

Carlos Santiago Nino

Carlos Santiago Nino

CONSIDERACIONES S SOBRE LA DOGMATICA JURIDICA



Carlos Santiago Nino

Universidad Nacional Autónoma de México

**CONSIDERACIONES SOBRE LA
DOGMÁTICA JURÍDICA**

Serie G: ESTUDIOS DOCTRINALES 7

CARLOS SANTIAGO NINO

Carlos Santiago Nino

CONSIDERACIONES SOBRE LA DOGMÁTICA JURÍDICA

(con referencia particular a la dogmática penal)



UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE MÉXICO
México 1989

Primera edición: 1984 Primera reimpresión: 1989
DR (C) 1989. Universidad Nacional Autónoma de México
INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS
Ciudad Universitaria, 04510 México, D. F.
Impreso y hecho en México
ISBN 968-36-0725

ÍNDICE

Palabras iniciales 5

I. ¿ES LA DOGMÁTICA JURÍDICA UNA CIENCIA? 9

II. ¿ES LA DOGMÁTICA JURÍDICA "DOGMÁTICA" 17

1. Sobre el concepto de dogma 17

El dogma referido a las normas 18

2.El jurista y el dogma	18
Iusnaturalismo y positivismo jurídico	19
3.La ideología básica de la dogmática jurídica. .	21
4.La aceptación dogmática del derecho positivo. . . .	28
5.Kelsen y la reconstrucción de la ideología dogmática. .	34
III LA REFORMULACIÓN DEL SISTEMA LEGISLADO MEDIANTE LA INTERPRETACIÓN DOGMÁTICA	41
1.La búsqueda de "la" acción descrita en los tipos penales	41
2.La reformulación del sistema legislado ..	49
IV. LAS TEORÍAS DOGMÁTICAS: LA TEORÍA DEL BIEN JURÍDICO PROTEGIDO .	55
1. El bien jurídico protegido	55
El bien jurídico "propiedad"	56
Otros bienes jurídicos	61
La relación entre el delito y el bien jurídico.	63
Bien jurídico, antijuricidad y términos teóricos	65
Las funciones de la teoría del bien jurídico.	70
2. Algunas consideraciones acerca de las teorías dogmáticas.	77
3.Conclusiones	80
V. El modelo Dogmático DEL "LEGISLADOR RACIONAL'.	85
1. Propiedades del legislador "racional"	85
2. Funciones de la hipótesis de la racionalidad del legislador.	88
3. Reglas interpretativas derivadas del modelo ..	92
El ordenamiento jurídico no tiene contradicciones.	92
El ordenamiento jurídico es operativo.....	93
El ordenamiento jurídico no tiene lagunas....	94
El orden jurídico es preciso	94
El orden jurídico es dinámico	95
El orden jurídico es finalista.....	95
4. Conflictos entre los ideales presupuestos por el modelo. .	95
5. Vigencia del modelo del legislador racional en la dogmática.	

Evaluación	99
VI. ALGUNAS CONSIDERACIONES GENERALES A MODO DE CONCLUSIÓN	103
1.Las concepciones vigentes acerca de la dogmática jurídica.	103
2.El método "hipotético-deductivo" y la racionalidad de la dogmática jurídica	109

***Consideraciones sobre la Dogmática Jurídica*, editado por el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, se terminó de imprimir en los talleres de IMPRESOS CHÁVEZ, el día 16 de marzo de 1989. La edición consta de 2,000 ejemplares.**

PALABRAS INICIALES

Los capítulos de este trabajo pueden ser considerados como ensayos independientes que encaran algunos de los diversos aspectos de la actividad dogmática de los juristas.

Sin embargo, tales capítulos responden a un cierto programa general, que podría delinearse así:

Me refiero, en primer lugar, a la preocupación recurrente de los juristas dogmáticos acerca del carácter científico de su actividad. No pretendo satisfacer tal preocupación, sino mostrar que no puede serlo y, a la vez,

transformarla en una búsqueda legítima de analogías y diferencias con las actividades reconocidas como científicas. Para hacer la comparación expuesta, es necesario investigar, entre otras cosas, el complejo ideológico de la dogmática, las funciones que efectivamente desarrolla, sus técnicas características de argumentación y sus métodos de justificación de soluciones. Los capítulos restantes están dedicados a un análisis parcial de estos aspectos.

En el capítulo segundo estudio si constituye un ingrediente esencial de la ideología dogmática una actitud de adhesión al derecho legislado.

En el tercer capítulo muestro la, función de la dogmática jurídica consistente en formular el derecho legislado, tomando como ejemplo la actividad de describir el núcleo de los tipos penales.

El capítulo cuarto está dedicado a señalar cómo se posibilita y se encubre la modificación del sistema del legislador a través de las llamadas "teorías" dogmáticas, poniendo especial atención en la teoría penal del "bien jurídico protegido".

Destino el capítulo quinto a mostrar cómo la incoherencia entre la actitud de adhesión al derecho legislado y la actividad de reformularlo se resuelve en el plano ideológico a través de un modelo acerca de presuntas propiedades racionales del legislador.

En el capítulo sexto, que va como conclusión, retomo la preocupación expuesta en el primero, investigando si, a la luz del análisis realizado respecto a la ideología y funciones de la dogmática jurídica, se justifica reconocerle algunas de las propiedades características de la elaboración científica.

No debe suponerse que la tarea de los juristas queda limitada al ámbito de la dogmática jurídica. La dogmática es una entre varias, alternativas vigentes y posibles de elaboración jurídica. Corresponde a la actividad que despliegan los juristas del llamado "sistema continental europeo", originado por influencia del derecho romano., a partir de las exégesis francesa y de la jurisprudencia de conceptos alemana. Naturalmente que los juristas del sistema del common law desarrollan una actividad en extremo diferente,, desde el punto de vista de sus creencias y de .sus funciones efectivas, a la que es característica de la dogmática jurídica. Por otra parte, aun en el ámbito del sistema continental europeo, diversas corrientes, como la "jurisprudencia de intereses", han resentido la vigencia de la dogmática jurídica, aunque este embate todavía es muy débil en muchos países, como es el caso del nuestro. Aún más, la elaboración dogmática no se da con igual fuerza en todas las ramas del derecho: mientras en el derecho penal tiene absoluta vigencia, a pesar de la euforia ya aquietada del positivismo, en el derecho administrativo y en el derecho político para citar los casos más extremos, tiene un papel muy restringido.

En el curso de este trabajo me limitaré a estudiar la actividad dogmática de los juristas y no las otras variantes, igualmente interesantes, de la investigación jurídica. Pienso que el análisis que desarrollaré, por lo menos corresponde, en buena medida, a las pautas de las elaboraciones jurídicas que se realizan en varios países del sistema continental europeo y, sin duda, a las que tienen vigencia en el derecho penal —en el que centraré mi atención recurrente— en casi todos los países del sistema.

Es necesario hacer las correspondientes imputaciones de coautoría y participación respecto a los hipotéticos aspectos positivos de este trabajo.

La Universidad de Buenos Aires me otorgó una beca interna para realizar la investigación que motivó estas páginas. Es obvio mi reconocimiento para esta institución, cuyo extraordinario progreso, cuando se dio en ella un marco de autonomía y libertad académica, es el mejor argumento para la defensa de tales ideales.

Debo dedicar el primer agradecimiento personal a la memoria del profesor Ambrosio L. Gioja. Su constante preocupación por crear un contexto de espontaneidad y seriedad para la investigación jurídica, dio frutos excepcionales, que espero no se juzguen por este trabajo.

Debería destinar largas páginas para expresar mi profundo reconocimiento a todos los que me han ayudado a realizar esta investigación, iniciando mi interés por el tema, leyendo los borradores, haciéndome agudas críticas, sugiriéndome nuevos problemas, alentándome a continuar la investigación, proporcionándome bibliografía, corrigiéndome la redacción. Pero para los que no conocen O esas personas, la descripción detallada de su colaboración resultará fatigosa y, para los que las conocen, bastará mencionar sus nombres para tener certeza de lo mucho que hay de ellas en lo que pudiera ser rescatable del trabajo: Carlos E. Alchourrón, Jorge A. Bacqué, Eugenio Bulyguin, Genaro R. Cal-rió, Ernesto E. Garzón Valdés y Norberto E. Spolanshy.

Por último los profesores Héctor Fix-Zamudio y Rolando Tamayo y Salmerón me ofrecieron una paciente y esforzada ayuda, que agradezco cálidamente, en el proceso de publicación del trabajo en la prestigiosa Editorial de la Universidad Autónoma de México.

I. ¿ES LA DOGMÁTICA JURÍDICA UNA CIENCIA?

La pregunta "¿qué es la ciencia?", como todos los interrogantes *de* la misma forma, es fundamentalmente ambigua.(1) Uno de sus significados es el requerimiento de las condiciones de aplicabilidad de la palabra "ciencia", es decir de sus características definitorias, de su definición. Otro significado consiste en el reclamo de una información, una caracterización, de los hechos o actividades que están incluidos en el campo de referencia —en la denotación— de esa palabra. Es obvia la diferencia entre ambos interrogantes: el primero solicita un dato semántico: que se determine o se informe acerca de las reglas de uso de la palabra "ciencia"; el otro requiere información sobre los hechos o actividades que se presupone —conociendo la respuesta a la pregunta anterior— están abarcados por ese término. Naturalmente no podemos contestar a la segunda pregunta sin estar en condiciones de responder a la primera. Identificar los hechos, actividades o cosas que una palabra comprende es condición necesaria para la descripción de esos hechos, actividades o cosas. (2) En este capítulo nos referiremos, pues, al significado de la palabra "ciencia".

El término "ciencia" no está exento de los inconvenientes que tienen las palabras de los lenguajes naturales; antes bien, es un caso paradigmático de esos inconvenientes.

Esta palabra es, en primer lugar, ambigua, (3) es decir que tiene más de un significado. Constituye un caso de una forma especial de ambigüedad que se llama de "procesó-producto". Hay palabras que denotan tanto una clase de actividad como el producto o el resultado de esa actividad. Los términos "pintura", "construcción", "obra", "poesía" son ejemplos de este tipo de ambigüedad. La palabra "ciencia" también, ya que se usa para referirse tanto a la actividad de los científicos como al conjunto de proposiciones resultantes de esa actividad.

La ambigüedad de "proceso-producto" crea problemas más graves para la comunicación que los otros casos de ambigüedad. Los otros casos (por ejemplo: las palabras "radio", "rico", "prenda") , quedan generalmente resueltos por el contexto y la situación en que las palabras son utilizadas. (4) En cambio, en el caso de las palabras ambiguas en este sentido esos elementos generalmente no son esclarecedores.

1 Rohinson, Richard, *Oxford University. Press. Oxford.*, 1968, p. 190; Carrió, Genaro, *Notas sobre derecho y lenguaje. Abeledo-Perrot, Buenos Aires*, 1963, p. 23; Hospers, John, *Introducción al Análisis filosófico*, Ed. Macchi, t. i, 1962, Buenos Aires.

2 Hospers, *op. cit.*, t. 1, p. 73.

3 Carrió, *op. cit.*, p. 77 y Hospers, *oh. cit.*, t. 1, p. 31

4 Hospers. *op. cit.*, l. 1, p. 31. Carrió, *op. cit.*, p. 28 y Hospers, *o». cit.*, t. i, p. 48.

Esto es así porque ambos significados —el que se refiere al proceso y el que denota al producto— están muy próximos y relacionados uno con otro. Alternativa o conjuntamente se incluyen entre las características definitorias de la palabra que hace referencia a la actividad el que dé origen a cierto resultado o producto, y entre las características definitorias del producto o resultado, el que sea la consecuencia de un determinado proceso o actividad. A pesar de esto, ambos significados son muy distintos, y afirmaciones que se formulan acerca de un significado, a veces no se pueden sostener respecto al otro (así es muy diferente decir: "me gusta la pintura", en el sentido de "me gusta pintar" y en el de "me gustan los cuadros").

Esta clase especial de ambigüedad se ve ejemplificada claramente en el caso de la palabra "ciencia". Los usos de esta palabra alternan constantemente entre ambos significados; a veces se refieren a la actividad *científica* y otras a las proposiciones científicas. También aquí es muy difícil distinguir entre ambos significados por la relación íntima que hay entre ellos. No obstante la conveniencia de distinguirlos es obvia, ya que no todo lo que se puede decir de la actividad de los científicos se puede afirmar válidamente de las proposiciones científicas. En el curso de este trabajo intentaremos especificar el significado de la palabra "ciencia" que usemos en cada caso.

A pesar de la gravedad del inconveniente que mencionamos precedentemente respecto a la palabra "ciencia", éste no es el más pernicioso sino que más bien es bastante inofensivo por comparación al que trataremos ahora. La palabra "ciencia" es vaga o, mejor dicho, tiene un significado vago. (5) Una palabra con significado vago no tiene límites definidos de aplicabilidad. Hay zonas de la realidad respecto a las cuales la palabra se aplica claramente, hay otros sectores en relación a los cuales la palabra no se aplica indudablemente; pero hay una "zona de penumbra" en donde vacilamos en decidimos en favor de su aplicabilidad o en contra de ella. Los usos semánticos no nos proporcionan criterios para la decisión, lo que provoca que cualquiera que se adopte sea

producto de una decisión. También con respecto a la vaguedad, la palabra "ciencia" constituye un caso especial de la misma.

