si tenemos prueba de lo contrario, abandonamos tal presunción e interpretamos sus palabras de acuerdo a su intención. Pero para la dogmática, la regla del uso común no es meramente una guía para determinar la intención lingüística del legislador, ella se aplica, o se aplican otras reglas de interpretación de manera que generalmente no pueda ser revocada por una declaración de intención del legislador. O sea, que lo que para el jurista es vinculante con las palabras que utilizó el legislador y no el sentido que éste les otorgó: el jurista descubre esas palabras, pero no su significado el que lo adjudica conforme a ciertas reglas. Claro está que, generalmente, coincide el significado que el dogmático atribuye a las expresiones lingüísticas del legislador, con el que éste quiso otorgarles, pero ésta es una cuestión contingente, dependiente de que el legislador haya seguido o no reglas semánticas similares a las incorporadas al sistema del jurista. Por cierto que decir que para la dogmática el sistema legislado es un conjunto de expresión lingüísticas, no implica que el jurista sea totalmente libre en la tarea de darles sentido; ya hemos visto, en el quinto capítulo, que hay reglas bastante estrictas en relación a esta actividad.

la hipótesis en consideración al principio de economía relacionado con el ideal de vigencia, que mencionamos en la nota anterior.

Si las conclusiones de la hipótesis interpretativa son incompatibles con las de otras interpretaciones de expresiones lingüísticas del legislador, la necesidad de reformularla será más fuerte que en el caso precedente, dada la prioridad que se da, en principio, al ideal de consistencia.

En el caso de que las consecuencias del enunciado interpretativo sean compatibles e independientes de las conclusiones del resto del sistema, el dogmático tiene todavía que considerar, y éste sería otro paso lógico, la admisibilidad de la hipótesis en el plano valorativo.

Uno de los aspectos relevantes de la actividad de la dogmática consiste en plantear casos hipotéticos y evaluar en relación a ellos prescripciones singulares que se infieren de la hipótesis interpretativa general. Por ejemplo: un penalista examinará las consecuencias de una determinada interpretación del artículo 119 del Código Penal, que puede ser la que exige que el dolo se dirija a todos los elementos del tipo, con el caso hipotético de la violación de una menor de 12 años, creyendo el agente que es mayor de esa edad, y se preguntará si es admisible la consecuencia de tal interpretación que establece la impunidad del autor; en caso de no aceptar por razones axiológicas esa solución, para tal caso procederá, dentro de ciertos límites, a reformular la hipótesis, por ejemplo: proponiendo que el dolo debe dirigirse solamente al núcleo del tipo (ver el tercer capítulo).

Por cierto que los juristas no son absolutamente libres en la formulación de hipótesis interpretativas de expresiones lingüísticas del legislador. No basta que la hipótesis propuesta supere con éxito las comprobaciones lógicas y axiológicas a que se las ha sometido, como es el caso del discurso moral. Las normas que integran el sistema interpretativo del jurista deben derivar de ciertos presupuestos y reglas que están incorporadas a la dogmática jurídica en conjunto, si bien las reglas brindan amplios márgenes de decisión.

Solamente en consideración a ideales racionales o axiológicos muy poderosos, un jurista puede apartarse, por ejemplo, de la regla del uso común con la interpretación del lenguaje del legislador, aunque es obvio que las imprecisiones del lenguaje ordinario le conceden un juego de alternativas considerable.

Tampoco el jurista, para dar otro ejemplo, puede dejar de lado, salvo casos excepcionales, el principio *lex superior* en un caso de incompatibilidad entre hipótesis interpretativas, ya que éste es un principio profundamente arraigado en el sistema dogmático.

Pero hay casos de otras reglas, por ejemplo, las que prescriben la analogía y la interpretación "a contrario", o los principios de interpre-

tación *lex posterior* y *lex specialis*, que se presentan como alternativas en la elección de las cuales el jurista tiene bastante libertad. Por otra parte, las teorías dogmáticas (que hemos visto en el cuarto capítulo) si bien permiten al jurista soluciones normativas no inferibles directamente de las expresiones lingüísticas del legislador y los presupuestos generales y reglas de inferencia de la dogmática, una vez aceptadas impiden al jurista la limitación de no poder derivar soluciones incompatibles con las mismas, o aun independientes si es que no se construye una nueva teoría cuyas consecuencias sean admisibles.

