
A. CALSAMIGLIA
(Universidad Autónoma de Barcelona)

**Sobre la Dogmática Jurídica: presupuestos y funciones del
saber jurídico**

INTRODUCCION

Los problemas de fundamentación y justificación de la actividad de juristas y abogados son desagradables. Desde hace mucho tiempo se ha dedicado atención al eterno problema del estatuto científico de la Dogmática y la insatisfacción que produce la reflexión ha provocado una auténtica “conspiración del silencio”. Son —afortunadamente— pocos los abogados y juristas que no son conscientes de que su saber y su actividad no están fundamentados como exige su profesión de larga tradición. Pero ese gusanillo, que de vez en cuando acecha a la conciencia jurídica, se destruye “por omisión”. Se olvida el problema, lo cual es una buena fórmula jurídica para solucionarlo.

La literatura jurídica ha dedicado mucha atención —a lo largo de su historia— al tema de la científicidad de la Dogmática Jurídica o de la Jurisprudencia. Se ha vertido mucha tinta sobre el tema y se han mantenido argumentaciones diversas, sin que ninguna de ellas haya logrado devolver al jurista una cierta seguridad sobre la fundamentación de su saber y su actividad.

En este trabajo se va a estudiar el sentido que puede tener el preguntarse por la científicidad de la jurisprudencia y si tiene algún objetivo cognoscitivo el responder a esta importante cuestión. Parece ser que

si se concluye que la dogmática es una ciencia ello produce un importante desarrollo de nuestro conocimiento sobre el derecho. La tesis que se va a desarrollar aquí va a argumentar que el conocimiento sobre el derecho no aumenta si se considera a la dogmática como una ciencia o como una pseudociencia. Nuestro conocimiento sólo aumenta si llegamos a explicar más y mejor el derecho o el conocimiento sobre el derecho (es decir, la dogmática o la sociología jurídica o cualquier otro conocimiento acerca del derecho).

Desde el punto de vista cognoscitivo, la cuestión de si la dogmática es una ciencia o no, es menos importante que describir y explicar cuáles son los presupuestos de la dogmática y cuáles son sus funciones sociales. Es indudable que sobre este segundo punto (si se llega a describir algo relevante respecto a la dogmática) nuestro conocimiento sí que puede aumentar. Desde el punto de vista ideológico-político, la cuestión de la científicidad de la dogmática tiene una importancia fundamental (1). Si la ciencia es poder (como dijo Bacon), si la ciencia constituye hoy un elemento fundamental de la civilización, entonces bautizar a la Dogmática con el agua de la ciencia es elevarla en dignidad, en influencia y en papel social. Pero, muy pocos son los que pueden mantener con seriedad —hoy por hoy— el estatuto científico de la Dogmática y muchas son las voces que se han levantado contra la mal calificada ciencia del derecho. Sectores importantes de la propia Dogmática —que trabajan bajo los supuestos de este saber —se muestran inquietos y expectantes cuando se les pregunta sobre la fundamentación de la Dogmática. Se acude con ilusión y frecuencia a métodos diversos, a acercamientos sociológicos, a análisis de lenguajes, a conexión con otras ciencias sociales, a aplicaciones de métodos que han dado resultados en otros campos de conocimiento, para elevar la jurisprudencia a ciencia. Pero de una forma u otra los resultados son decepcionantes. Y son decepcionantes porque la Dogmática debería dejar de ser lo que es y convertirse en otra cosa para que pudiera ser calificada como ciencia. Pero esa conclusión es inaceptable para el gremio de los juristas que se niega —y con razón— a aceptar que no cumplen ninguna función social relevante y que sus enseñanzas no constituyen ningún tipo de conocimiento serio.

(1) Véase C. SCHMITT, *El concepto de la Política*, en «Estudios Políticos», Madrid, Doncel, 1975. Como es bien conocido, Schmitt mantuvo que la teoría era un arma que servía para destruir al enemigo.

En una sociedad como la actual impregnada de filosofía utilitarista la Dogmática jurídica existe porque tiene una función social relevante. Cuesta creer que en la actualidad una actividad sea financiada con el único objetivo de la reproducción de un gremio. Probablemente se "paga" a los juristas y se dedican fondos estatales para su formación porque su actividad —sea científica o no— es muy relevante socialmente (2). Nuestro objetivo será poner de manifiesto algunos de los supuestos fundamentales (las principales reglas de juego) de la Dogmática y aclarar cuáles son sus funciones sociales más relevantes.

Pero antes de analizar la Dogmática, debería dedicar la atención al problema de su científicidad y el sentido y posibles respuestas a esta preocupante cuestión.

LA DOGMÁTICA NO ES UNA CIENCIA

Quien se pregunte por la científicidad de un saber determinado debe realizar una operación de comparación entre un modelo determinado de ciencia y ese saber que pretende ser calificado como científico. El primer problema es definir la ciencia, puesto que *no hay una concepción científica de ciencia* ni un método unificado de la ciencia ni unas reglas determinadas (claras y distintas) que nos permiten deslindar el conocimiento científico del no científico. El segundo problema, es que el término ciencia es vago y ambiguo y no hay una propiedad común a todos los usos de la palabra ciencia. Y el tercer problema, es que no ha habido a lo largo de la historia una sola concepción de la ciencia, sino una pluralidad de concepciones de la ciencia.

Una de las características comunes a los diversos modelos de ciencia es la negación de carácter científico a la Dogmática y a la Jurisprudencia. El modelo racionalista de la ciencia y el modelo positivista de la ciencia puede ser unos buenos ejemplos de repudio del que ha sido objeto la Dogmática.

A) LA CONCEPCIÓN RACIONALISTA DE LA CIENCIA Y LA DOGMÁTICA

Esta concepción de la ciencia partió del presupuesto de que el mundo era un todo racional y que existían unas leyes racionales inmutables y

(2) Ver L. KOLAKOWSKI, *El Hombre sin Alternativa*, Madrid, Alianza, 1970, en donde se plantea un problema semejante referido a los filósofos e intenta explicar las razones de su existencia.

universales, que gobernaban no sólo los fenómenos físicos sino también la conducta humana. Las leyes naturales eran el objeto de la ciencia y este objeto era susceptible de cambio. El conocimiento científico tenía como objetivo poner de manifiesto las leyes intrínsecas mediante las cuales se regían todos los fenómenos de la naturaleza y de conducta. El hombre poseía una facultad —la razón— mediante la cual podía descubrir la existencia de esas leyes: las leyes racionales del universo. Mediante esta facultad el hombre puede alcanzar el conocimiento de lo universal (que desde la perspectiva platónico-aristotélica es el único objeto del verdadero conocimiento y el modelo racionalista de la ciencia es heredero de esa tradición en este punto) (3).

El método racionalista era el deductivo y el prototipo de ciencia era la Matemática. En el modelo de ciencia racionalista era preciso que la Jurisprudencia utilizara el método deductivo si quería convertirse en ciencia. Además el objeto debería ser inmutable y universal, puesto que lo singular y mudable era irreductible al conocimiento científico (4).

Desde esa específica concepción de la ciencia, la Jurisprudencia no pudo ser considerada como ciencia puesto que su método no era deductivo, su objeto no era inmutable sino variable —ya que la jurisprudencia no pretendía descubrir las leyes inmutables de la naturaleza sino que tenía como objeto las normas jurídicas positivas contingentes. Si se compara el modelo estudiado con la jurisprudencia, con la actividad de los juristas, el resultado de ese juicio es claramente desfavorable para la jurisprudencia: es una ciencia porque no comparte el paradigma racionalista.

Pero el racionalismo no se contentó con negar el estatuto científico a los juristas. Si no existía una ciencia jurídica era preciso *inventarla*. La gran construcción del iusnaturalismo racionalista pretende elevar a la categoría de ciencia los estudios jurídicos. Desde este específico modelo de ciencia el derecho natural se constituye en auténtico saber científico porque su objeto son leyes naturales inmutables y necesarias, su método es deductivo y la facultad humana que puede descubrir esas leyes naturales es la razón humana. Una de las grandes tareas del racio-

(3) Sobre el concepto de ciencia racionalista véase el importante trabajo de E. BETH, *The Foundations of Mathematics*, Amsterdam, 1965. En el capítulo segundo Beth muestra la herencia aristotélica de las concepciones racionalistas y empiristas de la ciencia.

(4) Para una crítica de esa concepción véase el trabajo de HÜBNER, *Crítica de la Razón Científica*, Barcelona, Editorial Alfa, 1981, cap. XV.

nalismo es la construcción de la *verdadera ciencia del derecho como jurisprudencia* “*more geométrico*”.

Norberto Bobbio ha puesto de manifiesto la disparidad entre la concepción racionalista de la ciencia y la jurisprudencia y ha señalado que “el objeto de estudio del científico de la naturaleza son las leyes universales y necesarias. Y ¿cuándo el jurista ha tenido algo que ver con leyes de tal naturaleza? ¿No es realmente característica —hasta demasiado visible— del mundo de la experiencia en el que se mueve el jurista la mutabilidad, la provisionalidad, la limitación espacial y temporal, la convencionalidad, la contingencia, el cambio incluso caprichoso, en definitiva, la total falta de universalidad y de necesidad? Y todavía más: las verdades del científico de la naturaleza son definitivas. Pero, ¿qué hay de definitivo en la jurisprudencia?... No es quizás la jurisprudencia el terreno más fértil de las disputas no resueltas y siempre reabiertas, el dominio de la opinión, precisamente en el sentido en que *opinión* se distingue tradicionalmente de ciencia?” (5)

Si se acepta la concepción racionalista de la ciencia parece evidente que la jurisprudencia no encaja en esa concepción. Se le debe negar por tanto la científicidad porque el pretendido saber jurídico no tiene ninguna unidad, ni ninguna verdad definitiva ni universalidad ni inmutabilidad. Era preciso abandonar esa vía y contruir un saber jurídico que tuviera esas características. El derecho natural racionalista intentará construir la unidad, necesidad, inmutabilidad y universalidad que la jurisprudencia no había sabido alcanzar. Frente a la acientífica jurisprudencia real se constituye la jurisprudencia ideal (6). Para Bobbio “el gran desarrollo del derecho natural queda como un ejemplo clarísimo del modo en que se manifestó en una determinada época histórica el divorcio entre la concepción de la ciencia y la realidad de la jurisprudencia” (7). Para que el saber jurídico fuera ciencia debía dejar de ser jurisprudencia y convertirse en otra cosa (en este caso en derecho natural).

(5) Sobre este punto, ver N. BOBBIO, *Ciencia del Derecho y Análisis del Lenguaje*, en N. BOBBIO, *Contribución a la Teoría del Derecho*, Valencia, Fernando Torres, 1980 (Edición y traducción de A. Ruiz-Miguel), pág. 176.

(6) *Ibid.*, pág. 177. Bobbio señala que los presupuestos del iusnaturalismo racionalista son los siguientes: A) existen leyes naturales semejantes a todas las demás leyes que regulan el universo; B) la ciencia del Derecho natural tiene la función de descubrir y enunciar estas leyes, recabándolas de la propia naturaleza del hombre.

(7) *Ibid.*

B) LA CONCEPCIÓN POSITIVISTA DE LA CIENCIA Y LA DOGMÁTICA

Pero la concepción racionalista de la ciencia no es la concepción científica de la ciencia. A lo largo de la historia se han dado diversas concepciones de la ciencia y es un error bastante común el pensar que la ciencia tiene unidad metodológica y de presupuestos. La crisis de la Ilustración y la crisis del Racionalismo produce la crisis de la concepción racionalista de la ciencia y la propuesta de una concepción de la ciencia.

La concepción positivista de la ciencia no va a aceptar los presupuestos de la concepción racionalista de la ciencia y considerará que ésta está repleta de supuestos metafísicos que hay que eliminar. Para el positivista el mundo no es necesariamente racional ni existen unas leyes racionales naturales que gobiernan el universo. Para el positivista sólo existen hechos y el único método de conocimiento es el experimental. La nuda razón no produce conocimiento. En el gran sistema de la ciencia sólo caben hechos verificables.

Ni en el método ni en la concepción del mundo coinciden esos específicos modelos de ciencia. Parten de presupuestos distintos y por tanto tienen un ámbito de conocimiento distinto. El método deductivo —característico del racionalismo— es considerado ahora estéril. El verdadero conocimiento se consigue con el método inductivo y el modelo de ciencia ya no será la Matemática sino la Física.

Podría pensarse que desde una perspectiva distinta a la racionalista la jurisprudencia se vería legitimada como una auténtica ciencia. Pero, desgraciadamente para los juristas, la concepción positivista de la ciencia tampoco reconoció a la Jurisprudencia su estatuto científico porque no trata hechos. La jurisprudencia debe averiguar qué es lo que dice el derecho (8) y sólo se pregunta por la licitud del comportamiento. La ciencia del derecho no trata de estudiar la conducta de los hombres sino el sentido de las normas (9).