Los casos centrales de vaguedad son aquellos en que las características definitorias aparecen en los objetos como un continuo y los usos no determinan con precisión el grado, la medida o la cantidad en que una característica debe darse en un objeto para que la palabra en cuestión le sea aplicable. La palabra "alto" (también, entre otras, las palabras calvo", "pesado", "rojo", "rápido", "inteligente") es un ejemplo típico de esta especie de vaguedad. Hay personas a las que no dudamos de aplicar esta palabra (por ejemplo: si miden 2 metros de altura) , hay otras respecto a las que no dudamos en no aplicársela (por ejemplo: si mide 1.30 de estatura); pero descendiendo y ascendiendo de los casos de aplicabilidad y no aplicabilidad indubitable, encontraremos casos donde vacilaremos en ambos sentidos y, en los cuales, nuestra decisión será arbitraria, porque el lenguaje no nos suministra criterios objetivos de decisión. En estos casos conocemos cuáles características son definitorias de la palabra, lo que no conocemos es, para decirlo de alguna manera, la medida, el grado o la cantidad en que debe darse una característica para que se pueda usar la palabra o, mejor dicho, no conocemos la dimensión-límite de una característica que separa los casos de aplicabilidad de una palabra y los de su inaplicabilidad.

Hay otros casos de vaguedad, los cuales, a diferencia de los anteriores, no se deben a que una característica definitoria se dé como un continuo y que el lenguaje no establezca límites a ese continuo. En estos casos si bien podemos enunciar un conjunto de características en cuya presencia no dudamos de aplicar un cierto término, no podemos afirmar que ninguna de ellas sea necesaria ni suficiente para la aplicabilidad de la palabra. En los textos de divulgación (6) se da el ejemplo de la palabra "oro". Los químicos enuncian una serie de características *de* este metal (peso específico, color, índice de refracción de la luz, combinación con otros elementos, dureza, etcétera) . Si se dan todas ellas no dudaríamos en llamar a un metal "oro", pero igual aplicaríamos esta palabra a un elemento si no tuviera alguna de ellas o si se dieran algunas de las restantes. Ciertas características son más importantes que otras en el único sentido que, si faltaran, probablemente exigiríamos la presencia de todas las restantes para considerar a un metal oro; con respecto a otras, en cambio, si faltan, sólo sería necesario que se den algunas de las restantes. Pero no hay ninguna que sea necesaria ni suficiente y tampoco ningún conjunto definido menor que el total que sea necesario. Hay muchas palabras que padecen de este tipo de vaguedad y el término "ciencia" es una de ellas.

Max Black (7) nos ilustra este punto magníficamente:

5 Carrió, *op. cit.*, p. 28 y Hospers, *o». cit.*, t. i, p. 48.

6 Hospers, *op. cit.*, p. 50.

Ni la observación, ni la generalización, ni el uso hipotético deductivo de aserciones, ni la mensura, ni la utilización de instrumentos, ni la construcción, ni todos juntos pueden ser tenidos en cuenta como esenciales para la ciencia. Porque se pueden encontrar ramas científicas en donde no se usan estos criterios o tienen poca influencia. La astronomía no hace experimentación, las matemáticas no hacen observaciones, la geometría es dudosamente descriptiva, la arqueología dudosamente recurre a mensuras, muchas taxonomías no necesitan generalizaciones abstractas y la biología, con gran esfuerzo, está recién comenzando a utilizar idealización matemática y generalización. Los caracteres mencionados no son ni necesarios ni suficientes, pero pueden estar presentes en mayor o menor grado y contribuyen a caracterizar lo que reconocemos como científico. Su desaparición remueve de una actividad, el carácter científico; su presencia conjunta en alto grado crea condiciones reconocidas como preeminentemente científicas. Esta línea de pensamiento nos obliga a abandonar la búsqueda de una esencia intemporal e inmutable en favor de un sistema de criterios interactuantes.

Esta característica del significado de la palabra "ciencia" provoca graves dificultades en el uso de la misma: podemos señalar los casos centrales de actividades denotadas por esta palabra. Nadie dudaría que las matemáticas, la física, la química, la biología, la zoología, la anatomía y la geografía son ciencias. La lista de indubitabilidad en la denotación quizá se puede hacer un poco más larga, pero no mucho más. Con respecto a la sociología ya empiezan a haber dudas, en relación a la psicología las dudas son aún mayores y con respecto a la ética y a la dogmática jurídica la vacilación es completa. El fracaso de encontrar propiedades que sean claramente comunes a todas las actividades ciertamente científicas perjudica el intento de clasificar con criterios objetivos actividades acerca de cuya científicidad dudamos inicialmente. Parece que el único camino fecundo es el señalado por Black, en el sentido de indicar el conjunto de características que sin ser necesarias ni suficientes, individualmente consideradas, son relevantes para la identificación de la actividad científica y señalar también las relaciones y jerarquía de esas características. De esta manera la pretensión de obtener una respuesta unívoca en todos los casos quedará insatisfecha, por la simple razón que no puede ser satisfecha, salvo formulando una definición estipulativa. Eliminada esa ilusión, quedará la postura realista que sólo espera que en los casos de actividades ubicadas en la zona de penumbra del concepto de ciencia, se determine qué caracteres tienen ellas de común con las incluidas en el núcleo de ese concepto y cuáles son sus características distintivas.

La postura realista será, sin embargo, resistida tenazmente por muchos. Esto es así porque la palabra "ciencia" tiene, como muchas otras, al lado de su significado cognoscitivo, cuyas dificultades acabamos de analizar, un

significado emotivo (8) definido. Su aplicación a una actividad despierta reacciones claramente favorables en la gente. Es una especie de timbre de honor que se le otorga a una actividad:

El término "ciencia" es elogioso, cualquier cosa que sea la ciencia después de analizarla; y los requerimientos de clasificación son también imperiosos reclamos por el respeto y consideración que supone ese rótulo honorífico (9).

Las actividades que entran en el núcleo central de la denotación de esta palabra son objetos de admiración y reverencia; esa reacción favorable se transmite de esas actividades a la palabra "ciencia" y luego a cualquier otra actividad que se abarque con ese nombre. No es dudoso entonces que las controversias acerca del carácter científico de una actividad no son meras disputas verbales sino que encubren una fuerte y angustiosa discrepancia sobre la jerarquía, transcendencia y utilidad de esa actividad, y sobre la posición social de los que la ejercen. No hay que extrañarse de las reacciones violentas que provocó Von Kirchmann entre los juristas con su *slogan*: "La jurisprudencia no es ciencia." El celo profesional surgió en defensa de una actividad que, como dice Ihering (10) "había sido en Roma la primera de sus ciencias" y había justificado "la omnipresencia del jurista en la vida social".

Es interesante hacer una referencia a las causas por las cuales surge la reacción favorable que merecen las actividades incluidas en el núcleo del concepto de ciencia y que se traspasan a la palabra "ciencia" y a todo lo que ella comprenda. Este análisis puede ser importante, porque pondría de manifiesto algunas características comunes de esas actividades centrales que provocan una buena voluntad hacia ellas. Generalmente se tiende a despreciar el significado emotivo de una palabra y a centrar el análisis en el significado descriptivo; pero esta actitud olvida que el significado emotivo nos proporciona un indicio relevante del significado originario de una palabra.

De esta manera, a pesar de que, por ejemplo, la palabra "democracia" tiene una vaguedad manifiesta y se la ha utilizado para hacer referencia a fenómenos que poco tienen de común entre sí, es obvio que el respeto y admiración que despierta cualquier fenómeno al cual se aplique esta palabra proviene de su significado originario como "gobierno del pueblo", y ese mínimo significado permanece intacto a pesar de todas las interpretaciones capciosas para extenderlo a las dictaduras más anti populares. Si la palabra "democracia", dicha en cualquier idioma, despierta respeto no es porque sea un ruido que suena especialmente bien, sino porque se relaciona, aunque vagamente con algún tipo de representación popular. De la misma manera, un somero análisis de las causas que provocan el significado emotivo de la palabra "ciencia" nos proporcionará algún indicio, de su núcleo de significado cognoscitivo. Para esto dejaremos hablar por unos instantes a Ernest Nagel: (11)

8 Carrió, Genaro, *op. cit.*, p. 87 y Hospers, *op. cit.*, t. t.

9 Black, Max, *op. cit.*, p. 5.

10 *El espíritu del derecho romano (abreviatura)*, "Revista (le Occidente Argentina)", Buenos Aires, 1947, p. 259.

11 *La estructura de las ciencias*, Paidós, Buenos Aires, 1968, p. 11

Como arte institunacionalizado de investigación de la ciencia ha dado frutos variados. Sus productos más publicitados son, sin duda, las conquistas tecnológicas que han transformado las formas tradicionales de la economía humana a un ritmo acelerado. También es responsable de muchas otras cosas que en la actualidad no atraen público, pero algunas de las cuales han sido y continúan siendo valoradas con frecuencia como los frutos más preciosos de la empresa científica. Las principales son: el logro de un conocimiento teórico y general concerniente a las condiciones fundamentales que determinan la aparición de diversos tipos de sucesos y procesos; la emancipación de la mente del hombre de las supersticiones antiguas, en las cuales se basan a menudo las costumbres bárbaras y los temores opresivos; el socavamiento de los fundamentos intelectuales de los dogmas morales y religiosos, con el debilitamiento concomitante de la cubierta protectora que suministra a certeza de los hábitos irracionales el mantenimiento de las injusticias sociales, y, en un plazo de mayor generalidad, el gradual desarrollo, entre un número cada vez mayor de personas, de un temperamento intelectual inquisitivo frente a las creencias tradicionales, desarrollo frecuentemente acompañado por la adopción, en dominios anteriormente inaccesibles al pensamiento crítico sistemático, de métodos lógicos para juzgar, sobre la base de datos de observación confiables, los méritos de suposiciones alternativas concernientes a las cuestiones de hecho o al curso de acción más adecuado.

Estas líneas bastan para explicar una buena parte de los factores que originan el significado emotivo de la palabra "ciencia". Sería tarea interesante analizar si estos factores nos dan alguna orientación acerca de su significado cognoscitivo.

El fuerte significado emotivo del término "ciencia" da pie para que la mayoría de los intentos de establecer sus significados constituyan lo que Stevenson (12) caracterizó como "definiciones persuasivas". Muy terminantemente Black afirma: (13)

12 Stevenson, Ch. L., *Ethics and Language*, Vale University Press, New Haven, 1960, cap. ix; Carrió, Genaro, *op. cit.*, p. 21; Flosspers, John, *op. cit.*, t. I, p. 29; Ross, Alf, *Sobre el derecho y la justicia*, EUDEBA, Buenos Aires, 1963, p. 294.

13 Black, Max, *op. cit.*, p. 5.

Quiero sostener que la tentativa de definir el método científico o de analizar la ciencia es una búsqueda de una definición persuasiva. Considero que esto es así porque creo que el término ciencia no tiene una aplicación definida y unívoca.

Una definición persuasiva es "una trampa verbal que se le tiende al oyente o lector (14) u manteniendo el significado emotivo de una palabra, pero cambiando el cognoscitivo, de tal manera que se dirige las reacciones favorables o desfavorables hacia un nuevo objeto. Este procedimiento es acentuadamente frecuente con relación al caso de la palabra ciencia. Cuando se quiere condecorar a una determinada actividad con este honroso nombre, el procedimiento usual es dar una definición ad *hoc* de "ciencia", moldeada deliberadamente para comprender en el núcleo de significado de la palabra a esa actividad.

Ahora, algo acerca de la dogmática jurídica. De lo que hemos visto surge con claridad que si se abandona el dogma de la "esencia" o "naturaleza" de las ciencias que hay que aprehender, el angustioso problema acerca de si la dogmática es o no una ciencia se reduce a una mera cuestión de palabras que, de acuerdo a los usos, no puede resolverse unívocamente dada la vaguedad del término "ciencia".

Se podrían dar todas las definiciones estipulativas que se quiera tanto para incluir como excluir a la dogmática del ámbito de las ciencias. No creemos que éste sea un procedimiento ni leal ni conveniente. Si se quiere remarcar la importancia de la dogmática jurídica, desde aquí se la concedemos sin recurrir a ninguna técnica de persuasión. La dogmática jurídica es importante aunque no sólo sea —y ésta no es la principal razón— por una proposición del funcionalismo sociológico que afirma que toda institución de marcada vigencia satisface alguna necesidad social. (15) Ni la caza de "esencias", ni la persuasión acerca de la jerarquía de la dogmática justifican, pues, la polémica sobre la científicidad de la misma. ¿Debe abandonarse, entonces, toda preocupación en este sentido? Creemos, sin embargo, que no. Detrás de la pregunta "¿es la dogmática una ciencia?" se esconde una inquietud legítima y sensata. Los que se ocupan en una actividad institucionalizada no pueden eludir la necesidad intelectual de esclarecer en qué se parece y en qué se distingue esa actividad de otras *prima facie* semejantes. Con respecto a las ciencias se quiere saber si hay algunos principios comunes aplicables a todas ellas, si hay reglas de inferencia que tienen aplicación generalizada y, en especial, si las conclusiones de una pueden ser utilizadas por algunas de las restantes. El jurista tiene derecho a que se le responda si su actividad —cualquiera sea su carácter— opera, en algún aspecto, en forma semejante a, por ejemplo: las matemáticas, la física o la sociología. También quiere saber si el estudio de la estructura de las actividades, indudablemente científicas, es útil para la caracterización de la dogmática. Asimismo, si podrá aprovechar algunas de las conclusiones de esas ciencias y si podrá contribuir en algo, a su vez, al desarrollo de las mismas, si las contribuciones de la metodología científica son aplicables a su actividad, etcétera.