Hare, en el trabajo referido, sostiene que la racionalidad del discurso moral está dada por la necesidad de universalizar las prescripciones morales formuladas para un caso individual.<sup>14</sup> Una persona no puede sostener, por ejemplo, que debe ir a la cárcel su deudor que no le paga y no mantener tal prescripción en relación a él mismo cuando no paga a sus acreedores, a menos que muestre alguna diferencia relevante entre ambos casos. Esto es lo que permiten, que, hasta cierto punto, las discusiones en materia moral puedan resolverse racionalmente.

En el discurso dogmático se da la misma necesidad de universalización (con la restricción obvia de que abarca solamente los sujetos de su orden jurídico determinado). Una solución dogmática para ser admisible tiene que derivar de alguna hipótesis interpretativa general, y no es posible proponer soluciones distintas para casos respecto a los cuales no se muestra alguna diferencia relevante.

Si a esto le agregamos el hecho, que señalábamos recién, de que el dogmático no es absolutamente libre en la elección de las hipótesis interpretativas, sino que debe derivarlas de un conjunto de presupuestos, reglas y teorías que se vinculan con las expresiones lingüísticas del legislador, y que están incorporadas profundamente a la tradición dogmática, concluiremos que en el ámbito de la dogmática jurídica es posible contar con criterios racionales para resolver una controversia o evaluar una conclusión con mucha más amplitud de lo que es posible en relación a la moral.

Es obvio, sin embargo, que, como las reglas, presupuestos, y teorías dogmáticas, le dejan al jurista un amplio juego de opciones en la propuesta de soluciones, en definitiva, deberá proceder a contrastarlas con criterios axiológicos. Pero aun dejando de lado la posibilidad de una decisión racional en cuestiones valorativas, es evidente también que la general coincidencia entre los juristas de una cultura, acerca de las pautas axiológicas más amplias, permita que este contraste sea controlable inter-subjetivamente.

<sup>14</sup> *Op. cit.*, cap. III. "Principles". Hare titula a su teoría "prescritivismo universal", pues los principios morales son *a) prescripciones; b) universalizables*.

Las analogías metodológicas que acabamos de señalar entre las ciencias empíricas y la dogmática jurídica, así como la diferencia en cuanto al carácter fundamentalmente descriptivo de la primera y principalmente normativo de la actividad de los juristas, quizás ofrecen una posibilidad de satisfacer parcialmente las preocupaciones legítimas que se puedan rescatar detrás de la vana búsqueda de la científicidad de la dogmática (ver el primer capítulo).

Como sostuvimos, tales inquietudes admisibles están orientadas a precisar semejanzas y distinciones entre la dogmática y las ciencias reconocidas, con el objeto de determinar en qué medida son extensibles a la dogmática las elaboraciones a nivel metacientífico que se han desarrollado en relación a la estructura de las ciencias empíricas, hasta qué punto es aplicable a la actividad de los juristas el aparato conceptual de tales ciencias, etcétera.

Por cierto que este análisis no ofrece una respuesta a la pregunta que lanzó Von Kirchmann causando una aguda preocupación entre los juristas. Como dijimos, la discusión acerca de si la jurisprudencia es o no una ciencia es una disputa meramente verbal que no puede resolverse, salvo por una poco interesante estipulación *ad hoc*, a causa de las peculiaridades que ofrece el significado en uso de la palabra "ciencia".

En el presente trabajo hemos puesto de relieve el carácter normativo de la actividad de los juristas; no hemos entrado a analizar si, conjuntamente con este carácter, la dogmática jurídica cuenta con alguna base empírica. Esta cuestión ha sido considerada desde distintos puntos de vista y se han dado muchas respuestas, algunas positivas y otras negativas; un pequeño número de las cuales, en sentido afirmativo, pueden abrir, quizás, algunos caminos fecundos en el análisis del problema. Pero no debemos transitar por ellos con la creencia compulsiva de que a menos que se trate de una ciencia formal, la determinación de la naturaleza descriptiva empírica de la dogmática es condición necesaria para el reconocimiento de su racionalidad y de la posibilidad de controlar intersubjetivamente sus conclusiones. No debemos dejarnos perturbar tampoco por consideraciones acerca del presunto significado de la palabra "ciencia", ni confundirnos por la negación sincera y funcionalmente útil por parte de los juristas del carácter creador de su actividad. Si hubiera razones de conveniencia lingüística en nuestro apoyo, no deberíamos tener prevenciones en hablar de "ciencias normativas" e incluir a la dogmática jurídica entre ellas, teniendo cuidado, naturalmente, en no envolvernos con la idea mágica de que, con ese rótulo, hemos hallado, por fin la quinta esencia de la labor de los juristas.