(8) Véase E. GIMBERNAT, «¿Tiene un futuro la Dogmática jurídico penal?», en *Estudios de Derecho Penal*, Madrid, Civitas, 1976, pág. 78.

(9) Véase sobre este punto K. LARENZ, *Metodología de la Ciencia del Derecho*, 2.^a ed. cast., Barcelona, Ariel, 1980, pág. 26: «La Ciencia del Derecho tiene que verselas con el Derecho, lo que, sin embargo, quiere decir con un objeto que nosotros no somos capaces de aprehender de otro modo que haciéndonos conscientes de su sentido, del significado de determinados actos y de sus objetivaciones... es, por tanto, una ciencia comprensiva que procura interpretar de un modo determinado el material que le es dado, a saber: normas e institutos de un Derecho "positivo".»

La jurisprudencia —según la filosofía positivista— es una Dogmática y es irreductible al conocimiento científico. También la concepción positivista de la ciencia se vio obligada a reduplicar el conocimiento jurídico pues la sociología o la psicología jurídicas constituirían las “auténticas ciencias” que no tratarían sentidos y significados sino auténticos hechos. Las doctrinas jurídicas antiformalistas de principios de siglo —y muy especialmente Eugen Ehrlich— partirán de ese modelo de ciencia y pretenderán sustituir la jurisprudencia por la sociología del Derecho (10).

Hemos tratado hasta aquí dos modelos de ciencia determinados que han sido dominantes en épocas distintas y ambos han llegado a una conclusión similar respecto al estatuto científico de la Jurisprudencia. Ambos consideran que la verdad definitiva de la ciencia no se puede conseguir con el método Dogmático característico de la jurisprudencia y ambos intentan sustituir la Dogmática por un nuevo saber que concuerde con el modelo respectivo.

El problema se plantea del siguiente modo. Se parte de unos presupuestos determinados, de un modelo de ciencia determinado. Se analiza si la jurisprudencia comparte ese modelo. Se constata que no y por tanto se concluye que la jurisprudencia carece de valor como ciencia (11).

(10) Véase E. EHRlich, *Grundlegung der Soziologie des Rechts*, München und Leipzig, 1913. La polémica entre dogmáticos y sociólogos ha sido predominantemente metodológica. Ambos partieron del supuesto de que sólo podía existir un método para el estudio del Derecho y el gran problema era elegir entre el método dogmático y el método sociológico. Renato Treves ha puesto de manifiesto el planteamiento inadecuado del problema, puesto que Dogmática y Sociología no son necesariamente excluyentes. Véase su conferencia «Kelsen e la Sociologia», pronunciada en el Instituto della Enciclopedia Italiana, en Roma, con ocasión del centenario de Kelsen, de próxima publicación.

Véase también V. TOMEIO, *Il Diritto come Struttura del Conflitto*, Milano, F. Angeli, 1981.

(11) La crítica de Kirchmann a la jurisprudencia es uno de los ejemplos más claros de esa insatisfacción que produce los resultados de la dogmática jurídica. Kirchmann añora un modelo de ciencia que produzca verdades universales, inmutables y necesarias. Los objetos de las ciencias son inmutables y por eso las ciencias son inmutables. La jurisprudencia no es ciencia porque su objeto es contingente y en el momento que la ciencia hace de lo contingente su objeto ella misma se transforma en contingencia. El modelo de ciencia utilizado por Kirchmann no es positivista ni tampoco el racionalista, sino una síntesis de ambos. Kirchmann piensa en un saber que no fuera el derecho natural, pero que tuviera sus características de inmutabilidad, universalidad y unidad. La crítica de Kirchmann es una espina que tienen clavada muchos juristas que —dicho sea de paso— no se han preocupado de analizar su concepto o modelo de ciencia. Hoy ese modelo es insostenible —por arcaico, anómalo— y probablemente no fuera mantenible ni en su propia época. Véase su *Jurisprudencia no es ciencia*, Madrid, Instituto de Estudios Políticos, 1949. Sobre este tema, véase G. PERTICONE, *Grandezza e miseria della scienza del Diritto*, en «Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto», 1964, y B. LEONI, *Il valore della giurisprudenza e il pensiero de J. H. Kirchmann*, «RIFD», 1949, pág. 310.

LA CONCEPCIÓN CIENTÍFICA DE LA CIENCIA

Las páginas anteriores han analizado dos modelos determinados de ciencia y los han comparado con la jurisprudencia. Ambos modelos rechazan la jurisprudencia como saber científico y ambos modelos inventan ciencias del derecho que concuerden con sus respectivos modelos.

Ahora bien, para saber si la Jurisprudencia es una ciencia o no lo es, es preciso definir científicamente la ciencia o saber exactamente qué es la ciencia y cuales son las propiedades comunes que tienen los saberes que denominamos científicos. Sin una concepción científica de la ciencia difícilmente podremos responder a la cuestión de si la jurisprudencia es una ciencia.

Los filósofos de la ciencia se han preocupado de los problemas que sugiere el término ciencia. La ambigüedad de este término es bien conocida puesto que usamos la palabra para significar una actividad y el producto de esta actividad. El término ciencia no sólo es ambiguo, —tiene diversos significados— sino que además es vago —no es posible enunciar una propiedad común a todos los usos de la palabra ciencia— y además es un término que tiene una fuerte carga emotiva. En todo caso, parece muy difícil enunciar unos criterios precisos y exactos para el uso de la palabra ciencia, a menos que estemos dispuestos a negar a un saber determinado —consolidado— su estatuto científico. En todo caso podemos hablar de propiedades que *normalmente* acompañan a los saberes científicos pero *no necesariamente*. Podemos hablar de *criterios cumulativos* (una disciplina que observe, experimente, mensure, haga generalizaciones abstractas y prevea puede ser considerada como científica con fuerte fundamento). Pero no hay una propiedad común a todos los usos de la palabra ciencia. En el campo de las ciencias factuales, quizá la experimentación sea una *condición necesaria* para que un saber pueda ser considerado como científico, pero no *suficiente*. La Historia de la Ciencia muestra algunos ejemplos de evidencias empíricas (de hipótesis confirmadas empíricamente) que no han sido consideradas como ciencia por no concordar con el paradigma dominante. El caso de Ignaz Semmelweis (tantas veces citado por los filósofos de la ciencia) puede servir de ejemplo.

El término ciencia —como todo término vago— tiene una zona de uso indubitado (nadie negará a la Biología su estatuto científico) una zona de uso problemático (que los analistas denominan de penumbra) en el

que se pone en cuestión la legitimidad del uso (un ejemplo podría ser la Sociología e incluso la Jurisprudencia) y una zona de negación clara (pocos son los autores que consideran a la Astrología como una auténtica ciencia) (12).

Todo ello no lleva a considerar que la distinción entre la ciencia y la no ciencia no es una distinción rígida porque no existe un criterio claro y distinto para diferenciarlos. La distinción es gradual y en las zonas limítrofes se producen grandes discusiones que difícilmente pueden producir resultados satisfactorios desde el punto de vista cognoscitivo.

De hecho cuando se intenta definir un término —como ciencia— se quiere reflejar un estado objetivo de cosas. Muchas veces se habla de la “verdadera definición de la Ciencia” como si fuera posible descubrir el concepto que corresponde a la verdadera realidad de la ciencia. Implícitamente, se piensa que sólo existe una verdadera definición de cada palabra y que cada concepto corresponde una palabra. La relación entre el lenguaje y la realidad —se supone,— es independiente de la voluntad humana y cada concepto refleja y describe una realidad o unos hechos determinados. Cuando nos preguntamos por la verdadera definición de ciencia, suponemos que existe una idea —en sentido platónico de la palabra— y debemos descubrir las propiedades de esta idea mediante la intuición. El problema surge cuando nos damos cuenta de que usamos ese concepto sin respetar esas propiedades o de que no hay propiedades comunes a los diversos usos de la palabra.

Probablemente el problema desaparece —o se disuelve— si pensamos que la relación entre el lenguaje y la realidad es establecido arbitrariamente por los hombres y que por tanto no hay ninguna “naturaleza esencial” de los conceptos ni existe ninguna *necesidad* de encontrar propiedades comunes al uso de un término. La filosofía analítica —siguiendo en este punto al viejo nominalismo— considera que los conceptos no describen hechos y considera que las cosas sólo tienen propiedades esenciales en la medida en que los hombres decidan que lo son para usarlas.

Si somos conscientes de que el término ciencia no tiene en sí unas propiedades determinadas y que este término ha variado su significa-

(12) Véase sobre este punto CH. STEVENSON: *Ethics and Language*, Yale University Press (7.ª ed., 1958), cap. IV. Véase en la literatura castellana las observaciones de G. CARRIÓ, *Notas sobre Derecho y Lenguaje*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1979 (2.ª ed.), pág. 33.

ción a lo largo de la historia; si se acepta la concepción analítica de la relación entre el lenguaje y la realidad ya no es necesaria ni posible la definición definitiva de ciencia, pues el uso del término puede variar y de hecho varía. Por tanto, no intentaremos definir “la naturaleza de la ciencia” sino que pondremos nuestra atención en los diversos usos de la palabra ciencia, las zonas luminosas donde se agrupan los ejemplos típicos, aquellos frente a los cuales no se duda que la palabra es aplicable, y las zonas de penumbra o de oscuridad en las cuales es dudoso (13).

Pero el término ciencia no sólo es ambiguo y vago, sino que además tiene también un *significado emotivo*. Una actitud científica, o una tesis científica es honorable, merece sin lugar a dudas el respeto general. Aparte de su significado descriptivo, el término ciencia tiene la virtud de provocar reacciones emotivas en la mayoría de los hombres y eso representa una nueva dificultad. De hecho la pregunta por el estatuto científico de la jurisprudencia se hace —muchas veces— para condecorarla con ese honoroso nombre o para negar su relevancia. Afirmar que la jurisprudencia no es una ciencia tiene efectos importantes. Probablemente se le dedicará menos atención en la sociedad e incluso en los presupuestos estatales. Probablemente el dogmático tendrá dificultades para tomar contacto con otros especialistas, puesto que éstos lo despreciarán como desprecian a los que se dedican a la astrología. Es indudable que responder a esta cuestión tiene importancia social, aunque probablemente no tenga importancia cognoscitiva

Lo mismo podríamos decir de los que defienden la científicidad de la Jurisprudencia. Carlos Nino en sus *Consideraciones sobre la Dogmática Jurídica* ha señalado que “cuando se quiere condecorar a una determinada actividad con este honoroso nombre el procedimiento usual es dar una definición *ad hoc* de ciencia, moldeada deliberadamente para comprender en el núcleo de significado de la palabra esa actividad” (14). Como no hay concepción científica de la ciencia, el jurista dogmático acude a un concepto de ciencia, suficientemente amplio para que quepa la Dogmática. En muchas ocasiones es necesario introducir definiciones *ad hoc* para defender la científicidad de la Dogmática. Por ejemplo Larenz en su *Metodología de la Ciencia del Derecho* afirma que “esti-

(13) Véase G. CARRÍO, *op. cit.*, 33 y 34.

(14) Véase el interesante trabajo de CARLOS S. NINO, *Consideraciones sobre la Dogmática Jurídica*, México, UNAM, 1974. Sobre el significado emotivo de las palabras hay abundante bibliografía. Véase —por su claridad y precisión— G. R. CARRÍO, *Notas sobre Derecho y Lenguaje*, *op. cit.*, pág. 22.

mos que la Jurisprudencia es de hecho una ciencia (y no sólo una *tecnología* aunque también sea esto) porque ha desarrollado métodos que aspiran a un conocimiento racionalmente comprobable del Derecho vigente. A esto se opone el que nunca sea capaz de alcanzar el grado de exactitud que distingue a la Matemática y a la Ciencia Natural y que muchos de sus conocimientos sólo son de validez temporalmente condicionada". Larenz afirma la cientificidad pero es consciente de que la cientificidad de la Dogmática es distinta cuando se pregunta "en qué otra ciencia sería posible que una determinada respuesta a una determinada pregunta no pudiera calificarse inequívocamente de *verdadera* o *falsa*, sino sólo *defendible*? Ciertamente, que de ninguna otra ciencia se exige disponer al punto de una respuesta a toda pregunta —un problema de la ciencia natural, una cuestión relativa a un proceso histórico, pueden quedar sin contestar, al menos de momento, pero el caso jurídico, sometido al juez para su resolución, no" (15). Larenz tiene que justificar un nuevo concepto de ciencia que incluya el carácter descriptivo y prescriptivo de la Dogmática, que incluya las necesidades inmediatas de soluciones a los casos y a la vez que no se den soluciones correctas sino defendibles. Es evidente que pocos científicos —que no sean juristas Dogmáticos— pueden aceptar ese uso de la palabra ciencia. Si Larenz defiende la cientificidad de la jurisprudencia eso se debe a cuestiones de prestigio social y de gremio profesional. También puede deberse a un prejuicio muy común: muchas veces se sostiene que si un saber no es científico no es saber, o es ideología mixtificadora. Hay que partir de la base de que la distinción entre la ciencia y la no ciencia no es rígida. Como dice Vernengo "la diferencia es de grado y depende de factores sociales que no reciben expresión ni en el discurso en que formulamos nuestra opinión subjetiva, ni en los textos en que se vierta el conocimiento objetivo. La objetividad del conocimiento es también un modo de la subjetividad de algunos sujetos históricos" (16). Creo que discutir si la Jurisprudencia es una ciencia o no tiene una indudable importancia para el gremio de los juristas y tiene también una gran trascendencia social, pero creo también que no aporta ningún dato cognoscitivo interesante. Los juristas interesados en defender "su ciencia" partirán de un concepto suficientemente amplio de ciencia para que quepa dentro de él la dogmática. Los interesados en atacar el saber jurídico partirán de un concepto de ciencia en el que no quepa la Dogmática y le ne-

(15) Ver LARENZ, *Metodología de la Ciencia del Derecho*, op. cit., págs. 26 y 35.