14 Nota 12, especialmente Genaro Carrió.

En los próximos capítulos intentaremos aproximarnos, de una manera indirecta, a posibles respuestas para algunos de estos interrogantes.

II. ¿ES LA DOGMÁTICA JURÍDICA "DOGMÁTICA"	18
1. Sobre el concepto de dogma	18
El dogma referido a las normas	19
2. El jurista y el dogma	20
Iusnaturalismo y positivismo jurídico.....	20
3, La ideología básica de la dogmática jurídica.....	22
4, La aceptación dogmática del derecho positivo.....	30
5, Kelsen y la reconstrucción de la ideología dogmática.....	36

II. ¿ES LA DOGMÁTICA JURIDICA "DOGMÁTICA"?

La denominación "dogmática jurídica" con la que, entre otras, corrientemente se hace referencia a la actividad de los juristas, nos parece que es de todas

(doctrinas de los autores, "jurisprudencia", "ciencia del derecho") la que nos orienta más profundamente en la caracterización de la misma, ya que pone de manifiesto el lugar central que ocupa en esta actividad la aceptación dogmática de determinados presupuestos.

1. SOBRE EL CONCEPTO DE DOGMA

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

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

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

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

El dogma referido a las normas

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

Aquí, por supuesto, la calificación de dogmática no se refiere al modo de aceptar la verdad de enunciados, ya que estas expresiones lingüísticas no son susceptibles de predicación veritativa, sino a otro tipo de actitudes respecto a ellas. Las normas no son pasibles de ser calificadas como verdaderas o falsas,

pero sí como justas o injustas, convenientes o inconvenientes, oportunas o inoportunas, gravosas o tolerantes, razonadas o caprichosas, etcétera.

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

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

2. EL JURISTA Y EL DOGMA

Existe un conjunto amplísimo de prescripciones: desde la que ordena que no se obligue a nadie a declarar contra sí mismo, por ejemplo, hasta la del asaltante que reclama al transeúnte: "Entréguese su dinero" ... Todo científico selecciona su objeto de investigación de acuerdo con determinados criterios clasificatorios metacientíficos y el jurista debe hacer lo propio. Uno de los problemas fundamentales de la teoría general del derecho consiste en establecer criterios para acotar el objeto de *la* ciencia del derecho. Aquí supondremos que él mismo está constituido por normas (*malgré*, los ególogos y ciertos realistas) , o sea por el contenido de ciertas expresiones lingüísticas con las que se intenta dirigir, justificar, criticar, etcétera, la conducta de los individuos. Por supuesto que esto acota sólo trivialmente el objeto de la dogmática: habría que intentar separar, como es usual, las normas morales, religiosas, de usos sociales, etcétera, de las jurídicas. Como tal tarea nos embarcaría en un tratado de filosofía del derecho, supondremos obviado el problema. Tampoco entraremos en el tema referido a cómo el dogmático selecciona por su vigencia territorial las normas que son el objeto de su estudio. Y, por último, tampoco nos preocuparán aquí los criterios utilizados para seleccionar por su contenido las normas de que se ocupan los juristas de las distintas materias. Lo único que nos interesará en esta oportunidad es resolver las siguientes cuestiones: *a)* ¿la inclusión de tales o cuales normas en ámbito de investigación del jurista, supone algún tipo de aceptación o reconocimiento de las mismas?; *b)* en caso de que la res puesta a la

pregunta anterior sea afirmativa, ¿esa aceptación o reconocimiento de las normas incluidas en su sistema, es "racional" o "dogmática", en los sentidos que acabamos de establecer?

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

Iusnaturalismo y positivismo jurídico

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

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

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

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

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

3.LA IDEOLOGÍA BÁSICA DE LA DOGMÁTICA JURÍDICA

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

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

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

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

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

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

Algunos juristas llevaron, efectivamente, este programa adelante y formularon

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

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

Nosotros creemos que esta concepción no fue, sin embargo, tan perturbadora para la ciencia del derecho a causa de un fenómeno paralelo. El hecho fue que el racionalismo iusnaturalista influyó efectivamente en la reforma del derecho positivo. Sus cáusticas críticas acerca de la inorganicidad e imprecisión de las normas vigentes —muchas de ellas consuetudinarias— dieron impulso, a mediados del siglo XVIII y durante el siglo XIX, al movimiento de codificación. Al mismo tiempo, las ideas de la Ilustración se hicieron sentir con fuerza en el plano político iniciándose un proceso que llevó a la burguesía al poder, manifestándose a través de parlamentos que pretendían reflejar la voluntad general roussoniana.

4 Ross, Ali'. *Sobre el derecho y In justicia*, EUDEBA, Buenos Aires, 1963. p. 241.

De este modo, el sistema jurídico ideal que, en contraposición al orden positivo, formulaba el racionalismo iusnaturalista pasó a concretarse legislativamente. Este hecho trascendental en la historia del derecho modificó sustancialmente la actitud de los juristas hacia el orden positivo. Los nuevos códigos ejercieron una real fascinación sobre los hombres de derecho; no pudieron eludir la sugestión —en parte justificada por las evidentes ventajas

técnicas que presentaban esos cuerpos sobre el derecho anterior— de que por fin se había dado con un sistema racional que reflejara en sus más íntimos aspectos la naturaleza humana y se fundamentara en la voluntad general. Pensaban que se habían descubierto los principios últimos, inmutables y absolutos, que rigen la convivencia del hombre en sociedad.

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

A pesar de responder a la misma ideología iusnaturalista, hay una relevante diferencia de actitud entre los juristas anteriores al movimiento de codificación. Domat y Pothier, por ejemplo, en sus tratados, construían un sistema de normas jurídicas "según su orden natural" (tal como se llamaba la obra del primero) y sólo basado parcialmente en el derecho romano y en las costumbres francesas —en tanto y en cuanto coincidieran, por accidente, con la razón aplicable a todos los países y a todos los tiempos. Los comentaristas del Código de Napoleón, en cambio, como Troplong y Demolombe, por considerar a ese cuerpo la expresión misma de la razón natural, se veían obligados a justificar todas las soluciones en algún artículo concreto del código. La misma ideología fundamentaba actitudes opuestas a las originadas dado el cambio de la legislación positiva en el sentido postulado por el racionalismo.

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

La nueva actitud se extendió y desarrolló tanto entre los juristas que estableció una cesura muy clara entre los presupuestos, los métodos y las funciones de la labor jurídica en los periodos anterior y posterior a la codificación. La labor de los exegetas se puede distinguir aún neta mente de la de los glosadores. Obsérvese si no la diferencia que existe respecto al mismo

tema entre, por ejemplo, el desarrollo de los comentaristas del artículo 39, inciso 39 del Código Civil francés que determina la extraterritorialidad del estatuto personal y la famosa glosa de Acursio que extrajo una conclusión equivalente de la ley *cunctos populus* del Código de Justiniano, cuyo texto afirmaba simplemente que los súbditos del imperio debían profesar la religión cristiana. Aunque se diga que con respecto a esta escuela sólo hay una diferencia de grado de sujeción a los textos, afirmación que debe tomarse con reservas, la misma es tan grande y clara que justifica que digamos que en este periodo surgió una forma original de labor jurídica y una actitud del jurista hacia el derecho positivo.

Es necesario destacar que la actitud de respeto y sujeción de la exégesis hacia el orden establecido no se debió sólo a la coincidencia de éste con los ideales a los que se adherían los juristas de la época, sino también a determinadas características técnicas que ofrecía ahora el derecho. El derecho anterior a la codificación de los siglos XVIII y XIX era un conjunto de disposiciones asistemáticas, incompletas, muchas veces contradictorias, dictadas bajo la presión de necesidades específicas, con un grado muy grande de imprecisión, que variaban según las distintas regiones y con datos y cuyo origen era generalmente consuetudinario. Estas características hacían que fuera, en general, muy difícil identificar con precisión el derecho positivo, por lo cual el jurista tenía un amplio juego de normas para justificar determinada solución. Siempre era posible encontrar una disposición legal o una *coutume* en apoyo de determinada tesis jurídica. Ahora el jurista se encontraba con un cuerpo orgánico y con un alto grado de completitud y coherencia compuesto por relativamente pocas normas. Esto representó un fenómeno nuevo en la historia del derecho. Ni aun la célebre codificación justiniana reunía estas propiedades, ya que era simplemente una recopilación sistemática de leyes, edictos, senadoconsultos, opiniones de los juristas, etcétera. Con la codificación el jurista podía identificar con precisión el derecho positivo, y su campo de posibilidades interpretativas se estrechaba considerablemente. Además, conocía las razones que daban origen a las distintas normas y reconocía a un legislador de carne y hueso detrás de las mismas, que expresaba sus fines al sancionarlas, que daba ejemplos de aplicabilidad de esas normas, que señalaba su extensión, etcétera. (6)

Cuando decimos que este fenómeno histórico, determinado por un cambio en la legislación positiva y una modificación de la actitud del jurista respecto a la misma, estableció una verdadera censura en la historia de la jurisprudencia, no queremos significar que este hecho sea absolutamente singular. Por cierto que hubo periodos en que se produjeron cambios relevantes en el papel de jurista, como el que relata Ihering (7) cuando se refiere a la influencia que tuvo la institución de la pretura en Roma respecto a la modificación de la labor de los juristas. Esos cambios generales estuvieron determinados por la misma causa

que provocaron el que en esta oportunidad estudiamos: una modificación del derecho positivo de modo de hacerlo más fácilmente identificable y una coincidencia del nuevo orden con los ideales de los juristas. Es posible que haya un movimiento de avance y regreso y que transcurrido cierto tiempo los juristas comiencen a hacer lo que Ihering (8) ha llamado "una guerra tranquila contra la ley" una vez que sus ideales van cambiando, las circunstancias fácticas se van modificando, el derecho se va haciendo menos sistemático, completo y coherente (por vía de reformas parciales, agregados, interpretaciones jurisprudenciales contradictorias etcétera). Pero el movimiento que consideramos se destaca de los anteriores por varias razones: nunca los ideales de los juristas fueron tan explícitos e influyeron tanto en la reforma del derecho positivo como los del racionalismo, nunca la legislación positiva tuvo un grado tan alto de sistematización como la codificación de los siglos XVIII y XIX y nunca los juristas reflexionaron tanto sobre su nuevo papel y sus nuevos presupuestos como después de esa codificación. De tal modo que aunque en periodos posteriores, como en seguida veremos, se sintieron pequeños movimientos del *torno e ritorno*, a los que acabamos de referirnos, en ese momento se lanzaron las bases de una nueva ideología de los juristas que todavía está vigente. (9)

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

7 Op. cit., p. 256.

8 O. cit., p. 275.

9 Como decimos en la introducción, tal vigencia está limitada a determinado ámbito geográfico, a saber: el de la Europa Continental, incluyendo en cierta medida a los países escandinavos y algunos de los socialistas —notablemente Polonia, como lo muestran los trabajos que citaremos en el capítulo V, y el de Iberoamérica. Obviamente hay que excluir a los países en que predomina el sistema del common law —en primer lugar, Inglaterra y Estados Unidos. Aun dentro del ámbito de influencia del derecho romano, la vigencia de esta ideología es desigual. En la América hispánica quizá tiene más fuerza que en Europa, en donde el derecho privado y en algunas ramas del derecho público, no así en el derecho penal, tiende a imponerse la ideología de la jurisprudencia de intereses.

En las épocas posteriores hubo fuertes reacciones contra la exégesis y, en general, contra el llamado "conceptualismo jurídico".(10) Las mismas vinieron por vía de escuelas jurídicas como la llamada "científica", la "del derecho libre", la "jurisprudencia de intereses" (11) y por corrientes de motivación netamente política, como las que correspondían al marxismo y al fascismo que atacaban las bases ideológicas de la escuela exegetica. Las críticas eran variadas y con distinto fundamento; unos oponían una concepción iusnaturalista diferente a la que fundamentaba el racionalismo (muchos proponían una vuelta al derecho natural teológico) ; otros clamaban contra el congelamiento del derecho que llevaba esta escuela; se exigía atender a las fuentes "reales", a la realidad social; se rechazaba la restricción de la función judicial implicada por la teoría exegetica, afirmando que la sentencia judicial no es la conclusión de un silogismo, sino que es el resultado de la apreciación de una serie de factores

axiológicos y sociológicos; se imputaba a la exégesis responder solapadamente a los intereses de la burguesía, etcétera.

