

El paradigma positivista de la Dogmática jurídica*

Paul Amselek

Profesor Emérito de la Universidad París II
(Panthéon-Assas)

SUMARIO: I. LA ADVERTENCIA DEL PARADIGMA POSITIVISTA: LA DOGMÁTICA JURÍDICA, ENFOQUE DE LA RAZÓN TEÓRICA. 1. *Primera proposición: La Dogmática jurídica es una Ciencia.* 2. *Segunda proposición: La Dogmática jurídica debe desarrollarse en un registro de pura objetividad, excluyendo cualquier elemento de subjetividad por parte del jurista.* 3. *Tercera proposición: La Dogmática jurídica no es y no puede ser fuente de Derecho.*— II. LA DESMITIFICACIÓN DEL PARADIGMA POSITIVISTA: LA DOGMÁTICA JURÍDICA, ENFOQUE DE LA RAZÓN TEÓRICA. 1. *Frente a la primera proposición, hemos de precisar que la Dogmática jurídica no es una Ciencia, sino una tecnología, lo cual resulta ser completamente diferente.* 2. *La objetividad de la Dogmática jurídica, por la fuerza de las circunstancias, tan sólo dispone de un alcance limitado y no podría confundirse manifiestamente con la neutralidad que se le impone a todo científico.* 3. *La Dogmática jurídica es, por así decirlo, extraída directamente de la experiencia jurídica.*

En el presente estudio me propongo entrar a analizar un peligroso virus que desde las últimas décadas del S. XIX ha ido progresivamente instalándose no en los circuitos informáticos sino, como si de una película de ciencia ficción se tratara, en los circuitos mentales de los juristas. Este virus no es otro que el paradigma positivista de la

* Traducción: M^a Teresa García-Berrio Hernández. Profesora Contratada Doctora – Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid.

Dogmática jurídica. El *hacker* responsable en sus orígenes de la difusión de dicho virus no podía ser otro, en efecto, que el propio padre fundador tanto de la Epistemología positivista como de la Sociología: Augusto Comte.

Como sabemos, Comte creía que la aparición de la Sociología —a la que el propio autor calificaba de “positivismo social”— iba a suponer la muerte de la Dogmática jurídica tradicional. A partir de entonces, el Derecho se estudiaría y se encontraría explicitado no ya en códigos y otras selecciones de ediciones jurídicas elaborados por las autoridades públicas, sino allí donde —a su juicio— directamente se forma y se expresa con toda su autenticidad, es decir, en la propia realidad social, en los fenómenos sociales. El jurista estaría así llamado a abandonar su universo ficticio hecho a base de bibliotecas sombrías y polvorientas, de anticuados métodos sin aplicabilidad sobre el terreno, para dejar paso por fin a nuevas técnicas de investigación sobre los hechos sociales que permitan transparentar un estudio experimental del Derecho. Esta visión mesiánica fue desarrollada de forma particular en 1876 por un discípulo poco conocido de Comte, P. Alex, en una publicación que responde al significativo título *Du droit et du positivisme*¹. En esta especie de manifiesto, el autor desarrolla la idea de que las leyes jurídicas tan sólo constituyen la expresión de las “relaciones necesarias” que se establecen espontáneamente entre los hombres. En lo sucesivo —tal y como expresa P. Alex— los juristas deben convertirse en “sociólogos” capaces de “leer” este Derecho inmanente a la realidad social, alejándose así de las versiones más o menos deformadas que otorgan los poderes públicos cuando siguen una serie de métodos que resultan ser inapropiados para la labor de puro conocimiento que se le ha de reservar a especialistas —a “hombres especiales” (Alex)— elegidos no en función del sistema arbitrario de sufragio universal, sino en virtud de sus competencias científicas reconocidas, y que tratan de actuar con toda objetividad.

¹ París, E. Leroux, 1876.

Este sociologismo ingenuo que presidiría los primeros pasos de la Sociología jurídica, impregnando hasta mediados del S. XX el pensamiento de la Escuela sociológica francesa —a través de autores tan significativos como Emile Durkheim o Lucien y más tarde Henri Lévy-Bruhl—, apenas si cuenta hoy en día con seguidores entre sus filas. Este movimiento sociológico tan sólo conocería una cierta recuperación en Alemania —particularmente ilustrado este movimiento residual en autores como Coing y Fechner— durante el periodo inmediato a la II Guerra Mundial debido, entre otras razones, al parentesco estrecho que aparentemente presentaba con las temáticas del iusnaturalismo y que, sin embargo, trataría de refutar. En otro orden de cosas, en base al parecido que también presenta con los postulados de la teoría marxista del Derecho, todavía se mantienen vivos los principales postulados de dicho movimiento en el pensamiento jurídico latino-americano, en particular, en Argentina a través de la “Escuela Ecológica” inaugurada por Carlos Cossío y prolongada hasta nuestros días por sus fervientes seguidores.