(16) Véase R. VERNENGO, *Curso de Teoría General del Derecho*, Buenos Aires, Cooperadora de Derecho y Ciencias Sociales, 1976, 2.ª ed., corregida y aumentada, pag. 18.

garán su estatuto científico. Pero, afirmando o negando la científicidad de la Dogmática y de la Jurisprudencia ¿*conocemos más o mejor?* o simplemente discutimos sobre la legitimidad de un saber determinado. ¿Se puede distinguir con claridad la ciencia de la no ciencia? ¿Cuáles son los criterios que utilizamos? ¿Cómo podemos justificar racionalmente esos criterios? ¿Acaso los asumimos dogmática y acríticamente? Todas esas cuestiones son difíciles de responder y en la literatura especializada podemos encontrar respuestas para todos los gustos. El interrogante —o mejor los interrogantes— pueden quedar abiertos, pero, en el caso de que llegáramos a una conclusión definitiva, ¿conoceríamos mejor el derecho y el estudio sobre el derecho? Si llegáramos a la conclusión de que la Dogmática es una ciencia, ¿no estaríamos justificando y tranquilizando nuestra conciencia de jurista? Creo que —sin infravalorar la importancia social de la cuestión— no conoceríamos nada nuevo y por eso quizá valga la pena salirse del planteamiento que *la mala conciencia jurídica* nos ha legado.

Con independencia de que sea una ciencia o no lo sea, la Dogmática Jurídica existe y es de gran importancia para la formación de los juristas. La transmisión del saber jurídico se realiza en las Facultades de Derecho y en éstas (en los países de derecho codificado) ocupa un lugar privilegiado la Dogmática Jurídica. Cuesta creer que una reflexión de prolongada vigencia social no cumpla ningún cometido social. A primera vista la Dogmática —en sectores importantes de la enseñanza del derecho— sirve como cadena de transmisión del conocimiento del derecho. Aparte de su función educativa, los jueces y juristas utilizan la Dogmática y sus teorías para la resolución de los conflictos sociales. Se debe reconocer que la Dogmática —por muy desprestigiada que esté en ciertos círculos de juristas (incluso entre los alemanes)— puede merecer la atención por su función social y por el papel que ocupa en la enseñanza del derecho, aunque sectores importantes del pensamiento jurídico sean muy críticos respecto a ella y se haya perdido la “seguridad” de antaño (17).

En las páginas siguientes se va a prescindir del tema de la científicidad de la Dogmática y se intentará poner de manifiesto cuáles son las reglas de juego de la Dogmática, cuáles son sus principales presupuestos, si tiene funciones cognoscitivas o prescriptivas, cuáles pueden ser las funciones sociales de la Dogmática y cómo opera el dogmático. Se trata-

(17) Véase sobre este punto LARENZ, *Metodología de la Ciencia del Derecho*, *op. cit.*; su Epílogo.

rá pues de analizar el saber sobre el derecho que comúnmente se denomina Dogmática y quizá con ello lleguemos a saber algo acerca de la Dogmática, y nuestro conocimiento progrese.

LA DOGMÁTICA JURÍDICA

Puede causar cierta perpejidad que la Ciencia Jurídica sea denominada Dogmática Jurídica. En el lenguaje ordinario el calificativo dogmático tiene un significado emotivo negativo. Ser dogmático significa aceptar un principio sin dar posibilidades de someter ese principio a la crítica de la razón. Ser dogmático significa ser acrítico, aceptar sin reflexión una serie de principios, ser incapaz de reformar o cambiar esos principios, no admitir las razones que se oponen a la aceptación de tales principios.

En principio se podría afirmar que la convicción Dogmática se opone a la verdad científica. Se considera que la Ciencia es explícitamente crítica y antidogmática porque pone siempre en cuestión sus tesis y porque considera que las verdades que ofrece son provisionales (18). Una de las características fundamentales de la Ciencia —según una de las concepciones más generalizadas de ella— es que sus tesis y sus verdades son susceptibles de crítica racional.

El hecho de que uno de los saberes jurídicos (la Dogmática Jurídica) se autocalifique a sí misma de dogmático y, a la vez, pretenda constituirse en un saber científico puede parecer contradictorio, en la medida en que la crítica racional es una de las características diferenciales del saber científico frente a los otros saberes no científicos. Parece ser que actitud dogmática y actitud científica son irreconciliables. La línea de demarcación entre ambas actitudes ha sido establecida de una forma muy rígida.

Es cierto que la Dogmática Jurídica parte de unos principios que no son susceptibles de crítica racional, pero las tesis y las afirmaciones de este saber sí que son susceptibles de crítica racional. Son bien conocidas las múltiples *argumentaciones racionales* que las diversas teorías dogmáticas en competencia mantienen para demostrar la verdad de sus afirmaciones. El resultado de la actividad de la Dogmática se pone siem-

(18) Véase M. BUNGE, *La Investigación Científica*, Barcelona, Ariel, 1969, cap. I.

pre en cuestión y en este sentido la Dogmática Jurídica —como cualquier saber científico no sólo admite crítica racional sino que es explícitamente crítica. En todo caso, parece ser que el dogmatismo de la Dogmática sólo se mantiene a nivel de sus presupuestos a reglas de juego. Esos presupuestos son —en principio— indiscutibles.

Pero, la Ciencia ¿acaso no mantiene algunos dogmas como auténticas reglas de juego que no son susceptibles en principio de crítica? Los trabajos de historiadores y sociólogos de la Ciencia —y muy especialmente los de Kuhn— han puesto de manifiesto que en las *Ciencias maduras* se aceptan acríticamente ciertos presupuestos que determinan la investigación y que en principio —si no surgen anomalías muy relevantes— no son susceptibles de crítica racional. El científico acepta esos dogmas sin cuestionarlos y son esos presupuestos los que determinan cómo y cuál es el objetivo de la investigación. La perspectiva desde la cual el científico observa el mundo viene determinado por esos dogmas y es lógico que el científico sólo vea lo que sus lentes dogmáticas le dejan ver. Lo que está fuera del campo predeterminado por el dogma no puede ser objeto de la investigación del científico. Uno de los grandes méritos de Kuhn ha sido poner de manifiesto la función de los dogmas en la investigación científica y el carácter convencional de la Ciencia (19). Tras la crítica kuhniana la distinción entre dogma y ciencia ya no puede ser tan rígida y no debe causar en principio perplejidad que un saber —como la Dogmática— parta de unos presupuestos y tenga unas reglas de juego determinadas y que no acepte la crítica de esas reglas y presupuestos.

Muchos juristas —y no juristas— piensan que la Dogmática está constituida por una serie de opiniones arbitrarias y que la única justificación de este saber se encuentra en deseos y convicciones subjetivas. Sin embargo un análisis superficial de esa actividad nos muestra que de un modo u otro los juristas operan con unas reglas de juego y con unos presupuestos preestablecidos, que les indican los límites de su razonamiento. En otras palabras: en el seno de la Dogmática hay unas reglas de juego que se han de respetar y quien no las respete no hace Dogmática y eso significa que *no todo está permitido dentro de la Dogmática*. Los juristas tienen que aceptar esas reglas y esos principios —si quieren hacer trabajos dogmáticos— y tiene que justificar que sus tesis se adecúan a esas reglas de juego. Ello les permite distinguir entre teorías

(19) Véase KUHN, *The Structure of Scientific Revolutions*, Chicago, 1962. Para la crítica de Kuhn véase LAKATOS y MUSSGRAVE, *Criticism and the Growth of Knowledge*, Cambridge University Press, 1970.

dogmáticas buenas y menos buenas. Los juristas son capaces de juzgar una teoría dogmática determinada y de hecho la crítica ocupa un lugar sumamente importante en la actividad de los juristas dogmáticos.

Es cierto que existen aceptaciones acriticas de ciertos principios y que es posible que las reglas de juego de la Dogmática sean tan ambiguas que permitan argumentaciones y tesis contradictorias, pero también es cierto —como dice Nino— que “los juristas no son absolutamente libres en la formulación de hipótesis interpretativas de expresiones lingüísticas del legislador... solamente en consideración a ideales racionales o axiológicos muy poderosos un jurista puede apartarse, por ejemplo, de la regla de 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” (20).

La Dogmática jurídica no es totalmente arbitraria y cumple un papel ordenador y racionalizador. Gimbernat ha señalado que “cuanto menos desarrollada esté una Dogmática, más imprevisible será la decisión de los tribunales, más dependerá del azar y de factores incontrolables la condena o la absolución” (21). Según el autor citado, la Dogmática tendría una función cognoscitiva del derecho puesto que nos informaría de las posibles soluciones de un conflicto determinado. La Dogmática, mediante una tarea de abstracción y de simplificación, nos daría un conocimiento acerca del Derecho. En principio la Dogmática pretende constituirse como un saber ordenado y sistemático sobre un Derecho positivo determinado. La Dogmática jurídica —como todo saber— tiene unos presupuestos y unas reglas de juego y poner de manifiesto cuáles son esos presupuestos (o los principales) es uno de los objetivos de este trabajo. El carácter cognoscitivo de la Dogmática se manifiesta en el lugar que ocupa en las facultades de derecho como cadena de transmisión del conocimiento jurídico. Y esa es una función social relevante. Pero la Dogmática Jurídica no se limita a describir el derecho positivo. Existe una convicción —bastante generalizada— de que uno de los objetivos de la Dogmática es ayudar al juez en la tarea de interpretación y aplicación del derecho, creando criterios y teorías que influyan en el juez y en el legislador. La Dogmática Jurídica no sólo es descriptiva de normas sino que también propone soluciones, propone normas. El carácter

(20) C. NINO, *Consideraciones sobre la Dogmática Jurídica*, México, UNAM, 1974, pag. 112.

(21) E. GIMBERNAT, *¿Tiene un futuro la dogmática jurídico-penal?*, op. cit., pag. 78.

híbrido de la Dogmática Jurídica —amalgama de saber descriptivo y práctica prescriptiva— ha creado numerosos problemas de justificación a sus cultivadores, porque no se limita a describir su objeto (el derecho) sino que también forma (o puede formar) parte del mismo. En los próximos epígrafes se tratará de la función descriptiva y prescriptiva de la Dogmática.

LA FUNCIÓN COGNOSCITIVA DE LA DOGMÁTICA JURÍDICA

Existe un acuerdo generalizado entre teóricos y juristas según el cual la función más importante de la Dogmática Jurídica es la descripción del derecho positivo. Uno de los objetivos más importantes de la Dogmática es la presentación del material jurídico en un esquema ordenado y sencillo. Se dice que el detalle legislativo no es el objetivo de la Dogmática (aunque excepcionalmente se dedique a él). Ahora bien, la Dogmática no se limita a una mera repetición del derecho positivo. En la labor Dogmática existe una labor constructiva de abstracción y creación de categorías abstractas que permiten interpretar un conjunto indeterminado de normas. Las teorías dogmáticas parten del material jurídico positivo pero no se limitan a su reproducción, sino que construyen teorías y —en un proceso de abstracción más elevado— principios de carácter general que permiten comprender en un esquema económico y sencillo un sector determinado del ordenamiento jurídico.