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

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

11 Esta corriente es, quizá, de todas las mencionadas en el texto la que contó con más lúcidos pensados-es y un esquema conceptual más claro. Los representantes más relevantes de la jurisprudencia de intereses, o escuela de Tübingen, fueron Gustav y Max Rümelin y Philipp Heck, y reconoce como antecedentes a: Ihering, en la segunda etapa de su elaboración teórica, Gustav Hartmann y Otto Wendt, entre otros. El combate de esta escuela no fue directamente contra la exégesis, sino contra la "jurisprudencia de conceptos", pariente más próspero de la anterior, que describimos en la nota precedente. La *Interesáenjuris prudenz* mostró agudamente los vicios más gruesos del método de la escuela conceptual. En especial, puso de manifiesto que los juristas que adhieren a los postulados de esa escuela realizan una efectiva reformulación del derecho legislado, aunque encubren esa actividad mediante presuntas operaciones lógicas a partir de tal derecho, que, en realidad, padecen de falacias tales como la de guaternio terminorurn o equivocación. De este modo, por ejemplo, se aprovecha un término ambiguo, usándolo en ambos de sus significados sucesivamente o se utiliza una clasificación para establecer nuevas reglas jurídicas que no fueron previstas cuando la clasificación fue hecha o se derivan normas jurídicas originales de conceptos creados para explicar las existentes (algunas de estas técnicas de modificar encubiertamente el derecho legislado son

estudiadas en los dos capítulos siguientes de este libro) . Los representantes de esta escuela reconocen que este método de la corriente conceptualista tiene la ventaja de asegurar la confianza del juez en la certeza y objetividad de sus fallos, pero a costa de que, cuando debe adoptar una decisión lo haga por otras razones que la consideración de las consecuencias prácticas o, aun cuando éstas sean tenidas en cuenta, que no sean evaluadas manifiestamente de tal manera de permitir el control y el juicio crítico. Los postulados de la "jurisprudencia de intereses" pueden ser resumidos como sigue: a) la ley es la fuente del derecho preeminente, aunque se hace hincapié en que el derecho legislado no siempre es preciso, completo y coherente. De esta forma la Interessenjurisprudenz se distingue de la Escuela del Derecho Libre que postulaba la facultad de los jueces de dejar de lado abiertamente un texto legal, lo cual aquella corriente sólo admite, según la mayor parte de sus exponentes, en el caso de que se hubiese creado una costumbre jurídica contra legem; b) la interpretación de los textos legales no debe ser literal, sino que tiene que detectar los intereses que ha querido satisfacer el legislador al formular sus normas, debe ser una interpretación "inteligente" (Heck). Esto es muy distinto de la apreciación de la finalidad de la ley, como lo exigía la Jurisprudencia teleológica, pretensión que, en la mayoría de los casos, sólo puede obtener una respuesta vacua; c) en el caso de algunas contradicciones o imprecisiones del derecho legislado, el juez está ampliamente facultado para formular abiertamente nuevas normas; d) la formulación de normas originales por parte de los jueces debe hacerse consultando los intereses afectados por aquéllas: en primer lugar, contemplando la evaluación que hace el legislador para casos análogos en segundo término, suponiendo cómo resolvería el legislador un conflicto como el que debe resolver el juez y, por último, decidiendo según su propio criterio; e) la tarea del juez no es, en consecuencia, puramente cognoscitiva ni, menos aún, mecánica, sino en buena parte valorativa y creativa; f) la ciencia del Derecho es una ciencia práctica, como la Medicina, y tiene por finalidad asistir a los jueces en su tarea, mediante: 1) la recomendación de adoptar ciertas normas para resolver los conflictos, y 2) haciendo una labor de sistematización (Heck). La consideración de las consecuencias prácticas de las normas propuestas por la ciencia jurídica, hace que ésta necesite de la contribución de otras ciencias sociales tales como la Economía y la Sociología. Para un análisis más detallado de esta escuela ver el magnífico volumen citado en la nota anterior. 12 op, cit., p. 8.

Significaría una grave imprudencia despreciar la profundidad de algunas de estas críticas y la influencia que ejercieron en la tarea de los juristas. Sin embargo, lo cierto es que tales reacciones no pudieron alterar sustancialmente la adhesión de los juristas posteriores a uno de los principios básicos sentados por la exégesis. Esta escuela había formulado dos axiomas para la tarea del jurista, como bien lo afirma el profesor Sebastián Soler: (12) 1) la preeminencia otorgada a la ley como fuente del derecho; 2) la voluntad del legislador como único criterio para asignar significado a la ley. Los duros embates de la reacción lograron, efectivamente, circunscribir y relativizar el segundo axioma proponiendo nuevos criterios para adjudicar sentido a la ley; pero con respecto al primer postulado, las críticas tuvieron un efecto absolutamente atenuado. Las costumbres, las consideraciones pragmáticas, las circunstancias sociales, el juego de intereses, fueron tenidos en cuenta explícitamente para justificar una solución jurídica dentro del ámbito de la ley o en el caso de lagunas normativas; pero raramente esos elementos fueron suficientes para fundamentar una solución en contraposición al texto de la ley. Todos los embates de la reacción

no pudieron desalojar a la ley positiva del primer lugar en la ideología de las fuentes del derecho. Las críticas a la exégesis fueron esclarecedoras al poner de relevancia las múltiples consideraciones que influyen en las decisiones jurisprudenciales y cumplieron una efectiva función al relativizar el papel de la voluntad del legislador en el proceso de asignar sentido a la ley; pero no modificaron sustancialmente la actitud de los juristas hacia el derecho legislado, actitud que desde la codificación se mantiene constante hasta nuestros días y constituye una característica distintiva de la labor dogmática.

4. LA ACEPTACIÓN DOGMÁTICA DEL DERECHO POSITIVO

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

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

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

Hay una diferencia relevante entre incluir una norma en un sistema porque se esté de acuerdo axiológicamente con ella, y aceptarla valorativamente porque se la ha incluido en el sistema en base a criterios objetivos. No siempre se ha

percibido esta distinción que, sin embargo, juega un papel fundamental en la ideología jurídica. Al lado del iusnaturalismo abierto, que descalifica como derecho al orden positivo que no cumple con ciertos cánones valorativos, se encuentra el iusnaturalismo encubierto y conservador que juzga todo orden coactivo como portador de determinados valores positivos.

Han sido Bobbio (13) y Ross, (14) sobre todo, quienes han puesto de manifiesto esa ideología, a la que se ha confundido con frecuencia con el positivismo jurídico. El primer autor describe así los postulados de esta corriente, a la que denomina "positivismo ideológico":

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

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

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

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

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

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

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

Es necesario formular algunas aclaraciones:

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

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

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

La segunda aclaración nos lleva a contestar el interrogante acerca de si la

aceptación de las normas por parte del jurista es "dogmática" o "racional", en el sentido que expusimos en 1) .

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

De este modo, la aceptación por el racionalismo y la exégesis de las normas positivas no era "dogmática", ya que se basaba en una previa confrontación con criterios valorativos aceptados de antemano. Era una aceptación "racional" porque se fundamentaba en el hecho de que el derecho positivo cumplía, por lo menos en sus grandes lineamientos, con los postulados del liberalismo burgués y con las pautas técnicas recomendadas por la ideología vigente: Pero el legado permanente del racionalismo y de la exégesis no consistió, principalmente, en sus criterios valorativos, sino en la actitud de adhesión hacia el derecho positivo. De tal modo que en esa actitud se separó de sus motivaciones para pasara depender, casi exclusivamente, del simple hecho de estar frente a un orden positivo. Así se fue constituyendo la ideología descrita por Bobbio y Ross en los párrafos citados.

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

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

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

En tercer lugar, es necesario aclarar que la aceptación dogmática del orden positivo, por parte del jurista, no implica que todos los hombres de derecho tengan la misma ideología y que ella sea coincidente con la que se manifiesta en el derecho vigente. Es obvio que entre los juristas, como en cualquier grupo humano, encontramos adhesiones a las más divergentes tendencias de las que componen el caleidoscopio ideológico. Lo cierto es, sin embargo, que los dogmáticos generalmente estiman conveniente, como un importante ideal de su actividad, dejar de lado sus opiniones personales, cuando realizan tal actividad, para limitarse a describir objetivamente el derecho positivo. Pero esa descripción objetiva encierra casi siempre directivas encubiertas a los jueces

para que apliquen el derecho positivo tal como es; de tal manera que, aun en los juristas más revolucionarios respecto al orden vigente, se advierte que consideran altamente valioso que, mientras el derecho no cambie, sea aplicado sin excepciones y discriminaciones por los órganos y los jueces encargados de hacerlo. De este modo los juristas generalmente adhieren a la necesidad de hacer una pulcra distinción entre lo que Ross (18) llama "conciencia jurídica formal" y "conciencia jurídica material". Por un lado, la aceptación del derecho por el solo hecho de serlo, es decir, por derivar de ciertos órganos competentes y con general vigencia. Por el otro lado, la valoración del sistema y de cada una de sus normas con la intención de influir en la efectiva reforma del mismo, sea por los procedimientos establecidos o sea por medios extrajurídicos.

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

las variaciones en las preferencias sociales. Mientras el ideal manifiesto de la aplicación del derecho tal como es, satisface la expectativa de seguridad jurídica, la función no reconocida de reformular el derecho, permite la adecuación del mismo a las pautas valorativas vigentes.

18 Sobre el derecho . . . , tit., p. 34.

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

Es necesario destacar, por último, que casi nunca el dogmático es consciente de su función creadora de derecho, por lo cual su esfuerzo de hallar fundamentación legal para las soluciones que propone, responde generalmente a la creencia sincera de que las mismas se hallan incluidas de alguna manera, a veces misteriosa, en el sistema jurídico vigente y que su función consiste en descubrirlas. De tal modo la aceptación dogmática del derecho positivo y la propuesta de soluciones valorativamente adecuadas no presenta generalmente para el jurista un conflicto de ideales, aunque de hecho su adhesión al derecho tal como fue formulado se resienta. Para la dogmática la ley es la ley, pero también la ley ofrece la suficiente flexibilidad como para satisfacer, casi siempre, las expectativas acerca de las soluciones adecuadas para los casos que se presentan.

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

5.KELSEN Y LA RECONSTRUCCIÓN DE LA IDEOLOGÍA DOGMÁTICA.

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

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

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

El concepto de "validez" ocupa un lugar central en la teoría pura del derecho, a pesar de lo cual no está definido unívocamente. A veces se identifica esta propiedad con la derivación de una norma con otra de nivel superior, otras se dice que consiste en la "existencia específica de las normas" y aun en otras se afirma que consiste en la "fuerza obligatoria de una norma". (22) En el último sentido, que es el que aquí interesa, la afirmación acerca de la validez de una norma significa que los individuos deben comportarse como esa norma lo establece. (23) Ante esta conclusión, Ross se pregunta: ¿en qué consiste el deber de obedecer el derecho como algo diferente a los deberes que el mismo derecho impone?

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

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

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

Para Kelsen, una norma es el significado subjetivo de un acto que permite, habilita o declara obligatorio el ejercicio de la coacción. (25) Pero no toda norma es una norma jurídica válida, sólo lo son aquellas a las que,

presuponiendo cierto postulado epistemológico, se les otorga significado objetivo coincidente con el subjetivo. Estas normas son las normas -verdaderas" porque son las que deben ser obedecidas. (26)

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

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

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

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

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

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

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

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

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

dogmática, ser apartadas de la investigación objetiva y sólo formularse para propugnar una reforma del sistema.

Ambrosio Gioja (28) ha señalado, con acierto, esta característica de la teoría kelseniana: una norma es objetiva cuando no está originada en el mero deseo de alguien, sino que ese deseo o expresión de voluntad está determinado por otra norma que lo califica como autorizado, permitido u obligatorio; pero esto nos introduce en una cadena en que habrá que terminar en un nivel en el cual la expresión de voluntad no esté determinada normativamente, por lo cual la norma resultante sería subjetiva y no justificaría que afirmáramos que las normas que derivan de ellas son objetivas.

Para evitar esto Kelsen presupone una norma por encima de la primera norma positiva del sistema. Gioja observa que esa norma presupuesta debe implicar una voluntad presupuesta y que no hay ninguna razón para pensar que por el solo hecho de ser presupuesta esa voluntad sea objetiva, lo cual nos presentaría la misma dificultad que se intenta resolver. La única solución del dilema, afirma Gioja, consistiría en sostener que esa voluntad presupuesta es de un tipo especial, a saber: una voluntad intersubjetiva, la voluntad de todos nosotros, la voluntad general, que es opuesta a la voluntad subjetiva de un individuo o de cualquier grupo de individuos. Esta voluntad general no quiere directa mente nada, sino que quiere indirectamente lo que dispone la autoridad que monopoliza el aparato coactivo. La voluntad de todos se adhiere a la voluntad de quien se hace obedecer.

28 *'La norma fundamental'*, en *"Notas de Filosofía del Derecho"*, *La Ley*, vol. y, p. 18.

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

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

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

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

Creemos que lo visto recién se vincula con la crítica que le hace Ross a Kelsen acerca de su afirmación sobre la estructura lógica de las pro posiciones de la ciencia del derecho (en el sentido de ser juicios de "deber ser" puramente descriptivos). Kelsen se empeña, aun en sus últimas obras, en sostener su opinión inicial. Sería insólita esta actitud de iusfilósofo ante una crítica tan clara y fundada si no fuera porque esta concepción tan extraña refleja confusamente, según creemos, también aquí un aspecto importante de la estructura de la dogmática jurídica.