A pesar de las previsiones de Comte, el desarrollo de la investigación sociológica apenas si ha puesto en peligro la Dogmática jurídica. No pasaría lo mismo, por el contrario, con el otro polo del pensamiento comtiano, *el propio positivismo*, que ha tenido sobre los juristas un gran impacto negativo que perduraría hasta bien entrado el S. XXI. Las ideas positivistas de la Ciencia, por el propio seguimiento que han generado, han llevado a los juristas, en efecto, a emplazar su propia disciplina bajo el estandarte resplandeciente de las “ciencias positivas” o “positivistas” y a considerarse a ellos mismos, al gusto de hoy en día, como “eruditos positivistas”. Este “positivismo jurídico” se fue extendiendo como un reguero de pólvora bajo la figura emblemática de Hans Kelsen, quien se consagró como su campeón absoluto a lo largo del S. XX desde que viera la luz su *Teoría Pura del Derecho*, la más brillante defensa e ilustración de este movimiento, hasta su obra póstuma *Teoría General de*

las Normas. A este respecto, podemos decir que a falta de acabar realmente con la Dogmática jurídica, el positivismo, tal y como lo concibe Augusto Comte, ha llegado a asesinarla en su esencia, a enraizar de forma durable una imagen trucada de la misma que no guarda relación alguna con su verdadera identidad. Se ha cavado una profunda fosa que separa el comportamiento de los juristas de lo que ellos creen y dicen cumplir; ¡en nombre de un pretendido “realismo”, hemos acabado cayendo paradójicamente en el irrealismo!

El paradigma positivista dominante se ha visto ciertamente quebrantado en sus afirmaciones a partir de la década de los 70 como consecuencia del advenimiento de lo que se ha venido a llamar el “giro interpretativo” del pensamiento jurídico, puesto que se concentraría fundamentalmente en una aproximación hermenéutica del Derecho y en la medida en que la objetividad, que hasta ese momento se prestaba a la regulación jurídica-positiva, comenzaría a ser seriamente cuestionada. Pero, ahora más que nunca, a comienzos del tercer Milenio, es el momento de ir más allá y de volver definitivamente la página del positivismo jurídico. Es hora de desmitificar de forma radical al conjunto de los postulados en los que se basa el positivismo y de hacer resurgir de sus ruinas un nuevo paradigma de la Dogmática jurídica que esté de acuerdo con lo que ella es realmente y con lo que hacen aquellos que se dedican a su desarrollo.

Es precisamente en esta línea de acción donde se inscribe mi estudio. Para ello comenzaré mi plan expositivo —siempre refiriéndome al pensamiento positivista por excelencia, el pensamiento kelseniano— mediante una rápida referencia crítica al paradigma positivista y a su pretensión principal de presentar la Dogmática jurídica como un enfoque de la razón teórica, para pasar a continuación a perfilar las bases de una tentativa de desmitificación de dicho paradigma mediante la restitución de la verdadera imagen de la Dogmática —que no es otra que aquella que la concibe como un enfoque de la razón práctica—.

I. LA ADVERTENCIA DEL PARADIGMA POSITIVISTA:
LA DOGMÁTICA JURÍDICA, ENFOQUE DE LA RAZÓN TEÓRICA

El positivismo jurídico ha impregnado profundamente el espíritu de los juristas con una línea de pensamiento —una especie de red o de matriz conceptual, como diría Thomas Kuhn— mediante la cual éstos ven su disciplina, se ven a sí mismos y modulan sus discursos cuando han de pronunciarse a este respecto. Este paradigma positivista de la Dogmática jurídica puede quedar reducido, de forma esquemática, a tres proposiciones complementarias, en las que la primera tiene valor de proposición de base y las otras dos sirven de meros corolarios.

1. *Primera proposición: La Dogmática jurídica es una Ciencia*

Esta es la pretensión primordial del iuspositivismo. Desde su perspectiva, la teoría dogmática del Derecho es y ha de ser siempre una ciencia, una ciencia auténtica “positivista” que actúa de forma semejante a otras ciencias —sobre todo, las Ciencias de la Naturaleza— bajo el signo de la experiencia, sobre datos empíricos y bajo un control experimental. El jurista es un sabio y debe comportarse como tal. A imagen y semejanza de las Ciencias de la Naturaleza, al menos por lo que se refiere a la concepción habitual que tenemos de las mismas, el trabajo de la Dogmática jurídica es un trabajo de descripción de datos y de ordenación con el objeto de construir una presentación coherente y sistemática.

2. *Segunda proposición: La Dogmática jurídica debe desarrollarse en un registro de pura objetividad, excluyendo cualquier elemento de subjetividad por parte del jurista*

El jurista ha de mantener el mismo distanciamiento respecto al Derecho positivo que estudia que el que todo

especialista mantendría respecto a su objeto de estudio. Tal y como observa Kelsen en su *Teoría Pura*, “teoría, ésta se propone conocer única y exclusivamente su objeto, es decir, establecer qué es el Derecho y cómo es. Esta teoría no pretende de ninguna manera establecer cómo el Derecho debería o debe ser, sino cómo es de hecho. En una palabra, la teoría pura trata de ser Ciencia del Derecho, no trata de ser política jurídica”². En consecuencia, según esta máxima, a todo jurista se le impone una estricta objetividad, una estricta neutralidad, que excluiría todo juicio de valor, toda preferencia política o ideológica. Así, pues, el jurista ha de limitarse únicamente a describir fielmente los datos objetivos; en otras palabras, éste ha de contentarse con hacer el informe.