Pero la Dogmática no se limita a esa tarea de abstracción y de construcción de categorías conceptuales y principios generales. Porque esos y aquellos serán elementos que servirán para interpretar y aplicar el derecho positivo (como se verá más adelante) y para reformular el derecho. En el nivel de los principios (que es uno de los niveles más abstractos y por tanto más indeterminado) se pueden introducir criterios *metajurídicos* (que no surgen directamente del derecho positivo) y que pueden modificar el propio derecho positivo. El elevado nivel de abstracción y la imposibilidad de determinar su significado (y por tanto su aplicación a unos casos concretos), permiten introducir criterios que no están en el derecho positivo y sirven para modificarlo. Pero la Dogmática realiza esa sutil operación de reformular el derecho positivo *como si* su actividad fuera meramente cognoscitiva, es decir, descriptiva de los principios que surgen por abstracción del derecho positivo. Los dogmáticos y en general los juristas no reconocen *explícitamente* que mediante su *Ciencia* modifican el objeto de su conocimiento. Y es posible que tengan buenas razones para no reconocer cuál es su actividad creativa bajo el manto de la descripción y de la neutralidad científica.

Si se analiza los orígenes de la Dogmática se verá que ciertamente tuvo un carácter híbrido (descriptivo y prescriptivo). Los glosadores y postglosadores —probablemente los primeros dogmáticos— fueron expertos en Derecho Romano, lo describieron e intentaron exponerlo en sus comentarios. Sin embargo, su gran tarea no fue meramente cognoscitiva (la transmisión del conocimiento de un derecho histórico determinado). Una de las grandes tareas de esta escuela fue la adaptación del antiguo derecho romano a las existencias de la incipiente sociedad mercantil. Los glosadores y comentaristas no sólo fueron concedores del derecho romano sino que crearon normas jurídicas adaptando ese derecho a la nueva situación social. En sus orígenes el conocimiento jurídico dogmático no se limita a describir su objeto sino que se constituye en un instrumento de modificación del ordenamiento jurídico. El derecho romano no sólo se expone, sino que (convenientemente modificado) se utiliza para la resolución de los conflictos sociales.

Es más que probable que esa característica originaria de la Dogmática se haya mantenido inalterada a lo largo de su historia y sea una de las fundamentales (22).

Algunos prestigiosos juristas han puesto de manifiesto ese carácter problemático de la Dogmática. Larenz —que es uno de los más cualificados defensores de este saber— señala que “si la Jurisprudencia se entiende a sí misma como una Ciencia normativa, esto no quiere decir que ella misma dé normas, que ponga en vigor normas jurídicas. Más bien se entiende a sí misma como un sistema de enunciados *sobre* el derecho vigente. Ciertamente veremos que sus enunciados no carecen de influencia sobre el contenido de aquello a que se refieren, es decir al contenido de las normas jurídicas. Merced a ello se distingue de las hoy denominadas, las más de las veces, ciencias científicas, que parten de la independencia del objeto de conocimiento respecto al sujeto cognoscente y a ello se atienen” (23). Larenz reconoce que la función de la Jurisprudencia (o de la Dogmática) no es meramente descriptiva. El objeto (derecho) puede ser modificado de un modo u otro por la Dogmática y

(22) Por ejemplo, SUÁREZ mantiene en su *De Legibus*, libro VI, cap. I, “que toda interpretación es cambio», y considera que «cuando al atenderse al sentido propio de las palabras acarrese alguna injusticia o algún absurdo parecido con relación a la mente del legislador, hay que interpretar las palabras en un sentido —aunque sea impropio—, en el cual la ley sea justa y razonable, ya que se presume que esa es la mente del legislador (libro VI, cap. I, 1.7). La interpretación tiene funciones prescriptivas si puede modificar el sentido de las palabras de la ley para alcanzar la Justicia.

(23) Ver LARENZ, *Metodología de la Ciencia del Derecho*, op. cit., págs. 183 y ss.

el jurista dogmático no sólo tiene esa función de describir sino que tiene que hacer *algo más* puesto que como el propio Larenz escribe “una Dogmática que se contentara con la formación de conceptos y con la explicación de las relaciones lógicas podría aportar a la solución de problemas jurídicos tanto como nada” (24). Y es que la Dogmática si no realiza esa función de reformulación del derecho positivo (haciéndola pasar por una descripción del mismo) pierde gran parte de su función social más relevante (o una de las más relevantes). Pero Larenz no se limita a reconocer esa importante función de saber jurídico sino que además afirma explícitamente que “la Política Jurídica es un legítimo campo de trabajo para la Jurisprudencia” (25). Todo ello no concuerda con su primitiva definición de Dogmática como saber acerca de normas, puesto que la reformulación del derecho puede venir determinada no sólo mediante la aplicación de principio generales (surgidos o no) del derecho positivo, sino también directamente de argumentos de Política Jurídica.

En Larenz, la Dogmática es una Ciencia —ciertamente distinta de las ciencias científicas como dice él— que no se limita a describir y —en su caso— a explicar el derecho positivo sino que además lo modifica e incluso lo justifica con criterios surgidos de la Política Jurídica. A ninguna Ciencia se le exige tanto. La pobre Dogmática no sólo debe describir y explicar (como cualquier otra Ciencia) sino que además debe transformar y modificar su objeto (el derecho) y además justificarlo y legitimarlo.

Tarea demasiado amplia y difícil de realizar. Ninguna ciencia puede describir, transformar y justificar su objeto, pero *¿no será la función social de la Dogmática realizar ese triple objetivo?* El interrogante puede quedar abierto provisionalmente. De momento nos interesa destacar que la Dogmática tiene la pretensión de constituirse como un saber acerca de normas y su función es cognoscitiva. Pero la Dogmática no se agota en esa actividad descriptiva, puesto que impregna el derecho positivo, y se considera que es un auxilio indispensable para el juez, el legislador y el jurista. La Dogmática inventa teorías que sirven para resolver conflictos sociales. Los jueces, juristas y legisladores están educados y formados en su seno y se ven fuertemente influenciados por ella. La Dogmática tiene por tanto funciones prescriptivas

(24) Ver LARENZ, *Metodología de la Ciencia del Derecho*, op. cit., pág. 218.

(25) *Ibid.*, pág. 182.

(porque intenta influenciar e influye en la conducta de jueces y juristas) y uno de los grandes valores de este saber es que no se limita a reproducir las normas en un esquema simplificado. Su valor cognoscitivo viene determinado por la capacidad de dar razón de amplios conjuntos de normas positivas. Su valor prescriptivo viene determinado por la capacidad de modificar el derecho positivo.

La función descriptiva y prescriptiva de la Dogmática ha sido reconocida por algunos autores. Larenz —que en este tema es uno de los puntos de referencia— señala que “es exacto que la mayor parte de las investigaciones jurídico-dogmáticas se realizan con la intención de ofrecer al juez soluciones útiles para resolver casos dudosos o, en opinión del investigador, hasta ahora falsamente resueltos. Esta es seguramente una meta legítima de todo trabajo jurídico científico. Pero es también seguro que, asimismo, muchas investigaciones jurídico-dogmáticas se han hecho, y también hoy se hacen, en primer lugar con el fin de llegar a una mayor claridad y entendimiento respecto a las conexiones jurídicas ya estructurales y de sentido” (26).

Algunos juristas han negado carácter cognoscitivo a la Dogmática y han puesto de relieve su función práctico-prescriptiva. La corriente de pensamiento denominada *Jurisprudencia de Intereses* consideró que la misión del jurista es la de facilitar al juez la resolución adecuada de los conflictos sociales proponiéndole criterios de solución. Para Heck “la ciencia explora los caminos hacia una meta final única, hacia la influencia en la vida; fuera de esto no sirve a una segunda meta separada, por ejemplo, puramente teórica” (27). Quizá sea ésa una forma honesta de describir la actividad del jurista —sin pretensiones científicistas y neutralistas— que ha tenido una influencia importante en la práctica jurídica y en la consideración del jurista como técnico que intenta resolver los conflictos sociales con una serie indeterminada de criterios sean legales o extralegales.

Pero no por ello, la Dogmática ha renunciado a su pretensión cognoscitiva. Pese a las críticas de que ha sido objeto ese carácter dual de la Dogmática (prescriptivo y descriptivo a la vez) parece ser que ésta es

(26) Ver LARENZ, *Metodología de la Ciencia del Derecho*, op. cit., pág. 71. En la literatura jurídica castellana se ha producido una importante polémica entre Sebastián Soler —defensor de la Dogmática— y Genaro Carrió. Véase del primero *Las palabras de la ley*, México, Fondo de Cultura Económica, y G. CARRIÓ, *Algunas palabras sobre la palabra Ley*, en *Notas sobre Derecho y Lenguaje*, op. cit.

(27) Citado por LARENZ, op. cit., pág. 71.

una de las características fundamentales de esta actividad (28). Y eso no es nuevo, pues Puchta en su *Kursus der Institutionen* ya afirmaba que “la tarea de la ciencia del derecho es llegar a conocer las normas jurídicas en su conexión orgánica, condicionándose las unas a las otras a fin de poder seguir la genealogía de la normas particulares hasta la altura de su principio y asimismo descender desde los principios hasta sus últimos vástagos. En esta operación las normas jurídicas se hacen conscientes y se sacan a la luz del día las que, ocultas en el espíritu del derecho popular, ni han aparecido en la convicción inmediata de los miembros del pueblo y en sus acciones, ni en los veredictos del legislador, que por tanto, sólo se hacen visibles como producto de la deducción científica. De este modo, la Ciencia se añade como tercera fuente del derecho a las dos primeras; el derecho, que mediante ella surge, es derecho de la ciencia, o por ser sacado a la luz mediante la actividad de los juristas, derecho de juristas” (29).

Probablemente el hecho de que el jurista dogmático pretenda describir y prescribir a la vez tenga que ver con la imposibilidad —o la suma dificultad— de distinguir la Ciencia del Derecho del Derecho mismo. Esa distinción que es —curiosamente— muy reciente no ha sido aceptada mayoritariamente por los juristas. Estos se niegan a aceptar esa distinción porque “su Ciencia” forma parte del Derecho y aquélla dejaría de ser Ciencia si se aceptara el criterio de la función propuesta por Kelsen y Ross; o si se aceptara que la *Ciencia del Derecho es un metalenguaje* descriptivo de un lenguaje —objeto prescriptivo (el derecho)— como han propuesto entre otros Kalinowski y Wroblewski.

Si se aceptara alguno de estos criterios para distinguir la Ciencia del Derecho del Derecho resultará que a la Dogmática —al tener funciones prescriptivas— se le negaría su estatuto cognoscitivo científico. Pero ése es un problema que se puede tratar más adelante. Por ahora nos interesa destacar que la Dogmática tiene un carácter híbrido, que tiene funciones descriptivas y prescriptivas. Nuestro problema no es indicar cómo ha de ser la Dogmática para que se convierta en una Ciencia, sino describir la Dogmática. Hemos puesto de manifiesto la diversidad de funciones descriptivas y prescriptivas. Ahora debemos dedicar la atención a las principales reglas de juego de la Dogmática y a sus presupuestos.

(28) Suárez también mantuvo el carácter dual de la Dogmática, véase el libro VI de su *De Legibus*, *op. cit.*

(29) Ver la pág. 41 de LARENZ, *Metodología de la Ciencia del Derecho*, *op. cit.*

LAS REGLAS DE JUEGO DE LA DOGMÁTICA

Todos los hombres —juristas y no juristas— tenemos opiniones acerca del derecho, sobre una nueva ley que ha sido dictada o la resolución de un caso que ha conmocionado la opinión pública. Las leyes y sentencias de los tribunales expresan —además— políticas determinadas, y por tanto, los ciudadanos las valoran y las critican. Es evidente que opinamos sobre el derecho de una comunidad determinada. Los juristas —como cualquier ciudadano— tienen opiniones sobre el derecho, y ciertamente opinan con frecuencia sobre la oportunidad de una ley o una sentencia, desvelan los fines políticos de ella, e incluso valoran los aspectos positivos y negativos de las normas.

Ahora bien, el jurista —en cuanto jurista— está acostumbrado a distinguir entre su *opinión personal* (es decir, su visión personal y subjetiva del problema que se le plantea), y su labor de descripción del ordenamiento jurídico. El jurista tiene la conciencia *dividida*. Cuando trabaja como jurista su opinión personal tiene poca importancia puesto que considera que es un siervo de la ley y que *la conciencia jurídica* (impuesta por el ordenamiento jurídico) debe prevalecer sobre su *conciencia personal*.