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

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

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

Concordamos con esta afirmación de Ross, pero con la prevención de que, si queremos construir un esquema de ciencia jurídica, es conveniente que previamente tengamos una idea cierta de cuáles son los presupuestos, métodos

y funciones de la dogmática jurídica vigente, para separar los distintos aspectos de la misma y reconstruir sus reglas de procedimiento para adecuarlas al objetivo de una descripción racional de la realidad jurídica. Si no se procede así, es muy probable que aunque el esquema propuesto sea inmejorable desde el punto de vista metodológico, sea poco factible de ser aplicado; porque a los juristas les será difícil advertir el parentesco que tiene con la actividad que ellos efectivamente realizan, ni sus ventajas con respecto al método que utilizan, que es lo que ocurre con el esquema de ciencia del derecho propuesto por el mismo Ross, como lo hace notar Eugenio Bulyguin. (32)

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

30 *Op. cit.*, p. 426.

31 *El concepto de validez Op. Cit.*.... p. 43.

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

III. LA REFORMULACIÓN DEL SISTEMA LEGISLADO MEDIANTE LA INTERPRETACIÓN DOGMÁTICA 43

1.La búsqueda de "la" acción descrita en los tipos penales .

2.La reformulación del sistema legislado.....53

III. LA REFORMULACIÓN DEL SISTEMA LEGISLADO MEDIANTE LA INTERPRETACIÓN DOGMÁTICA.

La aceptación dogmática del derecho positivo por parte de los juristas no impide, como ya lo hemos dicho, que una función importante de la actividad de éstos consista en reformular el sistema legislado.

Evidentemente esta función es incompatible con la ideología expuesta en el ensayo anterior. Es interesante estudiar las técnicas que emplean los juristas para mantener el ideal de adhesión al derecho legislado, conservando en un plano no reconocido la actividad de modificar tal sistema.

En este ensayo tomaremos como ejemplo uno solo de los múltiples casos en

que esta técnica se desarrolla. Creemos que el ejemplo tiene algún interés, derivado del hecho de que muestra cómo cuestiones ver bales, que en el discurso cotidiano crearían solamente molestas pseudo-disputas, pueden tener consecuencias normativas relevantes.

1. LA BÚSQUEDA DE "LA" ACCIÓN DESCRITA EN LOS TIPOS PENALES

Cuando los penalistas encaran el análisis de un tipo legal, la primera pregunta que se proponen contestar consiste en determinar cuál acción está descrita por tal tipo.

En relación a algunas figuras delictivas la respuesta es simple; por ejemplo: hay unanimidad en que el tipo del artículo 79 del Código Penal argentino se refiere a la acción de matar.

Pero respecto a otros tipos, la pregunta origina profundas controversias, que demuestran a la vez, la confusión de algunas concepciones dogmáticas y la fuerza retórica del aparato conceptual de los juristas. Desarrollaremos algunos ejemplos de lo que venimos describiendo. El artículo 179, 21 parte del Código Penal argentino dice:

El que durante el curso de un proceso o después de una sentencia condenatoria, maliciosamente destruyere, inutilizare, dañare, ocultare o hiciere desaparecer bienes de su patrimonio o fraudulentamente disminuyere su valor y de esta manera frustrare, en todo o en parte, el cumplimiento de las correspondientes obligaciones civiles.

Es obvio que este artículo describe una disyunción de acciones genéricas que son las siguientes: destruir maliciosamente bienes de su patrimonio frustrando el cumplimiento de las correspondientes obligaciones civiles, inutilizar maliciosamente bienes de su patrimonio frustrando el cumplimiento de las, dañar maliciosamente bienes de su patrimonio frustrando el cumplimiento de las....., ocultar maliciosamente bienes de su patrimonio frustrando el cumplimiento de las....., hacer desaparecer maliciosamente bienes de su patrimonio frustrando el cumplimiento de las, y, disminuir fraudulentamente el valor de los bienes de su patrimonio frustrando el cumplimiento de las correspondientes obligaciones civiles.

Estas descripciones son de acciones genéricas, como todas las del Código Penal, ya que no determinan un agente ni una ocasión. (1)

Cada descripción hace referencia a una sola clase de acciones, a pesar de ser descripciones complejas en el sentido de que mencionan varias propiedades. También una acción individual puede ser objeto de varias descripciones o de

una descripción compleja, no implicando la pluralidad de descripciones la multiplicidad de acciones. (2)

El haber mencionado cuáles son las clases de acciones descritas por un tipo debería satisfacer a los dogmáticos, ya que responde a la pregunta acerca de cuál es la acción incriminada. Sin embargo, los penalistas no se sienten satisfechos con este reconocimiento y parecen buscar algo distinto.

En relación al ejemplo que consideramos, en la obra más completa e interesante que se ha escrito hasta ahora sobre el tema, Enrique Bacigalupo (3) afirma:

1 Von Wright, Norma y acción, una investigación lógica. Tecnos, Madrid, 1970.

2 Así como una misma cosa puede ser objeto de varias descripciones, lo propio pasa con una misma acción. Así por ejemplo: podemos describir una acción hipotética de Ticio de éstas, entre otras formas: 1) Ticio apretó el gatillo de su revólver; 2) Ticio disparó un proyectil en dirección al cuerpo de Sempronio; 3) Ticio mató a Sempronio; 4) Ticio se vengó de Sempronio. Que describamos a la acción de Ticio de alguno de estos modos depende de nuestros intereses. Si nuestro interés está centrado en resaltar la capacidad motriz de los dedos de Ticio, describiremos su acción de acuerdo a 1) ; si consiste ese interés en mostrar la puntería de Ticio, su acción será descrita como 2) ; en el caso que queramos poner de relieve la falta de respeto por la vida humana de Ticio, la descripción adecuada será 3) ; y si nuestro interés a determinar la capacidad de rencor de Ticio, indudablemente elegiremos a 4); como la descripción de su acción. El hecho de que las distintas descripciones correspondan a una misma acción o a diferentes acciones está en función del significado que le damos a la palabra "acción". Si en cambio, como lo hace V. Weight, convertimos a un determinado resultado en definitorio de cierto verbo de acción, cual quiera que éste sea, las descripciones de distintas consecuencias de un movimiento corporal, lo serán también de diferentes acciones. Para un análisis más detallado de la cuestión se podrá consultar el libro Consideraciones para una teoría de la acción, de Ernesto Garzón Valdés, Carlos Santiago Nino, Norberto Eduardo Spolansky y María Eugenia Urquijo, próximo a publicarse.

3 Insolvencia y delito, Depalma, Buenos Aires, 1970, p. 90.

El texto del nuevo artículo contiene varios verbos que crean problemas a la dogmática para determinar cuál es la acción y cuál es el resultado.

La respuesta que da este autor es que el verbo "frustrar" se refiere al resultado típico y no a la acción y que los verbos "destruir", "inutilizar", "dañar", "ocultar", "desaparecer" y "disminuir el valor" tampoco se refieren a la acción típica sino a los *medios* para llevarla a cabo. Para Bacigalupo la acción típica del artículo 179, 21 parte es "insolventarse". También se inclinan por esta posición Fontán Balestra y Millán.(4)

Creemos que este desarrollo puede esconder algún error de enfoque. Si definimos a "acción" como un movimiento corporal de un ser humano, con determinadas condiciones negativas, como por ejemplo: el ser que no se trate de un reflejo o el producto de la violencia de otro, es claro que el resultado no

forma parte de la acción (ocurre lo contrario en la definición que da V. Wright, de "acción") . (5) Esto, sin embargo, no es obstáculo para que las acciones no se puedan clasificar y, en consecuencia nombrar, atendiendo a sus consecuencias extrínsecas. Así, la producción de un cierto resultado es definitorio de "matar", "estafar", "romper", etcétera, aunque ese resultado no forma parte de la actividad del agente.(6)

No es, pues, un argumento válido decir que "frustrar las obligaciones civiles" hace referencia a un resultado y no a la acción, porque es posible que la acción se clasifique y se nombre por su resultado. Con la misma línea de argumentación se podría decir que "matar" también se refiere a un resultado y no a una acción.

En cambio podría ser un argumento fuerte, contra la tesis de que la acción típica es "frustrar las obligaciones civiles", el obvio hecho que en el uso común, y en el del legislador en ese mismo artículo, la expresión tiene una denotación más amplia que los actos descritos en el tipo. Podría estipularse un significado para la expresión "frustrar las obligaciones civiles" equivalente al de las descripciones de la figura, pero esta decisión tendría el grave inconveniente de hacer ambigua a la expresión en cuestión, dado el significado más restringido utilizado por el legislador.

Pero la palabra "insolventarse", propuesta por Bacigalupo y Fontán Balestra para referirse a la acción típica, tiene inconvenientes similares.

No está utilizada en el artículo, lo cual es una mera cuestión terminológica que no debilita esta tesis.

Los problemas van apareciendo cuando analizamos el significado que tiene tal término en el uso común y, sobre todo, en el derecho comercial.

4 Las reformas al Código Penal, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1968, p. 191.

5 Op. cit.

6 De la misma manera que no forma parte de un siamés el hermano con el que está unido anatómicamente, a pesar de que es definitorio de "siamés" el que un hombre esté unido anatómicamente con un gemelo. Ver la obra mencionada en la (2) .

La palabra "insolventarse" es ambigua en el sentido que se la utiliza con dos significados. Uno de ellos es equivalente a cesación de pagos. Ese significado debe rechazarse del análisis, ya que la cesación de pagos —entendida como la no satisfacción legítima de un crédito— es un presupuesto de la acción ("en el curso de un *proceso* o después de una *sentencia condenatoria*") y no puede, entonces, constituir la acción típica. El otro significado de "insolventarse" hace referencia a un estado del patrimonio en el que el activo tiene un valor inferior al monto del pasivo. "insolventarse" haría referencia, consiguientemente, a una acción cuyo resultado consistiera en una disminución del valor del activo por

debajo del monto de las deudas.

Es obvio que la denotación del término "insolventarse" con este significado, es, en cierto sentido, más amplia y, en otro, más estrecha que los actos que describe el tipo.

Es más amplia, como lo reconoce el mismo Bacigalupo, (7) porque no toda acción que produce esa consecuencia está incriminada. El autor mencionado afirma que la "insolventarse" está definida por los medios de lograrla. Esta manifestación puede significar algo inverso a las tesis que se venían sosteniendo, o sea, que el resultado se define por la acción que lo produce, cuando hasta ahora se decía que la acción típica se define por la insolventarse.

Por otra parte no es fácil entender qué se quiere significar cuando se dice que ocultar, destruir, etcétera, son "medios" para realizar la acción, cuando a su vez se trata de acciones. Luego analizaremos con más detalles este tipo de distinción.

También la denotación de "insolventarse" es más estrecha que la de los actos descritos en el tipo, pues ni lógica ni empíricamente es necesario que éstos provoquen que el activo valga menos que el pasivo. Pueden disminuir el valor del activo, pero éste seguir siendo superior al pasivo, o pueden disminuir un activo que ya valía menos que el pasivo. El hecho de que el tipo exija la "frustración" de las obligaciones civiles no es argumento a favor de la tesis, desde que se ha definido la "insolventarse" independientemente de esa frustración, por entender que éste es el resultado de la acción.

Por otra parte, es evidente que algunos de los actos descritos en el tipo no provocan insolventarse, como el ocultar bienes y hacerlos desaparecer, si se interpreta a la expresión fácticamente, (8) ya que en nada disminuye el valor del activo. Esto lleva a Bacigalupo (9) a sostener que no sólo se reprime la insolventarse real, sino también la ficticia o simulada. Pero la insolventarse simulada no es insolventarse, la cual implica que la acción típica no sería sólo la de "insolventarse", sino también la de "simular insolventarse".

7 *Op. cit.*, p. 92.

8 Nino, Carlos Santiago y Paixao, Enrique, *Algunos temas relativos a la insolventarse fraudulenta*, por publicarse. Allí se expone la tesis de que los actos de disposición jurídica no están comprendidos por el tipo, dado el significado de los verbos que se utilizan y el hecho de que sean casi los mismos que los del tipo de "daño".

Ante estos hechos se podría optar por estipular un significado para la expresión "insolventarse", equivalente a la de las descripciones con tenidas en el tipo. Esta decisión es plausible, pero puede tener el inconveniente, luego veremos si no buscado en cierta medida por la dogmática, de llegar a una

modificación del tipo si en el uso de la palabra "insolventarse" adoptáramos inconscientemente el significado que le da el uso común.

Pongamos otro ejemplo.

El artículo 173, inciso 29 del Código Penal argentino reprimía antes de la Ley 17.567 al que:

Con perjuicio de otro se negare a restituir o no restituyere a su debido tiempo, dinero, efectos o cualquier otra cosa mueble que se le haya dado en depósito, comisión, administración u otro título que produzca obligación de entregar o devolver.

¿Cuál es la acción descrita en este tipo? Soler (10) y Núñez (11) afirman que tal acción es la retención indebida. Nada hay que decir en contra de esta posición.

Por el contrario Ure (12) y buena parte de la doctrina penal afirman que la acción descrita en el artículo 173 inciso 2º es la de "apropiarse".