3. *Tercera proposición: La Dogmática jurídica no es y no puede ser fuente de Derecho*

Si retomamos aquí la terminología kelseniana, hemos de distinguir necesariamente —ya que se trata de dos nociones de naturaleza absolutamente diferenciada— entre función de conocimiento y función de voluntad, entre actividad de conocimiento del Derecho y actividad de creación del Derecho. El jurista no es en absoluto una autoridad jurídica y no dispone de título alguno para poder intervenir en el nivel de la producción del Derecho, sino sólo en el nivel del conocimiento del Derecho, del conocimiento de las normas jurídicas creadas por las autoridades habilitadas al efecto y que escapan de su propio poder en la medida en que se imponen al jurista como un dato independiente de sí mismo. Desde este punto de vista, el iuspositivismo entiende romper definitivamente con los viejos demonios del iusnaturalismo, pretendiendo así erigir al jurista en abierta competencia con el legislador e incluso en superior del legislador en la medida en que se encuen-

² KELSEN, Hans, *Théorie pure du droit*, 2ª ed., traducción francesa de Charles Eisenmann, Dalloz, Paris, 1962, p. 1.

tra investido de la potestad de decidir si el Derecho dictado por este último constituye verdadero Derecho y en la medida en que dispone del poder de determinar lo que es el verdadero Derecho que el Derecho positivo debería reproducir para tener valor de autenticidad. Tan sólo se puede tratar de una pura quimera para el positivismo...

La imposibilidad que presenta la Dogmática de interferir con su propio objeto de conocimiento está particularmente determinada por la diferencia que establece Kelsen —que quiere además que ésta sea radical— entre las normas jurídicas (*Rechts-normen*), formuladas por las autoridades jurídicas y objeto de estudio de la Dogmática, y las proposiciones jurídicas (*Rechts-sätze*) formuladas por esta última en su calidad de Ciencia del Derecho, a imagen y semejanza de otras Ciencias, para dar cuenta de su objeto. Entre el lenguaje jurídico en el que se expresan las normas jurídicas y el metalenguaje de los juristas, existiría pues la misma fosa que, por una parte, entre el especialista y su propio discurso y, por otra, el especialista y los fenómenos observados. Incluso de darse el *Sollen* en las proposiciones de Derecho, se trataría de un *Sollen* particular, nos dice Kelsen, de un “*Sollen* descriptivo” y no así “normativo”: el jurista describe lo que se ha de hacer en virtud de la regulación jurídica, lo que se encuentra prescrito por dicha reglamentación, pero sin que éste prescriba por sí mismo. Y a diferencia de las normas jurídicas, las proposiciones de Derecho, como cualquier otra proposición científica, son susceptibles de ser verdaderas o falsas y están plenamente sometidas a los principios de la Lógica formal, como el principio de no contradicción y el principio de inferencia.

No hemos de olvidar que estas tres proposiciones esquematizan de un modo incompleto el paradigma positivista de la Dogmática jurídica. Estas proposiciones dejan de lado, en efecto, otro elemento fundamental de este modelo, a saber el que en tanto que Ciencia positiva o positivista del Derecho, la Dogmática no debería ocuparse más que del Derecho real, es decir, del *Derecho positivo*, entendido éste no como el Derecho positivo establecido por las autoridades habilitadas al efecto, sino como el Derecho po-

sitivo *efectivo*, efectivamente observado, al que se conforman los comportamientos de los actores jurídicos. Este postulado, perfectamente irreal pese a ser siempre formulado en nombre de un pretendido realismo, será objeto de numerosas objeciones y de reformulaciones que, no obstante, no entraré a analizar en el presente estudio. Ahora bien es preciso puntualizar que dicho postulado se refiere no a los propios caracteres, por así decir intrínsecos, atribuidos al trabajo de la Dogmática jurídica, sino a la constitución del objeto sobre el que la misma operaría. Se trata, pues, de dos planos muy diferentes. Mi propósito de estudio se limitará al primero y es aquí donde retomo mis observaciones críticas anteriormente puntualizadas.

II. LA DESMITIFICACIÓN DEL PARADIGMA POSITIVISTA: LA DOGMÁTICA JURÍDICA, ENFOQUE DE LA RAZÓN TEÓRICA

Pese a encontrarse profundamente arraigado en los espíritus de los juristas modernos, el retrato de la Dogmática jurídica puesto en circulación por el positivismo jurídico —que he tratado de describir someramente—, tan sólo es un fantasma. En efecto, se trata de una fantasma-goría, de un mito al que con certeza la realidad no le corresponde y, en definitiva, de un mito sobre el que el positivismo jurídico ha creído poder apoyarse para combatir mejor las concepciones iusnaturalistas multiseculares de la teoría jurídica: ¡meras quimeras que en ocasiones ayudan a alcanzar otras quimeras! No obstante, hemos de precisar que la *Teoría pura del Derecho* desarrollada por Hans Kelsen no resulta ser en absoluto —como quizás se podría creer— una metateoría descriptiva; al contrario, se trata de una metateoría prescriptiva que se orienta no a describir sino a dirigir, a cambiar los comportamientos reales de los juristas, fijándoles para ello una línea de conducta aparentemente más ortodoxa que la que realmente es seguida por ellos mismos. Sin embargo, esta pretensión estaba avocada irremediablemente al fracaso. No se puede cambiar lo que corresponde a la esencia misma, a la razón

de ser, de la Dogmática jurídica, salvo que lo que se pretenda sea simple y llanamente suprimirla. Desde esta última perspectiva, no resultaría en absoluto difícil refutar cada una de las tres proposiciones a las que he reducido, en su esencia, el paradigma positivista.