Una de las primeras reglas de juego de la Dogmática —y quizá la principal— es la aceptación acrítica de la legislación y del derecho en general. El jurista dogmático puede considerar que la tarea de la crítica a la legislación es necesaria, pero sabe que se sale fuera de la Dogmática cuando realiza esta tarea. Esta primera regla de la Dogmática es sumamente importante porque determina —hasta cierto punto— el modo de mirar el fenómeno jurídico. El jurista dogmático tiene limitado su campo de acción al análisis del derecho positivo. Su tarea más importante va a ser la de *conservar un cuerpo de reglas* (fundamentalmente las leyes que le vienen dadas y que no puede modificar. El jurista es el “depositario de las leyes” y sus función en principio va a ser conservadora de esas leyes. El jurista se ve obligado a abandonar sus opiniones personales sobre los temas que trata y deberá aceptar las directrices que determinan las leyes. La dualidad de la conciencia del jurista (como ciudadano y como jurista) puede provocar y provoca contradicciones internas en los individuos juristas, pero no en la Dogmática porque ésta no acepta en principio que se sustente una opinión que no surja del derecho positivo.

Pero el dogmático no sólo se limita a declarar que está sometido al derecho positivo y que su tarea se desarrolla en el interior del ordenamiento jurídico, —sin discutir el valor del derecho— sino que además tiene que justificar por qué abandona su conciencia personal y admite dogmáticamente (sin que sea posible la crítica racional) los valores defendidos por el derecho positivo. Los argumentos pueden ser muy variados, pero quizás hay uno que unifica a la Dogmática y que todos (o la mayoría de los juristas) mantiene consciente o inconscientemente. Se trata de la creencia en la racionalidad del legislador (30).

Carlos Nino ha descrito con clarividencia el modelo del legislador racional y ha puesto de manifiesto cómo los juristas creen en unos atributos del legislador que no se corresponden con los legisladores de carne y hueso. En el discurso de los juristas es muy frecuente aludir al legislador como si fuera una entidad suprapersonal e incluso suprahumana. Se habla de atributos (unidad, omnisciencia, coherencia, operatividad) más propios de una deidad que del producto de la actividad de los hombres. Se acude a la "voluntad del legislador" y a la "voluntad inmanente a la ley" como si existiera una voluntad suprahumana que gobernara mediante sus leyes la conducta de los hombres. Esas voluntades sirven para interpretar el derecho y también para resolver conflictos (31).

Si se cree en ese modelo racional de legislador es lógico que el jurista acepte que el derecho —como producto de la voluntad racional del legislador— carece de contradicciones, carece de lagunas y ambigüedades, no es redundante y es justo. Si se cree honradamente en ese modelo, sería pretencioso por parte de los juristas criticar la obra de un *ser superior* en sabiduría, racionalidad y justicia. El modelo de legislador racional tiene como función (entre otras) *justificar* la abdicación valoritaria del jurista y su adhesión al derecho positivo.

Ahora bien, si se analiza la actividad de los legisladores reales —los legisladores de carne y hueso— se observará que no tienen esas propieda-

(30) Suárez también mantuvo la tesis del legislador racional. Según este autor, «para que una ley sea verdadera ley es preciso... que sea justa y razonable porque una ley injusta no es ley» (*op. cit.*, libro I, cap. 2, 2.1). Para Suárez, no sólo la ley debe ser justa y razonable, sino que también la aplicación de aquélla a los casos concretos debe dar como resultado la justicia. La tarea de aplicación es de optimizar la ley y cambiarla —si es preciso— para que la resolución del caso sea justa.

(31) Ver C. NINO, *Consideraciones sobre la Dogmática Jurídica*, cap. V, en el que se describe el modelo de legislador racional con sus características más relevantes.

des y atributos que la Dogmática presupone. La crítica ha puesto de manifiesto que los ordenamientos jurídicos tienen contradicciones y lagunas, que el legislador no es necesariamente racional y que el derecho —como todo producto humano (y no cuasidivino)— es imperfecto.

A pesar del carácter ficticio de modelo del legislador racional, éste ha tenido —y tiene— vigencia puesto que permanece anclado en la mente de los juristas de una forma inconsciente. Este modelo constituye el núcleo de la ideología de la Dogmática (es decir, de las ideas que mantienen los juristas acerca de la naturaleza de su actividad y de su función social) y de él se deduce una serie de principios que los juristas deben mantener para operar en el seno de la Dogmática. En otras palabras, los juristas dogmáticos no sólo deben creer en ese modelo, sino que deben respetar las reglas y principios que se deducen de él, de tal modo que sólo se aceptarán como buena Dogmática (o como Dogmática a secas) aquellas argumentaciones que estén fundamentadas en alguno de estos principios.

A) EL SUPUESTO DE LA SUJECCIÓN A LA LEY

Como ya se ha dicho, éste es el punto de partida de la Dogmática. El jurista debe aceptar el derecho positivo y si quiere trabajar dogmáticamente debe abandonar el terreno de la *opinión personal* (relativa y subjetiva) para dedicarse a la Ciencia de la descripción objetiva de las normas jurídicas. (Más adelante se verá que los juristas pueden defender sus opiniones mediante recursos que la propia Dogmática les ofrece). Según ese principio, los jueces —y en general todos los órganos aplicadores de derecho— tienen la obligación de aplicar el derecho vigente tal y como ha sido sancionado por el legislador. La labor del juez es meramente aplicadora de derecho. La adopción de ese principio supone una concepción de la función del jurista eminentemente conservadora: el jurista es transmisor de un cuerpo de reglas ya dado; en ningún caso puede innovar el ordenamiento ni proponer criterios de solución de conflictos que no surjan del derecho positivo (32).

Las escuelas positivistas legalistas —que fueron dominantes durante el siglo XIX— mantuvieron rígidamente este principio que determinó —en

(32) La distinción entre labor del juez (creadora de Derecho) y la del jurista (cognoscitiva del Derecho) es relativamente reciente. Hasta hace poco tiempo se creía que la función del juez era meramente declarativa y que su función era eminentemente descriptiva. Este planteamiento de la labor «mecánico-descriptiva» del juez impregna —todavía hoy— a la Dogmática Jurídica.

gran medida— la ideología de los juristas. La tarea del jurista es la averiguación del significado de la ley y su aplicación mecánica a los casos concretos. El proceso de interpretación y aplicación del derecho se concibe *como si* fuera lógico-mecánico. El principal problema que tiene que resolver el jurista es el de subsumir hechos concretos en normas mediante el mecanismo del silogismo de la aplicación del derecho. El jurista es un mero intérprete de la ley y su tarea se reduce a esto. Se considera la ley como fuente predominante del derecho y merece —o debe merecer— la atención cuasiexclusiva del jurista, puesto que los únicos criterios que puede utilizar éste para resolver aquellos son *jurídicos*, y en la ley se racionalizan (porque es producto de la voluntad racional del legislador) los criterios de resolución de conflictos. Ni a la Jurisprudencia, —ni por supuesto a los juristas— se les reconoce una función creadora de derecho. La actividad del jurista es puramente técnica: declarar lo que dice la ley sin que pueda modificarla, averiguar el significado de la ley, inventar criterios para destruir los posibles conflictos normativos y eliminar las lagunas del derecho; y, en última instancia, elaborar sistemáticamente las categorías jurídicas que sirven para interpretar el derecho positivo (33).

La función meramente técnica y del juez es relevante en el campo ideológico jurídico, puesto que significa que el juez es neutral políticamente. Y ello es necesario para no crear problemas al sistema de legitimación al Estado Liberal de Derecho. En este modelo de Estado (modelo teórico que en la práctica no llegó a realizarse a la perfección) el derecho se justifica y se legitima porque es producto de la voluntad del pueblo. Son los Parlamentos los representantes de la voluntad popular, —quienes tienen la facultad de crear derecho (la ley) mientras que los órganos de aplicación del derecho no pueden crear derecho porque no están legitimados por la voluntad popular y la podrían desvirtuar. El reconocimiento del carácter creador del juez crea problemas al sistema de legitimación del estado de derecho, puesto que una instancia *no reconocida ni legitimada por la voluntad popular* podría modificar el ordenamiento jurídico.

Pero esa no es la única razón por la que se le niegan al juez funciones creativas. Los juristas dogmáticos del siglo XIX, estuvieron muy preocu-

(33) Ver sobre la función del jurista el ensayo de N. BOBBIO, «Il Diritto», en la obra colectiva *Le Scienze Umane in Italia, Oggi*, Bologna, Il Mulino, 1971. Curiosamente, en el modelo suareciano el papel del jurista era mucho más abierto: «La interpretación tomada de la práctica tiene mucha fuerza y a veces puede ser tal ... que deba ser tenida por ley», *op. cit.*, libro VI, cap. I, 4.

pados por salvaguardar una serie de principios ideológicos muy importantes para la sociedad de aquella época. Se trata del principio de *seguridad jurídica* y el principio de la *igualdad de todos los ciudadanos ante la ley*. Únicamente las normas de carácter general y abstracto podían garantizar suficientemente estos principios ideológicos. Por eso —para la defensa de esta concreta ideología— se consideró que sólo eran normas jurídicas las normas generales y abstractas (es decir sólo las leyes que tenían —o debían tener— carácter genral y abstracto— eran auténticas normas jurídicas). Las sentencias de los tribunales no normas jurídicas porque carecían de esa característica *esencial* de toda norma. Y por eso —probablemente— se defendió la idea de la neutralidad política del juez, su función meramente técnico-mecánica de aplicación del derecho, y —por supuesto— la preeminencia de la ley entre las fuentes del derecho.

Esa imagen del jurista y de su función social fue dominante en el siglo XIX, —el período de máximo desarrollo de la Dogmática Jurídica— y constituye todavía hoy uno de los elementos más importantes de la ideología de los juristas. Sin embargo, algunos de estos principios han sido sometidos a la crítica y la propia Dogmática ha atenuado la rigidez de su primitivo planteamiento. Uno de los objetivos fundamentales de la Dogmática Jurídica ha sido mantener la creencia de que es *mejor* el gobierno de la comunidad mediante normas generales y abstractas porque garantizan los principios de seguridad jurídica y de igualdad de los ciudadanos ante la ley. El supuesto de sujeción a la ley —y sus consecuencias— constituye un baluarte frente al irracionalismo político-jurídico que defendía una concepción del derecho como voluntad arbitraria del soberano. Y la Dogmática Jurídica desde el punto de vista ideológico es una fiel defensora de lo que Max Weber denominó la racionalidad legal, es decir, que el gobierno de la comunidad esté regulado por unas reglas de juego bien establecidas que permitan conocer a los ciudadanos cuál es su *status* jurídico y que garantice la igualdad ante la ley.

Quizá uno de los grandes ideales de los juristas ha sido la búsqueda de un solo criterio que permitiría la solución de los conflictos sociales de una forma unívoca, clara y distinta. La Dogmática Jurídica trató de encontrar ese criterio en la literalidad de la ley, aunque en la práctica no fue el único criterio que se utilizó en la resolución de los conflictos sociales.

Las doctrinas jurídicas antiformalistas pusieron de manifiesto *la utopía* de la Dogmática decimonónica. Gény demostró que la literalidad de la ley no fue el único criterio que se tuvo en cuenta para las resoluciones judiciales y que en realidad los jueces tuvieron una función creadora de derecho durante el siglo XIX. Las doctrinas realistas americanas pusieron de manifiesto el carácter mítico y ficticio del principio de seguridad jurídica; sometieron a una crítica radical la teoría del silogismo lógico de la aplicación del derecho y alguno de sus representantes más cualificados llegó a afirmar que “las leyes no son nada más que juguetes vistosos” y que no constituyen propiamente el derecho.

La Jurisprudencia de Intereses —menos radical que los autores y escuela— citados anteriormente— atenuó y modificó algunos planteamientos de la Dogmática. Para Heck la ley es una fuente preeminente del derecho, pero no es la única fuente del derecho. Junto a ella existen otras fuentes de gran relevancia. El derecho no se considera consistente y completo, se admite la imperfección del derecho y se sostiene que una de las grandes tareas del jurista es coadyuvar en la tarea de eliminar los conflictos normativos y las lagunas, y de un modo u otro se reconoce que el juez tiene una función creadora de derecho —función creadora limitada por los intereses protegidos por la ley. La crítica que han llevado a cabo las doctrinas decisionistas, realistas y antiformalistas obligó a la Dogmática a atenuar alguna de sus tesis fundamentales. La Dogmática flexibilizó el principio de la sujeción a la ley y hoy hay muy pocos dogmáticos que aceptan que la tarea de interpretación y aplicación es un problema de mera subsunción. En cierta medida, la Dogmática ha tenido que reconocer que el ideal de *un solo* criterio para la resolución de los problemas jurídicos es inviable en la práctica. El propio Larenz escribe: “toda la reciente Metodología Jurídica está de acuerdo en que las resoluciones judiciales no están completamente preprogramadas en las leyes, que la aplicación de la ley no es sólo subsunción lógica, que el juez ha de emitir (también) juicios de valor y que, a este respecto, le queda un cierto margen de enjuiciamiento” (34).