La última tesis comienza sosteniendo que la falta de utilización por el legislador de la expresión "apropiarse" es una mera cuestión terminológica, que no impide que se denomine así a las acciones descritas por el tipo. Este argumento sería válido y obvio si la expresión "apropiarse" tuviera el mismo significado que las descripciones formuladas por el legislador. Pero parece que las cosas no son así.

Los mismos defensores de esta tesis se encargan de aclarar que entender a la acción típica como "apropiarse" implica exigir como elemento subjetivo el *animus rem sibi habendi*, que no está mencionado en el tipo, aunque algunos pretenden deducirlo de la expresión "en perjuicio de otro", (13) lo cual constituye un error evidente. También se remarca la diferencia entre ambas descripciones cuando los defensores de esta tesis afirman que describir a la acción típica como "retención indebida" lleva a penalizar todo el derecho de las obligaciones. (14)

9 *Op. cit.*, p. 94.

10 Soler, Sebastián, *Derecho penal argentino*, t. iv, Tipográfica Editorial Argentina, Buenos Aires, 1951, p. 411.

11 *Derecho penal argentino*, OMEBA, Buenos Aires, t. tr, 1957, p. 367.

12 *E/ delito de apropiación indebida*, "Ideas", Buenos Aires, 1947, p. 89.

13 Romero, Gladys, *La acción típica del art. 173, inc. 29 del Código Penal*, en "Revista de Derecho Penal y Criminología", núm. 1, enero-marzo, 1968, p. 68.

¿Qué razón hay, pues, para describir a la acción típica como "apropiación indebida"? Una parece estar constituida por los antecedentes de códigos y proyectos nacionales y extranjeros. (15) Pero éste es un argumento insustancial, desde que para que esos cuerpos sean "antecedentes" deben estar vinculados

con la figura de que se trata y sólo los podemos considerar tales si se interpreta que el tipo describe la "apropiación", que es precisamente lo que se quiere demostrar.

Otro argumento análogo consiste en mostrar las semejanzas entre este tipo y el del hurto, afirmándose que ambos responden a la misma figura rectora. (16) La falacia aquí también es del mismo tipo que la anterior. Para saber si la acción del artículo 173, inciso 29 es semejante a la del artículo 162, tenemos que saber de qué acción se trata, y afirmar que responden a la misma figura rectora, supone haber resuelto la cuestión a favor de la "apropiación".

Luego vienen, como era de esperar, argumentos de índole "ontológica" o "estructurales". Quintano Ripollés (17) afirma, refiriéndose al Código español, que si bien las expresiones "apropiarse" y "sustraer" obligan a una duplicidad de contenido, ello es contrario a la "real estructura del delito". Ure (18) habla de que la " 'esencia' del delito consiste en la apropiación". Gladys Romero (19) afirma que es la esencia misma del delito que éste consista en apropiarse y que de allí toma su nombre de "apropiación indebida". La misma autora afirma, más adelante, que la reforma de la Ley 17.567 no ha cambiado nada al agregar la expresión "se apropiare" junto al "no restituyere" anterior y al "no entregare" introducido también por la reforma, pues "siempre el núcleo del tipo ha consistido en la 'apropiación' " (20) y "la reforma solamente explicita algo que el artículo ya contenía según la mejor doctrina". (21) Finalmente para Gladys Romero (22) "sólo cabe interpretar la expresión "no entregare o no restituyere" contenida entre comas, como manifestaciones externas de la apropiación, esto es pruebas o presunciones *de iure* del apoderamiento ya consumido.

14 Argumento de Gladys Romero citando a Maurach, en *op. cit.*, p. 63.

15 Romero, Gladys, *op. cit.*, p. 64.

16 Romero, Gladys, *op. cit.*, p. 67.

17 Tratado de la parte especial del derecho penal, "Revista de Derecho Privado", Madrid, 1964, t. u, p. 865; Romero, Gladys, *op. cit.*, p. 65.

18 *Op. cit.*, p. 92.

19 *op. cit.*, p. 68.

20 *Op. cit.*, p. 67.

21 *op. cit.*, p. 64.

22 *op. cit.*, p. 68.

No es necesario traer a colación aquí la vasta literatura (23) y sus argumentos, que ha puesto de manifiesto las confusiones conceptuales que se esconden detrás de la vana búsqueda de "esencias", naturalezas jurídicas", "significados verdaderos", "estructuras ontológicas", etcétera, etcétera.

Para dar cuenta de esa confusión con muy pocas palabras, basta decir que ella consiste en una falta de comprensión del funcionamiento del lenguaje y de su relación con la realidad. Lo que se considera "esencia" o "naturaleza" de una cosa o un fenómeno consiste en el significado del término que utilizamos para nombrarlo.

Afirmar que la "apropiación" está detrás del uso por el legislador de la expresión "no restituyere", constituiría sólo una forma metafórica de hablar, si bien comprensible, si los términos "apropiación" y "no restitución" tuvieran el mismo significado; sin embargo, tal suposición es, además, infundada, como lo demuestra el uso que los juristas hacen de ambas expresiones.

Cuando la autora que acabamos de citar afirma que la esencia del delito consiste en la apropiación y que de allí toma su nombre de "apropiación indebida", refleja quizá lo que Carnap (24) llama la "concepción mágica del lenguaje", que consiste en creer que hay una conexión esencial o natural entre una palabra y su significado.

Por cierto, que este modo de razonar no es exclusivo de estadistinguida escritora, sino que es propio del punto de vista filosófico aceptado corrientemente por los juristas.

Los dos ejemplos que hemos desarrollado son demostrativos de una concepción puesta de manifiesto recurrentemente por la dogmática.

Se trata de la pretensión, no siempre explícitamente expuesta, de que los tipos penales refieren acciones que se pueden identificar por otros medios que por el significado de los nombres o descripciones que el tipo contiene.

Con independencia del hecho de que las normas pueden ser ambiguas y que su significado es siempre, por lo menos potencialmente vago —lo que obliga generalmente a recurrir a otros elementos lingüísticos y extralingüísticos para adjudicarles un significado unívoco y preciso—, lo cierto es que el significado de las palabras que el legislador utiliza es determinativo de las acciones que regula.

Pensar que el legislador menciona determinada clase de acciones, independientemente de las palabras que utiliza, constituye un error conceptual. Cuando como dogmáticos nos referimos a esa clase de acciones, debemos utilizar un nombre o una descripción. Hecho esto, nos queda esta alternativa: o reconocemos que ese nombre o descripción tiene el mismo significado que los utilizados por el legislador, con lo cual haría mos simplemente un mero manipuleo verbal, o admitimos que tienen significado diferente, lo cual implica que esas acciones no están referidas por la descripción legal.

23 Para citar solamente un magnífico trabajo que ha difundido entre nosotros los estu dios sobre este tema. Véase Carrió, Genaro R., Notas sobre derecho y lenguaje, Abeledo Perrot, p.

73, véase también la lucidez monográfica de Eugenio Bulyguin, *Naturaleza jurídica de la letra de cambio*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1967.

24 *La fundamentación lógica de la física, Sudamericana, Buenos Aires, 1969, cap. XII.*

El legislador muchas veces describe en un tipo varias clases de acciones en disyunción. No hay ningún inconveniente lógico en formar con estas clases una más genérica, teniendo en cuenta las propiedades que tengan en común, que puede ser inclusive la de estar descritas en la misma norma. Si a esta clase genérica le damos un nombre, facilitaremos gran demente la comunicación jurídica. Pero no habremos descubierto nada nuevo, y al usar esa palabra mencionaremos las mismas acciones que describe el legislador.

Las descripciones de los tipos penales pueden ser complejas, en otros sentidos del recién expuesto.

Una figura penal puede describir una clase de acciones no por una propiedad sino por varias. Cada una de las descripciones alternativas del artículo 179, 21 parte, es compleja de este modo. Se describe a una clase de acciones, por ejemplo: por el efecto de la destrucción de un bien y el de la frustración del cumplimiento de las obligaciones civiles del agente, que debe estar conectado causalmente con el anterior. Si definimos "acción" como aquí lo hemos hecho, es obvio que en este caso se trataría de una clase formada por acciones que tienen dos con secuencias, vinculadas empíricamente.

Un tipo penal contiene muchas veces descripciones de varias clases de acciones en conjunción. Por ejemplo: el artículo 302, inciso 19 del Código Penal Argentino, exige el libramiento de un cheque sin provisión de fondos y el no pago a las 24 horas de la intimación. El artículo 119, inciso 39 del mismo cuerpo, exige el uso de fuerza o intimidación y el acceso carnal. Los artículos 109, 110 y 117 exigen para la punibilidad una imputación injuriosa o calumniosa y la ausencia de retractación. Una de las alternativas del tipo del artículo 106 consiste en haber incapacitado a la víctima y luego colocarla en situación de desamparo o abandonarla. El artículo 275 del Código Penal requiere jurar decir verdad y afirmar una falsedad o callar la verdad.

En todos estos casos es necesario que se den ambas de las acciones descritas para que puedan aplicarse las sanciones correspondientes. Sin embargo, los penalistas afirman que estas figuras contienen una acción principal o "núcleo del tipo", siendo las demás o acciones periféricas o medios para la acción principal o excusas absolutorias.

Llamar a una acción "periférica", "medio". o "excusa absoluta" parece no negar que se trate de acciones, a menos que se modifique el significado de la palabra "acción", de tal modo de hacerlo incompatible con esas calificaciones. Pero eso no se hace y, además, tales calificaciones no se caracterizan

claramente, de tal modo de contar criterios racionales para saber qué acción constituye el núcleo del tipo y cuál es "periférica", qué hecho es un "medio" para una acción y cuál es la acción, qué conducta es la acción típica y cuál constituye una excusa absolutoria.

Parece, pues, que las reglas de la teoría de la acción debieran aplicarse a toda conducta comisiva u omisiva descrita en el tipo como condición de la sanción. No obstante los penalistas no proceden así.

En el ejemplo que hemos dado del artículo 302, inciso 19 del Código Penal argentino, buena parte de las opiniones dogmáticas (25) afirman que las sanciones típicas son tanto "librar un cheque sin provisión de fondos", como no "pagarlo a las 24 horas", lo cual significa que se trataría de un delito plurisubsistente de acción y omisión. Hay unas pocas opiniones, sobre todo jurisprudenciales, (26) que entienden que el no pago a las 24 horas es una condición objetiva de punibilidad.

En cambio, en el caso de las calumnias e injurias, la opinión mayoritaria (27) se inclina por considerar a la no retractación como una condición objetiva de punibilidad, lo cual implica que la retractación es una excusa absolutoria.

En el ejemplo del artículo 106, se entenderá que la acción es abandonar a una persona (o colocarla en situación de desamparo) y el haberla incapacitado constituye un presupuesto fáctico que fundamenta el deber de actuar.

Respecto al ejemplo de la violación hay acuerdo en que la intimidación y la fuerza son medios mientras el núcleo del tipo lo constituye el acceso carnal.

25 Soler, Fontán Balestra, Gómez y reiterada jurisprudencia de la Cámara Criminal de la Capital Federal de La Plata, cfr. Alberto S. Millán, *El nuevo régimen penal del cheque*, Abeledo-Perrot, 1966, p. 165.

26 Por ejemplo, alguna jurisprudencia de la Cámara Nacional Penal Económico y la opinión de De La Rúa, cfr. Millán, *op. cit.*, p. 165.

27 Soler, *op. cit.*, t. ni, p. 317.

2. LA REFORMULACIÓN DEL SISTEMA LEGISLADO

La actividad dogmática consistente en encontrar una acción para cada tipo penal cumple funciones extraordinariamente relevantes, algunas manifiestas y otras latentes no reconocidas.

Empezaremos por analizar los últimos casos de acciones descritas en conjunción.

Definir cuál es la acción que describe cada tipo, en el caso de que se exijan

varias conductas, tiene, entre otras, estas consecuencias:

a) Determinación del comienzo de ejecución para la punición de la tentativa. Se dirá que se comienza a ejecutar el delito, cuando se empieza a realizar la acción típica y no las "periféricas", los "medios", las "condiciones de punibilidad". Así la violación se comienza a ejecutar cuando se empieza con el acceso carnal y no con la aplicación de fuerza o con el desarrollo de las amenazas.

b) Determinación de la autoría. Es "autor" quien realiza la acción principal y no los medios para la misma. Respecto a la violación, una consecuencia lógica, que no todos aceptan, de la tesis de que el núcleo del tipo consiste en el acceso carnal, es que los que sujetan a la víctima para que otro tenga contacto sexual con ella, no son autores sino partícipes necesarios.

c) Concurso. Si la acción principal se da junto con más de un "medio" se tratará de un solo hecho y no de varios. Si el acceso carnal se tiene con violencia o amenazas a una menor de 12 años se tratará de un solo hecho. En el caso del artículo 179, V parte, si la insolvencia o la frustración —según sea la tesis— se obtiene mediante el ocultamiento, la destrucción y la ocultación de bienes, se tratará de un solo hecho.

d) Antijuridicidad. La conducta del agente será antijurídica si realiza el núcleo del tipo, aunque no los medios o las condiciones de punibilidad, lo cual si bien excluye la sanción penal, deja intacta la responsabilidad civil. Si el autor de una imputación calumniosa se retracta, su acción será no obstante antijurídica.

e) Culpabilidad. El elemento subjetivo del agente no es necesario que se dirija a las acciones "periféricas" o las "condiciones objetivas de punibilidad", sino exclusivamente al núcleo del tipo. En el caso de la violación de una menor de 12 años, creyendo el agente que tiene mayor edad, parecería que no se da ni el tipo de violación, por ausencia del elemento subjetivo, ni el de estupro, por ausencia del elemento objetivo constituido por la edad mayor de 12 años. Algunos (28) han entendido que en el ejemplo se ha configurado el delito de violación, pues no es necesario que el dolo del agente abarque con certeza la edad de la víctima, sino el núcleo del tipo configurado por el acceso carnal. Si el "no pagar a las 24 horas" del artículo 302, inciso 19 se entendiera como una excusa absolutoria, no eximiría de pena al agente el haber creído que había pagado.