1. *Frente a la primera proposición, hemos de precisar que la Dogmática jurídica no es una Ciencia, sino una tecnología, lo cual resulta ser completamente diferente*

Una ciencia, en efecto, estudia los fenómenos —es decir, las cosas que se producen— en vistas a formular reglas, a establecer leyes que den testimonio de la aparición de estos fenómenos en el flujo de acontecimientos que la realidad hace desfilar ante nuestros ojos; leyes del tipo: “cuando los fenómenos A y B se producen, el fenómeno C debe producirse, o no debe producirse, o incluso —en los términos en los que se expresa una ley de probabilidad— dispone de tantas probabilidades de producirse o de no producirse”. Esto es lo que comúnmente se conoce como la búsqueda de las “causas”. Estas leyes científicas elaboradas por el especialista permiten a los hombres reconocerse en el transcurso de las cosas, prever las secuencias de acontecimientos por venir y prepararse para ello, llegando incluso a provocarlos de forma voluntaria, a su propia conveniencia, o reconstruyendo mentalmente la sucesión de los acontecimientos del pasado.

La Dogmática jurídica, en cuanto tal, no abarca en absoluto el campo jurídico en función de la relación de fenómenos, de fenómenos humanos o culturales, que tendrían que ser observados con vistas a producir reglas que diesen cuenta de su prolongación histórica. La Dogmática aborda el Derecho desde un punto de vista puramente técnico, como un conjunto de instrumentos, de mecanismos —en su caso, de mecanismos mentales—, de herramientas de dirección de las conductas humanas como son las normas jurídicas, en definitiva, como *una técnica*. Es en este as-

pecto concreto cuando podemos decir que se trata de *tecnología*, más exactamente, de la teoría de una técnica. La Dogmática jurídica no es ciencia sino tecnología del Derecho; es la teoría de la técnica jurídica. El objeto principal de su orientación es el de racionalizar la técnica jurídica con fines prácticos, racionalizar la panoplia de los instrumentos jurídicos, e introducir dentro de ella el orden, la coherencia, por medio de una presentación sistemática y ordenada de las normas jurídicas en vigor, mediante un comentario apropiado que haga resurgir las intenciones que existen detrás de la regulación promulgada, o incluso las posibles correlaciones que pudieran existir entre las diferentes normas. Al mismo tiempo, se trata de profundizar igualmente en las diversas virtualidades a las que se prestan los textos jurídicos, apoyándose de forma particular en casos imaginarios o reales, librándose pues a ejercicios de casuística jurídica, o tratando incluso de desarrollar un análisis lógico de los textos que elimine los errores aparentes (ambigüedades, oscuridades, lagunas, contradicciones, etc.) y que estigmatice aquellos errores que sean irreconducibles. Todo eso es el trabajo principal de la Dogmática jurídica y todo ello no tiene nada en común con una verdadera Ciencia.

Si los positivistas —con Kelsen a la cabeza— han pretendido, bajo una apariencia de claridad, asimilar esta actividad de tecnología jurídica con una actividad científica, es fundamentalmente sobre la base de dos falsas ideas sobre la Ciencia, que resultan ser desafortunadamente muy extendidas; dos falsas ideas sobre las que conviene pronunciarse de una vez por todas.

En primer lugar, con frecuencia se tiende a reducir la Ciencia a una simple actividad contemplativa, a una mera actividad de observación y de descripción de las cosas objetivamente contempladas. Sin embargo, esta perspectiva constituye una visión caricatural, como si toda observación o todo descriptivo que consignaran determinadas observaciones proviniese de una operación científica [la toma de declaraciones ante la policía, los pronunciamientos de los oficiales de justicia, los inventarios de stock de

los comerciantes o los descriptivos de apartamentos en venta elaborados por promotores inmobiliarios, nada tienen que ver con una actividad científica] y cuando el hecho de que tales observaciones sean verdaderas o falsas en nada hace cambiar la cuestión de fondo. La Ciencia, pese a apoyarse en observaciones, no es por ello sinónima de actividad de observación y de descripción. La Ciencia es esencialmente una actividad de elaboración de leyes y, como sabemos, las leyes científicas no son precisamente descripciones, sino meras representaciones de lo real. Las leyes científicas son, pues, mecanismos mentales específicos creados por el hombre para su propio uso, reglas teóricas ciertas y no así reglas de conducta; en definitiva, se trata de reglas que no sirven para enmarcar nuestra voluntad —nuestro propio gobierno en la producción de nuestros actos y nuestros gestos—, sino de reglas que sirven para guiar nuestra creatividad, nuestra inteligencia ante las creaciones del mundo del que somos espectadores. Estas reglas indican el margen de probabilidad en el que pueden producirse un tipo de fenómenos cuando se dan determinadas circunstancias; éstas permiten a nuestro pensamiento —como si de “llaves” o de “plantillas” que abren el libro del mundo se tratase—, deshilar el hilo de sus desarrollos y convertirlo en algo comprensible susceptible de ser controlado mentalmente.

En tanto que reglas a imagen y semejanza de las reglas prácticas o reglas de conducta, estas reglas teóricas articulan —contrariamente a lo que pretendía Kelsen— el *Sollen*, articulan lo que los lógicos han calificado como categorías modales o categorías de lo posible (*debe, puede, no puede*). Ahora bien, estas categorías no disponen de “referente exterior” propiamente dicho, sino que tan sólo se trata de representaciones interiores de datos percibidas en el mundo exterior. Estamos, en definitiva, ante auténticos productos del *logos* humano, que él mismo forja en todas sus piezas, utiliza y que, tal y como demostrara Aristóteles, él mismo sobreañade, sobreimpone, para sus propias necesidades a las cosas del mundo que se manifiestan. Así, pues, estas reglas teóricas —como, por otro lado, tam-

bién las reglas de conducta— no pueden ser asimiladas a ciertas representaciones del mundo susceptibles de ser consideradas verdaderas o falsas. Lo posible no forma parte de lo real manifiesto, no forma parte —como se dice— del “mobiliario del Mundo”. Lo que es verdadero o falso tan sólo son las pre-visiones que las leyes científicas construidas permiten realizar en función de que las mismas se cumplan o no, que sean o no confirmadas por la experiencia. Sin embargo, las leyes científicas no son verdaderas o falsas en sentido propio, sino que éstas son buenas o malas en función de su propio valor pragmático, de su utilidad, de la calidad de las ventajas que ofrecen en la práctica, es decir, en función de que las mismas permitan ser identificadas de forma más o menos eficaz, según el nivel de precisión de las previsiones a las que inducen.