(34) Ver LARENZ, *Metodología de la Ciencia del Derecho*, op. cit., pág. 496. Sobre el tema de la «Discreción Judicial» se ha producido una importante polémica en el ámbito anglosajón. Véase R. DWORIN, *Taking Rights Seriously*, Harvard University Press, 1977; R. SARTORIUS, *Individual Conduct and Social Norms*, Encino. Dickenson, 1975; J. RAZ, *Legal Principles and the Limit of Law*, «Yale Law Journal», 1972; THOMAS PERRY, *Moral Reasoning and Truth*, Oxford Clarendon Press, 1976; KENT GREFNAWALT, *Policy Rights and Judicial Decision*, «Georgia Law Review», 1977; BANY HOFFMASTER, *Understanding Sindical Discretion*, «Law and Philosophy», 1982.

La aceptación de la crítica supone un cambio importante en la imagen del jurista de su función social. El jurista no sólo debe conservar las normas sino que debe modificarse cuando estas sean inadecuadas para resolver el conflicto que se le plantea. Los criterios que puede utilizar son muy variados y requieren técnicas que no son estrictamente jurídicas (35). El jurista puede y debe utilizar técnicas —ofrecidas por otras ciencias sociales— para construir criterios de resolución de conflictos. Que el jurista o el juez cree derecho significa que utiliza elementos *extrajurídicos* como criterios de resolución de conflictos. Norberto Bobbio ha puesto de manifiesto que en épocas de transformación social los criterios jurídicos ofrecidos para la resolución de los conflictos sociales aparecen inadecuados y que los juristas tienden a abandonar el supuesto de la sujeción a la ley en beneficio de otros criterios metajurídicos. En ese caso, el jurista aceptará fuentes de derecho distintas a las establecidas en el ordenamiento jurídico y no utilizará el criterio de la ley como exclusivo para la solución de los problemas que se le plantean. Bobbio señala que el acercamiento a otras ciencias sociales se producen en momentos históricos de inadecuación del derecho a la sociedad (36). El jurista intentará recuperar esa relación mediante técnicas que adecúen el cambio jurídico al cambio social. En todo caso, la Dogmática Jurídica sostiene —pese a la crítica de que ha sido objeto— el principio de la sujeción a la ley. Ninguna teoría dogmática puede ser considerada válida si abiertamente se separa del derecho legislado. Sólo razones muy poderosas, *argumentos muy fuertes*, pueden hacer variar el derecho legislado, el jurista se esforzará en demostrar que esas razones poderosas surgen también del derecho positivo y que por tanto está realizando la tarea interpretativa conforme al Derecho.

La crítica al formalismo jurídico y a su supuesto fundamental de sujeción a la ley y al derecho, ha puesto de manifiesto que la tarea del juez no es meramente aplicadora de derecho y que por tanto desde un punto de vista ideológico político *el juez no es neutral*, la seguridad jurídica es un mito y el principio de igualdad ante la ley no existe en la práctica. Algunas doctrinas decisionistas y realistas han reclamado la libertad del juez (que en realidad ya tiene) y han puesto de manifiesto la nece-

(35) El jurista debería limitarse a conocer el Derecho (función cognoscitiva). Pero también tiene funciones prescriptivas, pues en realidad lo modifica o pretende modificar el Derecho mediante su «ciencia».

(36) Ver BOBBIO: *Il Diritto*, en *La Scienze Umane in Italia, Oggi, op. cit.* Bobbio considera que la imagen que tiene el jurista de su función social depende de tres variables básicas: el tipo de sistema jurídico (variable institucional), el tipo de sociedad (estable o en transformación: variable social) y la concepción del Derecho (variable cultural).

sidad de *politizar* al máximo el proceso de interpretación del derecho. El “uso alternativo del derecho” es un buen ejemplo de ese intento de politizar la aplicación del derecho en beneficio de los intereses de las clases populares. Sin embargo no hay que pensar que necesariamente el decisionismo es progresivo. El propio uso alternativo ha sufrido en su propia carne la politización de la administración de justicia. Los jueces italianos —como la mayoría de los jueces— no son progresistas y una interpretación *politizada conscientemente* va a significar —y ha significado— en Italia una interpretación que no favorece a las clases populares puesto que los magistrados de más alta jerarquía no simpatizan —normalmente— con las ideas de izquierda.

Por otra parte, tampoco hay que olvidar que la politización de la ciencia jurídica y la exaltación del decisionismo fue utilizado por Schmitt para justificar *el irracionalismo político* de la época nazi. Tampoco hay que olvidar la lección política de la *escuela del derecho libre* de principios del actual siglo. Esta escuela realizó una crítica radical a las escuelas legalistas y puso de manifiesto la auténtica inseguridad jurídica decimonónica. Pero, amarándose en la inadecuación del derecho a la sociedad intentó dotar al juez de mayor poder político que él tenía ya con el objetivo político de que las leyes de los Parlamentos pudieran ser desvirtuadas, justo en el momento en que los Parlamentos ampliaban su representatividad.

Es cierto que seguridad jurídica, tal y como la plantea la Dogmática decimonónica, no existe ni ha existido en el estado de derecho. Pero también es cierto que existe mayor seguridad jurídica (aunque no sea perfecta) en las sociedades regidas por unas reglas de juego preestablecidas, que en aquellas sociedades en las cuales la única regla de juego es la voluntad arbitraria del que gobierna. La adopción de doctrinas realistas y decisionistas —que hoy están de moda— puede conducir al irracionalismo político (37).

EL PRINCIPIO DE JUSTICIA MATERIAL

En el epígrafe se ha señalado que la Dogmática acepta como principio fundamental la sujeción a la ley. Pero esa no es la única regla de juego. Cualquier juez u órgano aplicador de derecho considera que su función

(37) Sobre el tema de la seguridad jurídica, véase S. SOLER, *Las palabras de la ley*, México, Fondo de Cultura Económica, 1969, cap. XVII.

es dictar sentencias y resoluciones que no sean contradictorias *con valores importantes de la sociedad*. Muy pocos jueces estarían dispuestos a dictar sentencias que aparecieran manifiestamente inadecuadas, con traproducentes e injustas (38). Muy pocos jueces se basarían en la irresponsabilidad de su función neutral y dictarían sentencias contrarias a su propia conciencia moral. Parece ser que los jueces y —los juristas en general— consideran que los casos han de resolverse justamente y está constituyete ciertamente una regla importante de la Dogmática Jurídica a saber: el juez no puede distar sentencias manifiestamente injustas.

El mero enunciado de esa regla significa un serio correctivo a la primera regla de la Dogmática, puesto que es posible que siguiendo la ley se produzcan injusticias manifiestas. El principal problema que se plantea es la relación entre estas dos reglas. En caso de conflicto ¿cuál es la regla que debe prevalecer? ¿Cuál es la regla que de hecho prevalece? Posiblemente no existan respuestas unívocas puesto que la Dogmática puede utilizar indistintamente una u otra para justificar sus decisiones. Hay autores —como Larenz— que consideran que el principio de sujeción a la ley es jerárquicamente superior al principio de justicia material, aunque reconoce que éste tiene *algún* papel en el trabajo dogmático.

Otros autores —como Esser— consideran que el principio de justicia material es superior al principio de sujeción a la ley. Esser señala que el juez debido a su experiencia personal y profesional se forma una idea del caso y de su justicia antes de que se produzca la obligada interpretación de la norma. La solución del caso es anterior a la norma. Primero el juez decide cuál es la solución correcta —se forma su conciencia de rectitud del caso y luego acude a las consideraciones dogmáticas para justificar que su decisión procede de una norma o un principio del ordenamiento jurídico.

Larenz —con una cierta indignación— se muestra en desacuerdo con Esser y afirma que “(Esser) opina que los métodos de interpretación de la ley son intercambiables a discreción unos por otros (...) es natural que el juez elija en cada caso aquéllos métodos de interpretación que le permitan calificar de conforme a la ley, la resolución que él conside-

(38) Suárez llega a considerar que si la aplicación de la ley a un caso da como resultado una sentencia injusta hay que desviarse de la ley. Para Suárez la justicia es el objeto de toda interpretación. Sobre este punto, véase el interesante trabajo de ERNESTO GARZÓN VALDÉS, *Las palabras de la ley y su interpretación: Algunas tesis de Francisco Suárez*, Dianoia, 1977.

ra correcta... Puede ser que muchos jueces procedan del modo descrito por Esser. Pero no podemos considerar legítimo tal proceder. Tras ello se esconde, lo que no parece haber observado Esser, demasiada presuntuosidad judicial —el juez que procede así se considera a sí mismo... más inteligente que la ley y que los resultados conexos a la interpretación jurisprudencial. Esto no es compatible —si se toma en serio— con la vinculación a la ley y al Derecho que nuestra organización jurídica impone al juez. Pues ésta exige que el juez oriente su resolución primariamente a las pautas establecidas por el orden jurídico. “Larenz acusa a Esser de violar una de las reglas primarias de la Dogmática y acude al modelo de legislador racional para justificar la superioridad de la ley sobre el juez y sobre el principio de justicia del caso. Para Larenz este principio está subordinado a la ley, y el juez (que es un hombre) no puede ser *más inteligente* que la ley (producto de la voluntad racional del legislador). Larenz considera que aceptar las tesis de Esser es pretencioso y echa por tierra una de las reglas de la Dogmática y una de las ideas fundamentales de la ideología jurídica: a saber, que los jueces aplican la ley y están subordinados a ella.

Estas rotundas afirmaciones de Larenz —y su crítica a Esser— sugieren que la justicia material no tiene relevancia en la Dogmática. Sin embargo Larenz considera que la justicia del caso tiene un papel relevante en el proceso de aplicación del derecho y afirma —dulcificando las anteriores tesis citadas— que “los jueces alemanes ven en mayor parte de su misión... resolver justamente el caso a ellos sometido... Todo el orden jurídico está bajo la exigencia obligatoria de justicia... La ley da preferencia —en algunas materias— fundadamente a la seguridad jurídica, a la oportunidad y a la practicabilidad frente a la justicia del caso... pero la justicia del caso es una meta deseable de la actividad judicial” (39).

La polémica Esser —Larenz sobre estas reglas de la Dogmática demuestra que esas reglas son —o pueden ser— contradictorias y que el dogmático puede acudir a alguna de ellas para legitimar su tesis. Y la adopción de una u otra regla produciría tesis distintas —y sin embargo— fundadas en una regla de juego de la Dogmática. Estas reglas de juego constituyen auténticos principios —en el sentido que Dworkin ha descrito— puesto que no establecen unas condiciones que hagan necesaria su aplicación ni consecuencias que se sigan automáticamente de ciertas condiciones como ocurre en las normas (o en las reglas en la

(39) Ver LARENZ, *Metodología de la Ciencia del Derecho*, op. cit., págs. 199, 345 y ss.

terminología dworkiniana). Los principios (sujeción a la ley o justicia del caso por ejemplo) enuncian una *razón* para decidir en un determinado sentido, y es posible que puedan concurrir principio que den razones para decidir de forma contradictoria (40).

Si existen principios contradictorios que enuncian razones distintas para decidir un caso (y las razones producen soluciones contradictorias) entonces cualquier decisión puede estar fundamentada en el ordenamiento; es decir, el ordenamiento ofrece al juez soluciones contradictorias y es el propio juez quien decide *cuál* va a regir el caso. Pero los juristas y jueces no quieren reconocer su función creativa. Como bien dicen Alchourrón y Bulygin “Los juristas se muestran reacios a la idea de admitir que todo cambio de interpretación signifique una modificación de los enunciados de derecho, sobre todo cuando se trata del derecho legislado. La idea de que el juez, al interpretar una ley de una manera distinta, modifica la ley, parece oponerse a hábitos mentales muy arraigados y en especial, implica reconocer a los jueces una función creadora de derecho que va más allá de lo que se piensa debe ser la función judicial” (41).

Los juristas tienen razones ideológicas para no reconocer su función creativa en el proceso de aplicación del derecho. Ya se ha señalado que algunos principios fundamentales (o que se consideran esenciales al gobierno mediante normas) quedarían comprometidos, y la Dogmática Jurídica no cumpliría una de sus funciones más importantes: organizar el consentimiento acerca de valores que el derecho garantiza, (valores de seguridad, igualdad y justicia). Para mantener la creencia en esos valores —que pueden ser contradictorios— los juristas mediante argumentaciones muy diversas tratan de reconciliar el principio según el cual la ley debe ser interpretada estricta y literalmente con el principio de que los casos deben resolverse con justicia. Es evidente que el jurista corrige la letra de la ley acudiendo a criterios de justicia material. La Dogmática Jurídica es consciente del *necesario compromiso* entre el principio de la sujeción a la ley y el principio de justicia.