28 Núñez, *op. cit.*, t. rv, p. 265, quien distingue entre la exigencia de dolo directo para el acceso carnal y la suficiencia del dolo eventual en relación a las condiciones de la víctima. El argumento es que la intención dirigida a la edad de la víctima no integra el corpus del delito.

f) Prescripción. La prescripción de la acción penal se cuenta a partir de la comisión del núcleo del tipo. Respecto al artículo 302 del Código Penal, la mayoría de la doctrina (29) entiende que se cuenta a partir de las 24 horas de la intimación, y no del libramiento del cheque. En cambio las opiniones 30 que sostienen que el no pago a las 24 horas de la intimación es una condición objetiva de punibilidad cuentan la prescripción desde el libramiento.

g) Lugar de ejecución. Si se interpreta, por ejemplo, que el núcleo del tipo del artículo 179, 21 parte del Código Penal, estaría constituido por la "frustración de las obligaciones civiles", la competencia correspondería al lugar donde está radicado el proceso tendiente a ese cumplimiento y no al lugar donde, por ejemplo, se destruyen los bienes.

Lo recién expuesto demuestra la relevancia de considerar a una conducta que es condición de la sanción como "acción" o como "medio" o "condición objetiva de punibilidad"; aunque, como ya hemos adelantado, parece no haber criterios definidos para fundamentar la demarcación.

En otro trabajo, 31 hemos tratado la relevancia que tiene el elemento antijuridicidad como característica definitoria de "delito". Hemos señalado que constituye la propiedad que permite distinguir entre todas las conductas que son presupuesto de la sanción. Hemos dicho también que las normas prohibitivas, respecto a las cuales se califica a una conducta como antijurídica, pocas veces están incluidas en el sistema legislado, siendo generalmente introducidas por los dogmáticos y los jueces en atención a las valoraciones vigentes. Esto queda claro con los ejemplos que expusimos: respecto al artículo 302, inciso 19 del Código Penal, las pautas valorativas vigentes no califican como disvalioso el mero librar un cheque sin fondos; esto es normal y aceptado en el tráfico comercial; recién cuando no se lo paga a las 24 horas de la interpelación, la conducta conjunta del agente aparece como antijurídica. Respecto a los artículos 109 y 110 del Código Penal ocurre lo contrario, ya que es un proceder antijurídico el injuriar o calumniar, con independencia de la retractación. Se da nuevamente el primer caso respecto al artículo 179, 2ª parte del Código Penal, aquí parece que no es antijurídico la conducta de ocultar o destruir, etcétera, bienes del propio patrimonio, sino cuando esto provoca la frustración del cumplimiento de las obligaciones.

29 Millán, *op. cit.*, p. 167.

30 Por ejemplo, la jurisprudencia de la Corte Suprema y el Plenario Gerlero de la Cámara Penal Económico, *cit. por* Millán, *op. cit.*, p. 167.

31 Nino; Carlos S., "La definición de delito", en "Notas de Filosofía del Derecho", núm. V, Buenos Aires, 1969.

punibilidad" y entre "núcleo del tipo" y "acciones periféricas", constituye una técnica de los juristas que presupone, en la mayoría de los casos, haber introducido, en el sistema normas de prohibición, definiciones o descripciones no incluidas por el legislador y, tiene la función latente de llenar lagunas, ya sean axiológicas, normativas o de reconocimiento, (32) respecto a la aplicabilidad de las normas que regulan el régimen de la autoría, de la tentativa, del concurso, de la responsabilidad civil, etcétera.

Cuando se trata de descripciones alternativas, los dogmáticos tienen la ocasión de formar una clase más genérica nombrándola con determinada palabra. Como ya lo hemos dicho, esto en sí mismo no implica una re formulación del sistema jurídico, sino que constituye simplemente una reclasificación que facilita la comunicación jurídica. Pero esta actividad puede convertirse en una técnica no reconocida de modificar el sistema legislado, 33 si no se advierte que el significado del término, con el que se nombra a la clase formada con las distintas subclases descritas en el tipo, abarca estrictamente las conductas a las que el legislador se refiere. A veces, éste es un proceso no deliberado, ni previsto al adoptar un nombre para hacer referencia a las acciones típicas. De este modo la expresión "insolvencia fraudulenta" ya es moneda corriente para referirse al tipo del artículo 179, 2ª parte, de tal modo que no sería extraño que, en el futuro, algún fallo judicial exija para la punibilidad, que el acto de destrucción de un bien propio, por ejemplo, deba producir una disminución del valor del activo por debajo de el del pasivo, y que este hecho cause la frustración de las obligaciones civiles.

32 Esta clasificación de las lagunas del derecho está desarrollada en el excelente libro próximo a publicarse de Carlos Alchourrón y Eugenio Bulyguin, Normative Systems, Viena, 1971, Springer-Verlag. En tosca síntesis, las lagunas normativas se refieren a la ausencia de solución normativa para un caso relevante en relación a determinado sistema, las axiológicas a la contraposición entre los casos relevantes para un sistema normativo en relación a ciertas soluciones y los casos relevantes según ciertas pautas valorativas y las lagunas de reconocimiento se relacionan principalmente con la vaguedad del lenguaje utilizado por el legislador. Aparte, se habla de "lagunas (de conocimiento)", con la que se hace referencia a la insuficiencia del conocimiento acerca de hechos.

33 Esa modificación se encubre mediante una aparente inferencia lógica que, en realidad, encierra la falacia llamada quaternio terminorum o de equivocación. En una de las pre misas de este tipo de razonamiento dogmático se usa una palabra determinada presuponiendo una estipulación de su significado como rigurosamente equivalente al de las palabras utilizadas por el legislador; pero se extrae una conclusión solamente justificable si se acude al significado que la palabra tiene en el uso común o en el técnico de la dogmática. La comisión de esta falacia es obvia en el caso de algunas interpretaciones —que hemos referido— respecto al art. 173, inc. 2º del C. P. argentino: Las expresiones "negarse a restituir o no restituir a su debido tiempo" puede ser resumida adecuadamente, se alega, con la expresión "apropiación indebida"; en el uso técnico de los juristas sólo se habla de "apropiación" cuando hay intención de hacer la cosa suya; ergo, se concluye, el art. 173, inc. 2º exige como requisito implícito el animus rem sibi habendi. La comisión frecuente de esta falacia por parte de los

juristas es percibida por Max Riemelin, "Developments of legal theory and teaching during my lifetime", en The jurisprudence of interests, Harvard University Press, 1948, p. 11.

Excepcionalmente esta técnica de modificación del tipo mediante el acto de nombrar se da aun cuando no se presenta la ocasión de formar una clase genérica con subclases alternativas. Ya expusimos el ejemplo del artículo 173, inciso 29, respecto al cual, mediante la denominación de "apropiación indebida", se restringe la clase de conductas incriminadas para exigirse la ocurrencia de un ánimo de apropiación.

Esta técnica de reformular las normas penales presupone, como hemos visto, concepciones teóricas generales, como la de la acción y la del tipo, que permiten justificar soluciones dogmáticas originales.

En general, la interpretación doctrinaria de las normas legislativas está determinada por un sistema de teorías, a cuyo análisis dedicaremos el próximo capítulo.

IV. LAS TEORÍAS DOGMÁTICAS: LA TEORÍA DEL BIEN JURÍDICO PROTEGIDO . 55

1.El bien jurídico protegido	55
El bien jurídico "propiedad"	56
Otros bienes jurídicos	61
La relación entre el delito y el bien jurídico	63
Bien jurídico, antijuricidad y términos teóricos.....	65
Las funciones de la teoría del bien jurídico.....	70
2.Algunas consideraciones acerca de las teorías dogmáticas ...	77
3.Conclusiones	80

IV. LAS TEORÍAS DOGMÁTICAS LA TEORÍA DEL BIEN JURÍDICO PROTEGIDO

La dogmática jurídica está constituida sustancialmente por interpretaciones de normas jurídicas determinadas. Pero esto no agota el contenido de esta actividad. Junto con la labor de establecer las consecuencias jurídicas de los textos legales, encontramos elaboraciones que trascienden la interpretación de un cierto sistema positivo. Estas elaboraciones dogmáticas son llamadas por los mismos juristas "teorías". Casos de teorías dogmáticas son por ejemplo: las teorías de la acción en *el* derecho penal, las teorías sobre el acto de comercio en el derecho comercial, las teorías acerca del enriquecimiento sin causa en el derecho civil, las teorías que versan sobre el concepto de ciudadanía en el derecho constitucional, etcétera.

Es de presumir que las llamadas teorías dogmáticas difieren entre sí en aspectos sustanciales y que, por lo tanto, el término "teoría" es usado con bastante imprecisión. Esto hace que cualquier generalización acerca de la estructura de las teorías dogmáticas, hecha en base al análisis de una determinada teoría o de un conjunto limitado de ésn..s, constituya un esquema con gran posibilidad de ser poco representativo.

Dados los límites de este trabajo no podemos, sin embargo, hacer más que

esto. Analizaremos un caso de teoría y veremos hasta qué punto son generalizables las conclusiones de ese análisis. La teoría que será materia de estudio es la del bien jurídico protegido, tema que ocupa un lugar central en la dogmática penal.

1. EL BIEN JURÍDICO PROTEGIDO

En general la expresión "bien jurídico", o alguna equivalente, no está utilizada en las legislaciones penales contemporáneas; no obstante, la dogmática sostiene que en los códigos penales se hacen menciones sistemáticas a distintos bienes jurídicos. Más que eso, incluso se sostendrá que es la legislación penal la que configura los bienes jurídicos.

El significado de la expresión "bien jurídico" es objeto de extensas controversias entre los escritores de derecho penal. No siempre, como es típico en la dogmática, se advierte que esta discusión no versa sobre hechos o sobre la captación de supuestas "naturalezas" o "esencias" de fenómenos, sino sobre el significado de palabras. La tarea consiste en estipular un significado para esta expresión de tal manera que la misma refleje en lo posible el núcleo central de los usos lingüísticos y cumpla la función que se le ha asignado en la teoría del delito.

Antes de analizar las distintas formulaciones que han pretendido otorgar significado a la expresión "bien jurídico", deben hacerse algunas aclaraciones:

1. Para la dogmática penal todo delito lesiona un bien jurídico. No es concebible un delito que no lesione un bien jurídicamente protegido. De este modo la lesión a un bien pareciera ser definitoria del concepto de delito.

2. El bien jurídico que se lesiona con el delito es distinto, para la dogmática penal, del objeto material afectado por el delito. En el delito de daño, junto con la cosa dañada o destruida, se afecta la propiedad, que es el bien jurídico protegido por la punición de este hecho.

3. Los distintos bienes jurídicos presentan una gran heterogeneidad. Evidentemente la vida, la propiedad, el honor, la honestidad, la administración pública, la tranquilidad pública, la fe pública, etcétera, son conceptos con notables diferencias categoriales entre sí. En este análisis tomaremos como referencia el bien jurídico "propiedad" haciendo luego algunas generalizaciones.

El bien jurídico "propiedad"

El delito de daño constituye el típico caso en que se afecta la propiedad; para la dogmática, con el daño no sólo se destruye o deteriora una cosa, se lesiona la propiedad de un determinado individuo. Pero con un poco de reflexión esto resulta difícil de entender. A las cosas las vemos y las tocamos, pero la

propiedad no está entre las cosas cuya existencia y características verificamos empíricamente. ¿Es que el mundo del jurista está más poblado que el mundo del común de los hombres? A primera vista parece que sí; para el hombre común sólo hay cosas, para el jurista, también hay bienes, para el primero sólo hay hombres de carne y hueso, para el último hay además personas jurídicas, etcétera.

Muchos juristas admiten la existencia de una realidad jurídica no siempre coincidente con la realidad "real". (1) Estos juristas nos hablan de presunciones o ficciones, de construcciones legales, de un mundo no empírico. En cambio, otros juristas no aceptan esta línea de pensamiento y proponen diversas referencias lógicas para las expresiones fundamentales del derecho. No es nuestra intención seguir en todas sus derivaciones estos intentos, sino en cuanto es necesario para el esclarecimiento del concepto del bien jurídico "propiedad". Hay entre muchas, dos posibilidades de conectar a la propiedad con hechos, que conviene referir.