Sin embargo, la Dogmática jurídica es asimilada a una ciencia en función de su calidad principal de presentación ordenada y sistemática de la regulación jurídica. Esta segunda concepción resulta estar muy extendida en la doctrina jurídica. Este es el caso concreto del Decano Jean Carbonnier, quien se pronunciaba al respecto en los siguientes términos: “constituye una Ciencia —término éste que, en la doctrina extranjera, se utiliza comúnmente para referirse a la Dogmática— la exposición sistemática de las reglas que forman el ordenamiento jurídico, coordinadas lógicamente para la unidad del sistema”³. No obstante, sería Kelsen⁴ quien, una vez más, se consagraría en campeón absoluto de esta concepción: “(...) de conformidad con la teoría del conocimiento de Kant —escribe Kelsen— la Ciencia del Derecho, en tanto que conocimiento del Derecho, presenta, como cualquier otro tipo de conocimiento, un carácter constitutivo (...) ésta *crea* su objeto como un todo que dispone de su propia significación, como un todo inteligible. Del mismo modo que el caos de las percepciones sensibles no puede constituirse en un sistema dotado

³ CARBONNIER, Jean, *Droit Civil*, Tomo 1, Presses Universitaires de France, París, 1977, p. 37.

⁴ KELSEN, Hans, *Théorie Pure du Droit*, 2^o ed., *op. cit.*, pp. 98 y ss.

de una cierta unidad —el cosmos, la naturaleza— si no es mediante el trabajo del conocimiento científico que introduce el orden, la masa de las normas jurídicas, generales e individuales, dictadas por los órganos jurídicos —o lo que es lo mismo los materiales que se le otorgan a la Ciencia del Derecho—, no se constituyen en un sistema que presente una unidad exenta de contradicciones —en otros términos, en un orden jurídico—, si no es mediante el trabajo de conocimiento que efectúa la Ciencia del Derecho”.

Esta concepción de lo científico se remonta a Kant, quien, en su *Crítica de la razón pura* y tras haber acotado la Ciencia al campo de las cosas del mundo sensible —lo cual excluiría de dicho campo a toda Ciencia del Derecho relativa a las cosas de lo inteligible, como son las normas jurídicas—, se vería obligado —de forma extraña y sin mostrarse incómodo, no obstante, ante esta falta de rigor científico— a prolongar el concepto de Ciencia en el Capítulo que dedica a la “arquitectónica de la razón pura”: “(...) entiendo por *arquitectónica* el arte de los sistemas. Del mismo modo que la unidad sistemática es lo que hace transformar el conocimiento común en Ciencia, es decir, lo que convierte una simple amalgama de conocimientos en sistema, la arquitectónica constituye, pues, la teoría de lo científico que existe en nuestro conocimiento en general”. El filósofo de Königsberg retomaría de nuevo, más adelante, esta concepción ampliada, concretamente en su *Doctrina del Derecho* —primera parte de la *Metafísica del las costumbres*— en donde nuestro autor hablaría por primera vez de la Dogmática jurídica como “Ciencia del Derecho”, lo que, por otra parte, constituye históricamente una de las primeras utilidades de dicha expresión. A este respecto, podemos señalar que las afirmaciones de Kant en este punto están lejos de ser rigurosas, ya que nuestro autor comienza diciendo que “esta última apelación nos lleva al conocimiento sistemático de la doctrina del Derecho natural” y, algunas páginas después, acaba contradiciéndose cuando añade que “el Derecho, como ciencia sistemática, se divide, por un lado, en Derecho Natural, que reposa sobre principios *a priori*, y por otro, en Derecho Po-

sitivo (estatutario), que procede de la voluntad del legislador”. En cualquier caso, esta noción kantiana de Ciencia y de Ciencia del Derecho no podría ser considerada seriamente, aún cuando ésta se desembarazase de sus connotaciones iusnaturalistas, ya que la misma reposa de forma manifiesta en una confusión de lo “científico” con lo “racional”. Toda disciplina de estudio, por su propia definición, es una actividad teórica de puesta en orden, de presentación ordenada, racional, de un saber de cierto tipo. La disciplina no constituye necesariamente una Ciencia, ya se trate, por ejemplo, de una disciplina como la Historia o incluso de exposiciones teóricas sistemáticas en materia de arte, de cocina, de deporte, etc. Resulta preciso saber que, al margen de la similaridad estrictamente formal de las maneras de expresarse, una cosa es el trabajo de “puesta en orden” del especialista, que consiste en elaborar una serie de reglas, de leyes, para orientarse en el desenvolvimiento del curso de las cosas, y otra cosa bien diferente es el trabajo de “puesta en orden” del jurista. Esta tarea fundamental del jurista es un trabajo técnico de ordenación y clarificación de los instrumentos jurídicos, de armonización de las normas jurídicas entre sí con fines puramente prácticos, con el fin principal de introducir la coherencia, la racionalidad en la técnica jurídica en vigor. El jurista-dogmático del Derecho no es especialista en la observación de los fenómenos y en dar cuenta de los procesos de encadenamiento de las producciones de lo real; éste no es más que un técnico de segundo grado encargado de racionalizar los mecanismos a emplear y que despliega una reflexión orientada, al mismo tiempo, tanto a aclarar la técnica jurídica, como a mejorar, a ayudar y a entresacar de ello el mejor partido.