(40) Ver R. DWORKIN, *The Model of Rules*, «Chicago Law Review», núm. 35, 1967, y *Taking Rights Seriously*, *op. cit.* Dworkin es uno de los críticos más agudos del positivismo hartiano. Los discípulos de Hart y Dworkin se han enzarzado en numerosas polémicas. Véase E. P. SOPER, *Legal Theory and the Obligation of a Judge: The Hart-Dworkin Dispute*, en «Michigan Law Review», 1976-77; D. H. REGAN, *Glosses on Dworkin: Rights Principles and Policies*, «Michigan Law Review», 1978. Véase también el volumen 10, año 1980, de *Materiali per una Storia della Cultura Giuridica*, con trabajos de G. Carrió, S. Bartole y G. Rebuffa.

(41) Ver C. ALCHOURRÓN y E. SULYGIN, *Introducción a la Metodología de las Ciencias Jurídicas y Sociales*, Buenos Aires, Ed. Astrea, 1974, págs. 141.

Una última duda se nos plantea. ¿Se puede considerar racional un juego que tiene reglas que permiten y justifican conductas contradictorias? Si la Dogmática Jurídica tiene principios contradictorios que legitiman argumentaciones contradictorias ¿se puede mantener —todavía— el carácter racional de la Dogmática? La pregunta puede quedar abierta. Y, sin embargo, el jurista continúa pensando y creyendo en la racionalidad del legislador y en la racionalidad de la Dogmática. Su presupuesto es tan fuerte (está tan arraigado en la mente de los juristas) que se considera que el producto de la actividad del legislador racional es también racional. Por eso se ha sostenido que el derecho es un sistema: ése será el tercer principio o regla de juego de la Dogmática que analizamos a continuación.

EL DERECHO ES UN SISTEMA

La Dogmática Jurídica considera que el derecho es producto de la voluntad racional del legislador. Los atributos cuasidivinos de ese modelo de legislador tienen como consecuencia —sumamente importante— la consideración del derecho como un conjunto ordenado y sistemático de normas. El derecho no tolera antinomias y tampoco puede tener lagunas. Uno de las grandes tesis de la Dogmática es demostrar que las antinomias son *aparentes*, que en la realidad del derecho no se dan contradicciones de normas y que sólo interpretaciones inadecuadas (la Dogmática diría incorrectas) pueden llegar a poner de manifiesto conflictos normativos. Es evidente que si se cree en el modelo de legislador racional no se puede admitir la existencia ni de contradicciones de normas ni de lagunas. La Dogmática —en su descripción del derecho positivo— llega a despojar al derecho de toda incoherencia y de toda contradicción. Probablemente Kelsen ha reflejado con especial nitidez esa regla de juego de la Dogmática utilizando el concepto de sistema como un concepto central en su Teoría Pura del Derecho y no admitiendo la posibilidad de contradicciones y de lagunas en el campo del derecho.

Del principio “el derecho es un sistema” se derivan una serie de reglas de interpretación que son aceptadas por la mayoría de los juristas y que ocupan un lugar muy importante es sus tesis como argumentos de *autoridad* (42).

(42) Véase sobre estas reglas de interpretación C. NINO, *Consideraciones obre la Dogmática Jurídica*, op. cit., págs. 92 y ss.

Ciertamente los juristas operan como si en realidad el derecho fuera un conjunto sistemático de normas. Pero cualquier jurista sabe por experiencias que no pueden prever con exactitud cuál es la solución que ofrece el derecho positivo a un problema concreto. El realismo jurídico se basó en el análisis de la conducta del jurista para demostrar que el derecho puede ofrecer soluciones contradictorias y que no es fácil prever con seguridad cuál será la decisión del juez (43). Desde el punto de vista del abogado y del intérprete del derecho, la sistemacidad del derecho significaría la posibilidad de previsión de la resolución judicial y ante cualquier conflicto jurídico siempre hay dos abogados o juristas que interpretan correctamente el ordenamiento y, sin embargo, tienen pretensiones contradictorias.

El supuesto de la racionalidad interna del derecho, de la sistemacidad del derecho ha sido puesto en tela de juicio en los últimos tiempos. Incluso un autor tan fiel a la pureza metodológica y al concepto de sistema aplicado al derecho —me refiero a Kelsen— reconoció en la última etapa de su vida que el derecho no es necesariamente un sistema y que ni el derecho ni la ciencia del derecho pueden evitar o despojar al derecho de sus contradicciones (44).

La doctrina italiana postkelseniana —sobre todo la escuela de Bobbio— ha llevado a cabo una serie de estudios sobre la sistematicidad del derecho y ha puesto de manifiesto que en el derecho existen contradicciones de normas y también lagunas y que la sistematicidad no es una propiedad esencial al derecho. Bobbio ha señalado que el concepto de sistema jurídico es distinto del concepto de sistema lógico o científico. El sistema jurídico admite las contradicciones y las lagunas. En un sistema científico —dice Bobbio— si surge una contradicción quiebra todo el sistema. En un sistema jurídico si surge una contradicción el sistema no quiebra sino que permanece; únicamente una de las normas contradictorias o ambas a la vez perderán su validez pero esto no afecta a la validez del sistema (45).

(43) Véase el trabajo de FRANK, "Lo Scetticismo di Fatti", en S. Castignone (ed), *Il Realismo Giuridico Scandinavo e Americano*, Bologna I, Mulino, 1981. En la literatura castellana acaba de aparecer un magnífico estudio de L. HIERRO, *El realismo jurídico escandinavo*, Valencia, Fernando Torres, 1981. Para el tema que nos ocupa son interesantes las precisiones sobre la Dogmática Jurídica (págs. 217 y ss.), inspiradas en el trabajo de Nino (como este trabajo) y coincidentes en aspectos con las propuestas aquí.

(44) Este tema lo he tratado en mi trabajo *Kelsen y la crisis de la ciencia jurídica*, Barcelona, Ariel, 1977.

(45) Sobre este tema hay abundante bibliografía. Ver la obra citada de BOBBIO y también J. R. CAPELLA, *El Derecho como Lenguaje*, Barcelona, Ariel, 1968, cap. VI.

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

A) *El derecho no es un sistema porque puede tener antinomias y no hay ninguna forma de resolverlas.* La doctrina Dogmática ha sugerido una serie de criterios (el cronológico, el jerárquico, el de especialidad) para solucionar el problema. La mera enunciación de esos criterios demuestra perfectamente que en el derecho se dan antinomias. Pero ese lenguaje de criterios no es suficiente para resolver todo caso de antinomia. La forma de solucionar el problema es acudir a la edicción de una nueva norma justificada en algún principio del ordenamiento. Ahora bien, *lo que no se dirá* es que para la solución contraria el propio ordenamiento *también ofrece razones fundadas*. En todo caso el sistema no ofrece solución para todos los casos posibles. Eso no significa que la contradicción permanezca porque existe una *decisión extrasistemática* (que aparenta descender del sistema, de un principio del orden jurídico) que destruye la contradicción y resuelve el problema. La voluntad del intérprete del derecho y sus decisión de autoridad (en el caso de que sea un juez u órgano encargado) juegan un papel muy relevante en la solución del conflicto normativo.

B) *Que el derecho puede tener lagunas.* Los ordenamientos jurídicos no son necesariamente completos. Algunos ordenamientos basándose en doctrinas dogmáticas han ideado una serie de recursos técnicos para colmar las lagunas. Que el derecho no sea completo no quiere decir que no sea *completable* mediante una decisión del juez o del órgano correspondiente. Los sistemas que se utilizan son muy variados. Giovanni Tarello en su importante trabajo sobre *La interpretazione della legge* ha elaborado una serie de *argumentos* que se utilizan en la interpretación de la norma. En todo caso el argumento *a simili* y el argumento *a contrario* son argumentos que sirven para completar el derecho pero que ofrecen soluciones contradictorias de tal modo que si se usa uno la solución será diferente a si se usa el otro. Y en el ordenamiento jurídico no existe un criterio de decisión para la aplicación del uno o del otro, y por tanto se deja en libertad al intérprete. Lo cual significa que el ordenamiento jurídico no es completo porque no ofrece una solución unívoca a los casos porque acepta principios contradictorios.

Tarello señala que el “argumento a contrario” se presenta como una regla sobre la producción jurídica y precisamente, como una regla que excluye la producción, mediante implicación o analogía de normas posteriores a las ya editadas. Mientras que el argumento *a simili* es aquel argumento “ por el cual tomado en cuenta una norma que predica cualquier cualificación normativa (por ejemplo un poder, una obligación o

un *status*) de un sujeto o de una clase de sujetos, se debe concluir que valga (que exista, que sea válida) una norma distinta la cual predica la misma cualificación normativa de otros sujetos o clase de sujetos, que tenga con el primer sujeto o con la primera clase de sujetos *una similitud o analogía considerada como relevante* en el orden a la identidad de normación jurídica” (46). Tarello considera que la fuerza persuasiva de este argumento esta en función de la propensión del auditorio a aceptar la relevancia de la similitud o analogía. Tarello también hace referencia al *argumento de la completud de la disciplina jurídica* que tiene una gran fuerza persuasiva porque se fundamenta en una creencia bastante extendida entre los operadores jurídicos según la cual el ordenamiento jurídico es completo. Sin embargo, señala Tarello, el dogma de la completud es una ideología que tiende a diversos fines prácticos. Y por otra parte es un argumento que no soluciona las lagunas porque no sirve para llenarlas. Tarello lo considera subsidiario porque actúa conjuntamente con otros criterios y argumentos. Es un argumento de refuerzo que se basa en una creencia implícita de los juristas dogmáticos.

Y, ciertamente, como señala Tarello el argumento de la *coherencia* del ordenamiento será provisto de un grado elevado de persuasión hasta tal punto que es uno de los argumentos preferidos de los jueces en todas las organizaciones jurídicas continentales... este argumento justifica la conservación del mayor número posible de documentos legislativos y consiente en eliminar el mínimo posible por incompatibilidad. Es un elemento constante, en las culturas jurídicas caracterizadas por la adhesión de los órganos a la ley, la resistencia de estos órganos a considerar leyes derogadas por incompatibilidad” (47). Todas estas ideas continúan de un modo u otro pese a las críticas de que han sido objeto en la mente de los juristas dogmáticos. La crítica de esas ideas y de esos presupuestos no son tomados muchas veces en serio y eso puede ser debido a que los filósofos del derecho están preocupados por la función cognoscitiva de la Dogmática pero no han prestado excesiva atención a otras funciones que pueden cumplir —y de hecho cumple— la Dogmática. Por eso quizá convendría tener en cuenta qué otras funciones cumple la Dogmática para saber por qué razones continúa existiendo la Dogmática.

(46) Ver TARELLO, *L'interpretazione della legge*, Milano, Giuffré, 1980, págs. 346 y 351.

(47) *Ibid.*, pág. 361.

Liborio Hierro sugiere —siguiendo tesis cercanas al realismo— que la Dogmática Jurídica no sólo tiene funciones cognoscitivas, sino también expresivas de normas. Pero “la función explicativa de la Dogmática está pues al servicio de su función legislativa o política, es derivada respecto a ella y gran parte de las discusiones doctrinales, que se muestran externamente como una discusión sobre la descripción (calificación jurídica o naturaleza jurídica), no son otra cosa que una discusión sobre las consecuencias normativas de una u otra descripción; son discusiones de política jurídica, y no discusiones científicas” (48). Hierro no sólo mantiene el carácter híbrido de la Dogmática sino que también sostiene que la función normativa de la Dogmática es *más importante* que la función descriptiva, y por tanto la descripción está en función de unas ideas político-jurídicas determinadas, (a las cuales se adecúa la descripción de las naturalezas jurídicas y sus cualificaciones Dogmáticas). Hierro ha puesto de manifiesto —a mi juicio— correctamente las funciones descriptivas y prescriptivas de la Dogmática, sin embargo *no es muy evidente* que los trabajos dogmáticos se hagan *siempre* con el objetivo de defender una política jurídica determinada. Cabe la posibilidad de trabajos dogmáticos con pretensiones cognoscitivas (49).

LAS FUNCIONES SOCIALES DE LA DOGMATICA

Una de las funciones más importantes de la Dogmática Jurídica ha sido —y es— proporcionar un cierto conocimiento sobre el derecho. El lugar que ocupa la Dogmática Jurídica en la formación del jurista es importante. En la enseñanza del derecho, la Dogmática es el más típico razonamiento jurídico y los estudiantes de derecho conocen su objeto mediante este tipo de conocimiento. Para muchos, este saber no constituye un conocimiento científico o un conocimiento suficiente del derecho. Pero la falta de rigor de un conocimiento no es razón suficiente para negarle estatuto cognoscitivo (aunque quizá cabría negarle con razón estatuto científico). Para juzgar el carácter cognoscitivo deberíamos utilizar el criterio de la capacidad descriptiva y explicativa de ese saber y parece ser que en el ámbito de la educación jurídica la Dogmática —mejor o peor— cumple esa función cognoscitiva, y que ninguna otra disciplina (hasta hoy) le ha arrebatado ese papel hegemónico sobre todo

(48) Ver HIERRO, *El Realismo Jurídico Escandinavo*, op. cit., pág. 220.