Su actividad teórica se parece tan poco a la actividad propia de un erudito que, con frecuencia, vemos a los profesionales del Derecho (jueces, abogados, notarios, etc., personajes estos que apenas responden a la idea propia del erudito) desarrollar, ellos también, exactamente el mismo tipo de actividad, ya sea dentro del margen de sus funciones oficiales (bajo la apariencia, por ejemplo, de en-

señanzas en las Facultades de Derecho o de publicaciones de obras y artículos jurídicos), ya sea en el marco del desempeño de sus propias funciones. Respecto a este último aspecto, hemos de precisar que los informes que los juristas elaboran para los organismos públicos consultativos sobre los textos jurídicos en fase de preparación, las consultaciones jurídicas de los abogados a sus clientes, los informes de los jueces encargados de pronunciarse en los procesos de elaboración de las sentencias de los tribunales inferiores y hasta las motivaciones de las decisiones judiciales redactadas, no se distinguen de forma clara de los estudios de textos y de los ejercicios de casuística propios de la Dogmática jurídica; en este supuesto, nos encontramos fundamentalmente, y a pesar de las diferencias de contexto, en el mismo registro técnico.

Y es precisamente este último argumento lo que nos conduciría, a continuación, a refutar la segunda proposición del paradigma positivista.

2. La objetividad de la Dogmática jurídica, por la fuerza de las circunstancias, tan sólo dispone de un alcance limitado y no podría confundirse manifiestamente con la neutralidad que se le impone a todo científico

El jurista debe ciertamente respetar el objeto sobre el que ejerce su actividad teórica. Ningún jurista puede pretender que, en función de sus propias preferencias ideológicas y en función de lo que se ha podido hacer en ocasiones de forma anecdótica —pongamos como ejemplo, en este sentido, de sistema jurídico particularmente odiado el Derecho nazi de la Alemania hitleriana—, las normas jurídicas producidas en un país por los poderes públicos habilitados no sean Derecho auténtico, en definitiva, que el “verdadero Derecho” dispondría de un contenido diferente dependiendo de si éste se impone al legislador por su propia naturaleza o por referencia a una voluntad divina. En este aspecto concreto, el positivismo jurídico ha querido romper de forma definitiva con los fundamentos del iusna-

turalismo. Sin embargo, el error en el que incurre el positivismo es, precisamente, el de haber creído poder ir más lejos que el iusnaturalismo mediante la asimilación abusiva del estatuto de la tecnología jurídica con el de la Ciencia. Si bien el jurista atiende a los datos de la realidad que le proporciona el propio material de su reflexión —es decir, los textos jurídicos históricamente producidos por los poderes públicos constituidos con esta finalidad—, esto no significaría que el jurista se encuentre en la situación de un observador neutral e imparcial.

En primer lugar, debemos tener en cuenta que en dicha función de racionalización el jurista es conducido a desarrollar una serie de planteamientos que no son, de ninguna manera, operaciones de *descripción* sino, más exactamente, de *comentario*, lo que en absoluto es la misma cosa. *De-scriber*, *de-scribere*, significa, según sus propias raíces etimológicas, relatar lo que uno observa ante sí (o lo que ha observado), dibujar según el modelo determinado que uno tiene —o que ha tenido— ante sus ojos. Las cosas inteligibles, los contenidos del pensamiento, no son objeto de descripción, sino de comentario. *Commentare* —término que proviene de los latinismos puros *cum mens*—, significa literalmente pensar sobre el pensamiento. En el comentario no hay la misma separación, la misma distancia que cuando se describe, o dicho con otras palabras, la diferencia entre describir y comentar sería la misma que entre pintar un paisaje y pintar sobre un paisaje.

En este sentido, resulta falso creer que el jurista describe normas jurídicas cuando repite o parafrasea los enunciados del legislador o, *a fortiori* cuando profundiza en sus significados. La exégesis, la interpretación exegética, no equivale a una descripción. Esta descripción todavía es menor cuando el jurista aprecia, cuando juzga o interpreta las normas jurídicas dictadas, cuando pone de relieve su armonía o, por el contrario, cuando detecta las antinomias, las lagunas e imperfecciones de toda clase que presentan dichas normas, cuando denuncia las lesiones que las normas jurídicas pudieran presentar ante grandes principios de Derecho comúnmente admitidos como tales,

cuando estamos ante resultados sociales desafortunados a los que conducen las normas o son susceptibles de conducirnos, cuando el jurista sugiere soluciones o reformas. No es por casualidad el que a esta actividad teórica se le califique tradicionalmente como “dogmática” o “doctrina”—términos estos que abarcan esencialmente en su raíz etimológica griega o latina la noción de opinión—; el jurista es —lo que en otros momentos históricos se vino a calificar, precisamente, como “jurisconsulto”— un teórico que se expresa, que emite sus propias opiniones, que toma partido y se aventura así en el terreno de lo discutible, del diálogo, de la controversia y, por tanto, bajo los auspicios no de la lógica formal sino de la lógica dialéctica y argumentativa. No hay aquí ninguna especie de extravío o de exceso de competencia por parte del jurista. Es el propio rol social que desempeña el jurista el que obliga a la teoría tecnológica del Derecho a ser una teoría “comprometida”. La pretendida “neutralidad” de la teoría jurídica aparece completamente fuera de lugar cuando nos damos cuenta de las operaciones corrientes y esperadas que se despliegan en la realidad, admitidas éstas sin grandes reticencias. Al contrario de Kelsen, podemos afirmar que la Teoría del Derecho no se priva en absoluto de decir “cómo debe o debería ser el Derecho”.

En efecto, a nuestro juicio, dicha teoría no puede privarse de determinar lo que debe ser el Derecho al menos por dos razones. Por un lado, primera razón que lo justifica, porque el Derecho presenta de forma congénita un alcance indeciso. No basta con querer respetar los enunciados, los textos jurídicos, en el sentido con el que el legislador los emplea, sino que se debe adoptar una posición determinada respecto a su sentido y a todo lo que implica; es precisamente en este nivel concreto donde se produce la regulación, las normas jurídicas, y dicho nivel no constituye un dato objetivo sino que, por el contrario, da lugar a toda una serie de operaciones constructivas por parte del intérprete. Por otro lado, la propia idea de un deber de neutralidad de la doctrina jurídica respecto al Derecho positivo no es más que una engañifa. Cuando los juristas se

abstienen de formular la más mínima crítica dirigida a la legislación más abyecta, más odiosa, esta actitud no ha sido considerada a lo largo del transcurso histórico como algo propio de la neutralidad, sino más bien como algo ligado a la pasividad, como una forma de connivencia con los poderes públicos o, en todo caso, como una autocensura confinada a la cobardía, a la dimisión, tal y como lo atestiguaría el ejemplo de la doctrina jurídica amordazada e irrisoriamente dócil a los Estados dictatoriales o como lo ilustra incluso el ejemplo de la doctrina jurídica francesa en tiempos de la ocupación nazi ante la legislación racista bajo el régimen de Vichy⁵.

El que la función crítica entre por su propia naturaleza en las misiones que incumben a la Dogmática jurídica, lo podemos ver, por lo demás, cuando comparamos esta última con las dogmáticas religiosas o teológicas que se ejercen sobre cánones sagrados revelados a los hombres. En el caso concreto de la Dogmática jurídica, la veneración del legislador divino, la fe en su perfección y en su infalibilidad y la adhesión total e incondicional a sus decretos excluyen cualquier dimensión crítica de los comentarios. Pero, podemos apreciar hasta que punto resulta ser absurdo —en particular, por parte de los positivistas— pretender reducir a los juristas a este modelo teológico cuando nos movemos dentro del ámbito profano del Derecho positivo. El que se prohíba a los juristas elaborar cualquier crítica sobre el Derecho positivo viene a suponer, de una manera incongruente y caricatural, una especie de infalibilidad del legislador humano y de sacralización de su obra.

De este modo, mediante la negación categórica de que la Dogmática jurídica pueda constituirse en fuente del Derecho y tome parte así en su creación, llegamos a la tercera proposición del paradigma positivista; esta última proposición, a nuestro juicio, tampoco podría ser mantenida.

⁵ Véase LOCHAK, Danièle, “La doctrine sous Vichy ou les mésaventures du positivisme”, en *Les usages sociaux du droit*, Presses Universitaires de France, Paris, 1989, pp. 252 y ss.

3. *La Dogmática jurídica es, por así decirlo, extraída directamente de la experiencia jurídica*

Sin duda alguna, el jurista nunca podría confundirse con las autoridades públicas habilitadas para dictar normas. Ningún jurista, individualmente considerado, dispone de esta capacidad de dictar normas, sino tan sólo de la competencia propia a cualquier teórico. Sin embargo, resulta completamente erróneo creer que entre el jurista y aquellas autoridades que fabrican o utilizan los instrumentos jurídicos existiría la misma distancia que entre el científico y los objetos que observa.

En realidad, una vez más, el jurista no se limita a ser un simple observador sino que se constituye más bien en un actor de segundo grado en la experiencia jurídica, un actor detrás de los actores jurídicos, comprometido como ellos en la experiencia jurídica, en la que desarrolla una parte activa. Mediante los comentarios que efectúa, el jurista aclara el significado que se le ha de otorgar a las reglas jurídicas promulgadas por los poderes públicos, hace aparecer las utilidades virtuales de las que pueden ser objeto dichas reglas, propone soluciones a los problemas que en la práctica pueden presentarse, etc. El jurista aparece entonces como un preciado auxiliar de los técnicos del Derecho que fabrican o utilizan las normas jurídicas y su obra de racionalización acompaña, enmarca en cierta medida y, sobre todo, completa la obra legislativa de los poderes públicos. Sabemos que ningún jurista puede promulgar por sí mismo normas jurídicas; sin embargo, profundizando el significado de los pronunciamientos del legislador, enriqueciendo la producción legislativa más allá de lo que el propio legislador habría podido tener en vista, este actor jurídico contribuye de forma decisiva a la creación del Derecho, a la determinación de sus contornos, de su significado, de su alcance. Mediante este toque, todo jurista aparece como un auténtico colaborador del trabajo legislativo.

Este último aspecto justifica el que normalmente la "doctrina" sea emplazada entre las fuentes del Derecho.