(49) Reducir la Dogmática a mera política (a mera justificación de una política determinada) es exagerado. La Dogmática propociona cierto conocimiento sobre las normas del ordenamiento jurídico, aunque ciertamente muchos trabajos dogmáticos esconden su función prescriptiva con el término emotivo de ciencia.

en las disciplinas tradicionalmente Dogmáticas como el Derecho Civil o Derecho Penal.

Pero además de esa función cognoscitiva que tradicionalmente se le ha venido reconociendo —y criticando— la Dogmática tiene también una función práctica sumamente importante. Luhmann ha puesto de manifiesto que “la Dogmática Jurídica no debe servirse a si misma sinó que debe servir a la vida social, es decir a la aplicación del derecho” (50).

Algunos juristas reconocen que la función práctica de la Dogmática es más importante que la función cognoscitiva, pero, en todo caso, conviene mantener la idea (se dice) de que la Dogmática es también descriptiva y cognoscitiva. Es probable que ese carácter híbrido de la Dogmática le confiera *una especial e importante función social*. Es posible que la Dogmática defienda unos principios ideológicos bajo la apariencia de la neutralidad de la ciencia.

En la literatura castellana, Gimbernat ha señalado que la Dogmática defiende un principio fundamental del derecho: se trata de la *seguridad jurídica*, elemento sumamente importante para la cohesión del grupo social y la organización del consentimiento. Gimbernat escribe “cuando menos esté desarrollada una Dogmática, más imprevisible será la decisión de los tribunales, más dependerá del azar, y de factores incontrolables la condena o la absolución... Allá donde no existe Dogmática los supuestos dudosos... son resueltos inconexamente de caso en caso, contradictoriamente, y nadie puede decir de antemano, cuál es el tratamiento jurídico que van a recibir: la respuesta que el jurista tiene que dar con excesiva e insoportable frecuencia, cuando le preguntan qué es lo que dice el derecho penal sobre este u otro supuesto es: “no lo sé”. Para Gimbernat, la Dogmática se opone a la situación de inseguridad y construye teorías importantes para la práctica jurídica porque permiten prever el *status* jurídico de los ciudadanos y dar respuestas seguras (o casi seguras) y reiterables a los problemas que se les plantean a los juristas. La Dogmática —pues— sirve a uno de los valores más importantes del ordenamiento jurídico constitucional: la seguridad jurídica. Si no existiera Dogmática la interpretación literal de la ley sería el único criterio aceptable de interpretación. Ciertamente la ley escrita no podría ser corregida mediante las teorías Dogmáticas y el resul-

(50) Véase LUHMANN, *Sistema Giuridico e Dogmatica Giuridica*, Bologna, Il Mulino, 1978.

tado de ello podría ser una seguridad jurídica literal pero no una *auténtica* seguridad jurídica justa.

El principio de seguridad jurídica es ambiguo pues por una parte sugiere previsión de status jurídico, pero por otra parte sugiere un *status jurídico justo*. Elías Díaz ha hablado de un tosco concepto de seguridad jurídica: *la seguridad de la inseguridad*. La seguridad jurídica que pretende ofrecer la Dogmática no es una seguridad literal, sino una síntesis entre la letra de la ley y el principio de justicia del caso. Luhmann ha expresado esa idea en su célebre tesis, según la cual la Dogmática “aumenta el grado de inseguridad jurídica tolerable”. Para Luhmann la Dogmática aumenta la libertad de interpretación frente a los textos legales, lo cual significa que se pueden introducir criterios distintos al estrictamente literal. “Un aparato conceptual dogmático permite ganar una cierta distancia allí donde la sociedad espera que existan vínculos... la Dogmática consiente la reproducción de dudas, el aumento de las incertidumbres soportables” (51). De hecho, la Dogmática amplía el abanico de soluciones a los problemas que se le plantean y construye teorías, categorías y principios que permitan fundamentar y justificar decisiones que una interpretación literal de la ley sería incapaz de alcanzar. De ese modo la Dogmática reformula el derecho —lo modifica— introduce criterios ajenos al derecho y por ello la Dogmática ejerce una función social relevante: permite adecuar el derecho a la sociedad. Es uno de los instrumentos de adaptación del orden jurídico al cambio social (aunque no sólo cumple una función progresiva de cambio del derecho, pues la Dogmática puede ser un freno para el cambio jurídico).

Como bien dice Nino “la característica principal de las teorías jurídicas consiste en su capacidad para presentar las reglas creadas dogmáticamente como derivadas del derecho positivo. De las teorías jurídicas... es posible deducir normas que forman parte del derecho legislado pero también posibilita la inferencia de normas no pertenecientes a ese sistema” (52), y poco más adelante el citado autor afirma “es obvio que la presentación de normas originales, como si estuvieran incluidas de un modo misterioso en el derecho legislado, no constituye una descripción admisible del sistema del legislador” (53). Parece ser que la función prescriptiva de la Dogmática la desvirtúa como un saber descriptivo riguroso.

(51) Capella —en una ocasión—, parafraseando a Kirchmann, señaló que tres palabras rectificadoras de la Dogmática convierten leyes y bibliotecas en basura.

(52) C. NINO, *Consideraciones sobre la Dogmática Jurídica*, op. cit., pág. 81.

(53) *Ibid.*

Pero queda una cuestión para resolver. ¿Por qué los juristas son tan reacios a admitir que tienen funciones creativas? ¿Cuáles son las razones que pueden explicar el hecho de que los juristas dicen que hacen una cosa cuando en realidad hacen otra? ¿Por qué el jurista encubre su real actividad?

Posiblemente, la Dogmática Jurídica no sólo cumple una función descriptiva y una función prescriptiva sino también una función ideológica de la máxima importancia social. Esa sería una tercera función social relevante. La Dogmática encubre bajo el manto de la neutralidad de la ciencia y de la apoliticidad del juez su verdadera actividad. La Dogmática presenta como descripción lo que es realidad prescripción, creación de derecho. Y eso lo hace con el objetivo de justificar la creencia de que el gobierno mediante normas es mejor que el gobierno de la voluntad arbitraria de una persona. Lo hace con el objetivo de flexibilizar y adaptar el derecho a la sociedad. Lo hace con el objetivo de mantener la convicción entre los ciudadanos que la igualdad ante la ley, la seguridad jurídica y la justicia lo puede ofrecer —y lo ofrece— el derecho. La Dogmática se transforma de esta manera en uno de los elementos de cohesión social, organizadora del consenso hacia el derecho y el estado.

Quizá sean razones ideológicas muy poderosas las que obliguen a los juristas a no reconocer *abiertamente* la función creadora de derecho de su ciencia. Al estado constitucional puede provocar graves problemas de legitimación. Por otra parte, el reconocimiento abierto de su función puede significar la pérdida de confianza de los ciudadanos en el sistema de resolución de conflictos institucionalizado. Probablemente una Ciencia del Derecho que describiera correctamente el derecho positivo pondría de manifiesto la relatividad de principios como los de seguridad e igualdad y probablemente esa Ciencia sería inoportuna desde el punto de vista político. (Es posible considerar el decisionismo schmittiano como una crítica radical —y en puntos fundamentales certera— del normativismo, pero la desconfianza que originó en el gobierno a través de reglas de juego preestablecidas fue una auténtica patente de corso para la exaltación del líder).

El análisis de alguna de las funciones ideológicas de la Dogmática Jurídica, no significa que se debe legitimar su trampa ideológica, por supuesto. Simplemente quisiera señalar que la alternativa a su función social no sea la irracionalidad de una voluntad arbitraria. Es posible

que la Dogmática tenga una racionalidad problemática (pero tiene algo de racionalidad). La propuesta del decisionismo schmittiano es mostrar las irracionalidades de la Dogmática y pasar acto seguido a la exaltación de la irracionalidad. El realismo jurídico — que tiene una gran influencia— que ha ejercitado una notable crítica del saber jurídico tiene el serio peligro (al igual que su hermano decisionista) de colaborar en la exaltación de lo irracional (o de justificar simplemente los hechos).

Es evidente que la Dogmática no puede convertirse en una ciencia y también es cierto que la tradición Dogmática nos ha legado muchos sofismas, pero también es cierto que ha realizado una función de abstracción conceptual estimable, que debería perfeccionarse mediante la crítica de alguno de sus presupuestos meramente ideológicos. En la Dogmática existe un núcleo racionalizador sobre problemas que no es posible abandonar al reino de lo irracional y de lo arbitrario. Y, en este sentido, hay que conservar la atención de la razón hacia esos problemas. Y, probablemente es más racional que el gobierno de los hombres se realice mediante normas reconocidas y publicadas, que no dando la confianza a un individuo que no tiene límites. Los límites que establece el derecho frente al poder son relativos, *pero son límites*. En este sentido estaría de acuerdo con Atienza cuando aboga por “una futura jurisprudencia (denominación preferible a la Dogmática) que compaticibilice un cierto grado de politización (lo que implica la toma de conciencia de las consecuencias de las decisiones y de criterios de justicia no puramente formales) con la continuación de una tradición de elaboración de conceptos (de abstracciones técnico-jurídicas) que necesariamente deberá hacerse más crítica y menos Dogmática” (54).

Ello implica el rechazo de muchas ideas arraigadas en la mentalidad de los juristas, (como por ejemplo la idea de la neutralidad y apoliticidad del juez) y que en la práctica los juristas se ven obligados a traicionar porque hacen cosas distintas de las que dicen hacer.

La historia de la Dogmática Jurídica nos enseña la futilidad de buscar un *solo* criterio para resolver los conflictos sociales. A pesar de sus intentos, de hecho, los encargados de decidir los conflictos sociales han tenido que acudir a diversos criterios que pueden ser —o han sido— con-

(54) Ver M. ATIENZA, *El futuro de la Dogmática Jurídica*, «El Basilisco», núm. 10, pág. 69.

tradictorios. Los juristas han buscado su piedra filosofal (su criterio claro y distinto) con tanto ahinco y con tan poca fortuna como los filósofos.

Quizá es ya hora de reconocer que eso no es posible (55). Un margen de decisión —y por tanto de responsabilidad— es necesario. Es imposible preprogramar todas las decisiones en base a un criterio. Pero de esa imposibilidad no cabe deducir la “irracionalidad” de la decisión. Hay decisiones basadas en argumentos más fuertes o menos fuertes, más racionales y menos racionales y, el papel de la razón en la decisión no debe abandonarse. Es posible —si no preprogramar— marcar límites más allá de los cuales la decisión es arbitraria. Reclamar el papel de la razón en la decisión (y la consiguiente justificación de los principios adoptados para decidir) puede ser uno de los legados a conservar de la Dogmática. Es evidente que aquí los recetarios —a los cuales son tan aficionados los juristas— no sirven demasiado porque pretenden sustituir —una gran responsabilidad— la responsabilidad de decidir. Los juristas —como especialistas en dirigir conflictos y solucionarlos justamente— han pretendido trasladar esa responsabilidad a la ley o al legislador, y de este modo se han hecho *la ilusión* que no eran ellos quienes decidían, sino era una instancia superior a ellos. El precio que han tenido que pagar por esa ilusión es el autoengaño. (No hay que olvidar que esta técnica de “traslado de responsabilidad” tiene una larga historia en el campo de la reflexión jurídica, pues los iusnaturalistas —ante el miedo a la decisión de cuál es la conducta adecuada o buena— trasladan a una instancia suprahumana (sea la razón divina o la ley de la naturaleza) la responsabilidad y se limitan a cumplir la ley surgida de la naturaleza. No es el hombre quien decide sino que es la autoridad suprahumana quien ordena y quien tiene la responsabilidad y de este modo el hombre esconde su miedo a tomar decisiones.

La Dogmática Jurídica —a imagen y semejanza de algunas doctrinas insnaturalistas— cumple la función ideológica de encubrir la responsabilidad política de las *decisiones* de los juristas. Estas se presentan *como si* surgieran de la descripción “mental y apolítica” del derecho positivo. Mediante esta técnica de “traslación de responsabilidades” los juristas pretenden ahuyentar el fantasma de la responsabilidad política y de la decisión. Pero eso sólo lo pueden conseguir —y ciertamente no lo consiguen— sacrificando el intelecto y la racionalidad humana.

(55) El análisis económico del Derecho en los últimos tiempos ha intentado proponer el criterio de mínimo coste social como criterio fundamental para la resolución de los conflictos sociales. Véase POSNER, *Economic Analysis of Law* (2.ª ed.), Boston-Toronto, Little Brown and Co., 1977.