En efecto, el papel que desempeña el jurista como auxiliar legislativo resulta ser en ocasiones jurídicamente institucionalizado. En tiempos del Imperio romano, la doctrina jurídica poseía lo que se venía a llamar el *jus publice respondendi*, es decir, el derecho de emitir respuestas oficiales a las cuestiones de Derecho controvertidas en el curso de un litigio y oficialmente reenviadas a ellos por el juez. Así, pues, los juristas romanos estaban oficialmente dotados de una *auctoritas*, lo cual quiere decir simplemente que sus respuestas se imponían al juez, al menos en el supuesto de estar ante una opinión concordante de los juristas consultados. Hoy en día, el artículo primero del Código civil suizo recomienda a los tribunales que se inspiren en las soluciones consagradas por la doctrina y el artículo 38 del Estatuto del Tribunal Internacional de Justicia prescribe que se aplique “la doctrina de los publicistas más cualificados de las diferentes naciones, como medio auxiliar de determinación de las reglas de Derecho”.

Pero, al margen de cualquier consagración oficial por los textos jurídico-legislativos, la doctrina goza a título “oficioso” de una cierta autoridad entre los actores jurídicos, y más concretamente entre los jueces, quienes no dudan en hacer referencia a sus propias opiniones e incluso en hacer alusión de forma expresa en las motivaciones de sus decisiones. Se puede hablar, en este aspecto concreto, de un “poder doctrinal”⁶. Dentro de la comunidad de los profesionales del Derecho, este poder de la doctrina aparece sutilmente jerarquizado en función de las cualidades y los méritos que se les reconocen a sus miembros, así como también de su notoriedad respectiva. Este poder doctrinal no está fundado en absoluto sobre el saber jurídico de los juristas-técnicos ni tampoco sobre la posición social que alimenta este saber y que refuerza su influencia sobre el Derecho y la experiencia jurídica. Ello explica, como sabemos, el que estos juristas sean principalmente profesores, universitarios. Ahora bien, las Facultades de Derecho don-

⁶ JESTAZ, Philippe y JAMIN, Christophe, *La doctrine*, Dalloz, París, 2004, pp. 256 y ss.

de éstos desempeñan sus tareas docentes tienen como papel esencial el de formar a futuros técnicos del Derecho —magistrados, abogados, altos funcionarios, etc.—, los cuales desempeñarán en un futuro un papel activo importante en la elaboración y la aplicación de las normas jurídicas. Por este cauce existe, por tanto, una influencia directa de la doctrina sobre el Derecho y la experiencia jurídica. Esta influencia resulta ser todavía más decisiva en los casos, frecuentes y prácticos, en los que los juristas están llamados, en razón de sus competencias tecnológicas, a colaborar en la legislación, ocupando así puestos de expertos consejeros de los poderes públicos u ocupando un escaño en las comisiones parlamentarias expresamente formadas para la elaboración de reformas legislativas [por ejemplo, en Francia grandes nombres de juristas han dejado una huella personal imborrable en partes enteras de la legislación del siglo pasado; tal es el caso de Henri Capitant para el Derecho de obligaciones, de René Rodière para el Derecho marítimo, de Jean Carbonnier para el Derecho de familia, por mencionar tan sólo algunos de los más representativos]. A esto último se le ha de añadir igualmente una participación frecuente de los juristas en la aplicación de las normas jurídicas por el ejercicio, de forma conjunta a su actividad eminentemente teórica, de las funciones de juez, de abogado o de asesor jurídico.

En todo este contexto, podemos apreciar sin duda que el discurso del jurista-técnico constituye ante todo un metalenguaje en relación con los textos jurídicos promulgados por los poderes públicos; sin embargo, esto último no explica en nada el tipo de transcendencia que separa al especialista de las objetos observados o, en un orden de ideas parecido, al auditorio de la música que escucha. El jurista-técnico desempeña una parte activa, y no puramente pasiva, de la experiencia jurídica; su metalenguaje forma parte de la propia sinfonía que constituye en cierta medida la experiencia jurídica. El filósofo del Derecho alemán Karl Engisch se pronuncia al respecto en los siguientes términos: “(...) la principal ventaja, casi única en su género, que presenta la Ciencia del Derecho respecto a las Cien-

cias sociales en general es precisamente la de no pasarse al lado y detrás del Derecho, sino de ser admitida para contribuir a formar el propio Derecho y la vida en y bajo el imperio de la ley”⁷. ¡No será que esta pretendida “Ciencia” del Derecho no lo es en realidad!

* * * * *

A modo de conclusión, me gustaría simplemente apuntar la siguiente observación: negar el carácter de Ciencia a las operaciones, en realidad técnicas, de la Dogmática jurídica, a las operaciones de la Teoría del Derecho tradicional, no supondría en absoluto, a mi juicio, una disminución de sus propios méritos. La actividad científica no es, afortunadamente, la única actividad humana digna de ser ejercida, como parecen creer todos aquellos que se esfuerzan de forma irrisoria en reivindicar la etiqueta de científicos como una especie de distinción suprema y exclusiva de consideración. No es cuestión aquí, en absoluto, de remover el modo de pensar y los errores del iusnaturalismo, sino simplemente de desvelar cuál es la naturaleza auténtica de una actividad teórica que juega un papel considerable, indispensable e irremplazable en nuestra experiencia jurídica, pero respecto a la cual no disponemos hoy en día de una conciencia sincrética. Ya ha llegado el momento, tras casi siglo y medio, de terminar con los espejismos y las alucinaciones del positivismo jurídico.

⁷ ENGLISH, Karl, *Einführung in des juristische Denken*, Stuttgart, 1956, p. 8.