1 Vid, por ejemplo, Santi Romano, Fragmentos de un diccionario jurídico. EJEA. Buenos Aires, 1964, p. 349, cap. "Realidad jurídica." "Como todas las demás realidades, la denominada realidad jurídica debe necesariamente encontrarse en una de las relaciones siguientes: o no depende de ellas y, existiendo por sí, se agrega a ellas, con las cuales ni está de acuerdo ni en desacuerdo; o se la incorporará al mando jurídico tomándola de otra esfera diferente de conocimientos, sin ninguna mutación o transformación; o, por último, se diferencia de ellas, y la diferencia puede ser mayor o menor y basta de distinta índole." La navaja de Occam haría su agosto con estas barbas jurídicas.

a) Según algunos teóricos del derecho, la propiedad no es más un conjunto de actos ejercidos sobre cosas. El propietario usa y goza de una cosa, la mejora, la degrada, etcétera. Ser propietario no es más que ejercer sobre un bien, actos de esta clase con cierta regularidad.

Pero, a poco que se analice esta posibilidad interpretativa, se verá que los casos en que se da el ejercicio regular de este tipo de actos, por parte de un individuo, no siempre coinciden con los casos en que se predica de un individuo el ser propietario de una cosa. Puede ser que el dueño haya arrendado la cosa y que, por lo tanto, no tenga el uso de ella. Puede ser que se la hayan robado, en cuyo caso el uso y goce será del ladrón y no del dueño. Es posible que el dueño haya olvidado totalmente de la existencia de un objeto de su propiedad, por lo cual ni lo usa, ni goza de ella, etcétera.

Para el tema que nos interesa es evidente, por lo dicho, que no siempre que, por ejemplo, se destruye una cosa, se afecta el uso, goce, etcétera, de la persona que pretendemos titular de un bien jurídico lesionado. Si al propietario le habían hurtado la cosa, su destrucción no le afecta el uso de la cosa que ya le estaba imposibilitado.

b) El fracaso de la primera alternativa lleva inevitablemente a proponer una segunda posibilidad. La propiedad es un conjunto de expectativas. El propietario puede no usar ni gozar de una cosa, pero tiene la expectativa de usarla y gozar de ella, si quiere.

Pero las expectativas o son hechos psicológicos o no es claro en que consisten. Y es obvio que no siempre el propietario tiene la expectativa de poder ejercer ciertos actos sobre sus cosas. Si se ha olvidado de la existencia de un viejo cajón arrumbado en el desván, no tiene expectativa alguna de poder usarla. Si le han robado un automóvil hace mucho tiempo, es posible que haya perdido toda esperanza de poder andar en él. Si ha arrendado un inmueble bajo el régimen de emergencia es posible que se vea más sorprendido si alguna vez puede vivir en él, que si se enterara que nunca más podrá utilizarlo.

Es evidente entonces que con el delito de daño, por ejemplo, no siempre al mismo tiempo que se destruye una cosa se frustra una expectativa de determinado individuo a quien atribuimos la titularidad del bien jurídico. Inclusive, puede ser que la expectativa de usar o gozar de la cosa la tenga un individuo distinto al propietario: el ladrón, el arrendatario, el futuro heredero que ambiciona los bienes de un pariente moribundo, etcétera.

Se han propuesto muchas más alternativas de identificar la propiedad con hechos. Ninguna de ellas resulta totalmente satisfactoria. Ante esto, muchos autores de filosofía jurídica, como Olivecrona y Ross, sostienen que el término "propiedad", como el término más general "derecho subjetivo", no tiene referencia semántica alguna. El pensamiento dogmático cree que hay determinados hechos condicionantes: tradición, accesión, aprehensión, sucesión, etcétera, que originan la propiedad, la que a su vez da origen a ciertas consecuencias jurídicas: derecho de gozar de una cosa, de reivindicarla, de venderla, etcétera. Pero no hay nada entre los hechos condicionantes y las consecuencias jurídicas, no hay ningún puente entre ambas clases de elementos.

Ross (2) afirma que, a pesar de lo que creen los juristas, cuando se usa el término "propiedad", no se hace referencia a ninguna entidad, sino que, se menciona, unas veces, la existencia de algún hecho condicionante y, otras veces, al conjunto de consecuencias jurídicas. Cuando decimos que Juan es propietario de una casa, pretendemos decir a veces que se le ha hecho tradición de la misma, o la ha recibido por sucesión, etcétera, y en otros contextos, queremos hacer referencia al hecho de que le está permitido usar la casa, o venderla, etcétera.

El término "propiedad" a pesar de no corresponderle ninguna entidad empírica, cumple, según Ross, una importante función técnica de presentación. Permite hacer referencia abreviada a una compleja regulación normativa, cuya mención expresa haría sumamente incómoda la comunicación jurídica.

Si adoptamos esta interpretación, que parece ser la más adecuada, ¿tiene sentido decir que con el delito de daño, por ejemplo, junto con la cosa destruida se afecta la propiedad?

Cuando un individuo participa en algunos de los hechos condicionantes referidos por el artículo 2554 del Código Civil argentino, recibe una cosa por tradición por ejemplo, se le reconoce un conjunto de facultades dispuestas en los artículos 2513 a 2523 del mismo cuerpo: derecho de poseer la cosa, de usarla, de gozar de sus frutos, de desnaturalizada, de degradarla, de reivindicarla, de realizar respecto a ella cualquier acto jurídico, etcétera.

La destrucción de la cosa está prevista en el artículo 2604 del Código Civil, que establece que ella extingue de una manera absoluta la propiedad. Ello quiere decir que la destrucción de la cosa funcionaría como un hecho condicionante negativo que implica la derogación de las con secuencias jurídicas establecidas en los artículos 2413 al 2523 del Código Civil. Esto significa que, con la destrucción de la cosa se derogaría el derecho de su último propietario de gozar de ella, usarla, realizar, actos jurídicos respecto a ella, etcétera. Pero esta derogación parece bastante extraña. El goce, el uso, la venta, etcétera, de una cosa implica la existencia de esa cosa. Usar algo que no existe es no sólo empíricamente imposible, sino también lógicamente imposible. Normar o derogar una norma respecto a una acción lógicamente imposible, como normar una acción lógicamente necesaria es, por lo menos banal. Daría lo mismo que el artículo 2604 del Código Civil estableciera que, la propiedad *no* se extingue con la destrucción de la cosa, es decir que, se mantuvieran las facultades de usar de ellas, de gozarlas, etcétera. Lo mismo es aplicable con respecto a los artículos 2451 a 2459, que establece que, la posesión se pierde en los casos de hurto o robo de la cosa, de usurpación de la misma, de imposibilidad física de ejercer actos posesorios, etcétera.

2 Ross, Alf., Sobre el derecho y la justicia. EUDEBA, Buenos Aires 1963, cap. vr.

Esta digresión sirve para que advirtamos que no se agrega nada a la afirmación de que con la destrucción de la cosa resulta imposible su uso, cuando decimos que, además cesa la permisión de usarla. La consideración del cambio de *status* normativo del propietario no agrega nada a la noción de que con la destrucción de una cosa se afecta generalmente al propietario, porque se le imposibilita el uso, goce, etcétera, de la misma. Queda como significativa solamente esta última aserción, lo que implica que, no en todos los casos de delitos contra la propiedad se afecta esta posibilidad, porque puede ser que ya no la hubiera y es posible que el que tenga la posibilidad de usarla no sea el titular del bien jurídico propiedad, sino otra persona como el ladrón, el arrendatario, o el heredero del moribundo.

La concepción difundida de que al término "propiedad" le corresponde un hecho real ha sido rebatida, con curiosa profundidad, por Hägerström." Este autor señala que no es posible hacer corresponder una base fáctica a las ideas sobre derechos subjetivos, entre los cuales se encuentra la propiedad. Afirma que tenemos una noción del objeto del derecho, que consiste en una "ventaja". Por ejemplo, la posesión tranquila de una cosa. Pero es difícil determinar qué hecho corresponde al derecho subjetivo a esa ventaja. Hägerström analiza algunas posibilidades de interpretación fáctica —protección del Estado, respeto ordenado por el Estado, prueba del título— pero termina rechazando a todas y concluyendo que, cuando hablamos de derechos subjetivos estamos presumiendo la existencia de poderes sobrenaturales que existen con independencia del poder real sobre las personas y las cosas. Son fuerzas misteriosas que sólo pueden ser manipuladas por medios mágicos. Hace un análisis del origen histórico de estas ideas en el derecho romano, demostrando que el *ius Civile* era un conjunto de reglas para adquirir poderes sobrenaturales por medio de actos mágicos. Desde el punto de vista psicológico, Hägerström, explica esta creencia en base al trasfondo emocional, ya que la idea de poseer un derecho subjetivo crea un sentimiento de poder aunque no tenga contrapartida fáctica.

3, *Fliigerstriim, Inquires finto the Nature of Lazo and Morals. citado por Olivecrona, Karl, Lenguaje jurídico y realidad, Centro Editor de América Latina, Buenos Aires, 1968, pp. y ss.*

En base a esta explicación de Hägerström, podemos tener una idea un poco más clara sobre nuestro tema.

El delito del daño, por ejemplo, afecta, según el sentimiento difundido, no sólo la cosa sobre la que se actúa perjudicialmente, afecta también el poder que creemos tener sobre esa cosa, aunque de hecho no lo ejerzamos, estemos imposibilitados de hacerlo o lo ejerza otro.

Así como ese poder no real se crearía por actos mágicos, también se destruiría por actos mágicos. El robo, como la tradición, por ejemplo, sería un acto que produce efectos supraempíricos. Al lado de la acción, empíricamente verificable, habría otra acción no perceptible por los sentidos que destruye una entidad no observable.

La destrucción de una cosa de nuestra propiedad, nos produce la sensación de que disminuye nuestro poder sobre el mundo, aunque de hecho no tuviéramos acceso a la cosa. Si se nos informa que nos han destruido una cosa que nunca utilizamos y que no teníamos la menor expectativa de usarla, sentiremos igualmente que nos han colocado en una situación de inferioridad en cuanto a nuestras facultades.

Lo que hasta aquí dijimos no implica negar que con el delito de daño, como con el de hurto, estafa, etcétera, se lesione, generalmente, el disfrute de bienes por partes del propietario o las expectativas acerca del uso o goce de los

misimos. En general la gente utiliza sus cosas más que las cosas de otros y tiene más expectativas respecto a los bienes de su propiedad que en relación a otros bienes. Es verdad que *generalmente* con estos delitos se afecta un interés del propietario de la cosa, lo que negamos es que, en *todos* los casos de estos tipos de delitos, se afecte *siempre* algo más que la cosa y que ese algo sea la propiedad, si a ésta la identificamos con alguna situación fáctica. Creemos que la ilusión de que la propiedad se lesiona en todos los casos proviene del pensamiento mágico expuesto por Hägerström

En los próximos párrafos daremos un panorama general de algunos de los otros bienes jurídicos, para después enunciar algunas conclusiones sobre el tema.

Otros bienes jurídicos

a) ***La vida***. Evidentemente la expresión "vida", aunque sumamente vaga, hace referencia a un fenómeno cuya existencia es verificable empíricamente. No es, por lo tanto, de la misma especie que la propiedad. Si el bien jurídico aquí está identificado con un proceso biológico, resulta obvia, por ser analítica, la afirmación de que el homicidio, por ejemplo, afecta en todos los casos también. Pero algunos autores seguramente con el deseo de mantener la simetría con otros bienes jurídicos, identifican a éste, no con un proceso biológico, sino con el interés, la expectativa o el derecho de que el mismo se desarrolle normalmente. Si se procede así en este caso, se reproducen los mismos problemas que analizamos en relación a la propiedad.

b) ***El honor***. Resulta uno de los bienes jurídicos de más difícil identificación. Se habla del honor objetivo, consistente en el aprecio que los demás tienen de una persona, y del honor subjetivo, que está constituido por la opinión que un individuo tiene de sí mismo, es decir de una autovaloración.⁽⁵⁾ Para los autores el delito de injurias tiene dos alternativas que corresponden a los dos aspectos del honor: la "contumelia", que lesiona al honor subjetivo y la "difamación", que afecta el honor objetivo. Pero curiosamente se afirma que la apreciación del alcance de la protección al honor subjetivo, debe hacerse según cánones objetivos y, a la inversa, que aunque la injuria sea merecida, según el consenso social, debe analizarse en los casos en que no está admitida la prueba de la verdad, si no se ha lesionado el aspecto subjetivo del honor. ⁽⁶⁾ Por este doble camino se hace difuso el concepto de honor, tanto en el aspecto objetivo como en el subjetivo.

Tal como está redactado el tipo de injurias (artículo 110 del Código Penal), es analítico que este delito lesiona el honor o el crédito de una persona. Sin embargo, y de acuerdo a lo que vimos recién, la interpretación vigente de esta

figura independiza la existencia de este delito de la efectiva comprobación de que se ha lesionado el aprecio que una persona tiene de sí misma o el que tienen los demás de ella, para pasar a exigirse solamente que se trate de una imputación perteneciente a una clase que en general tiene esos efectos. De este modo la conexión entre las injurias y la lesión al honor es contingente y no necesaria.

Con respecto a las calumnias (artículo 109 del Código Penal) , la relación del tipo excluye toda conexión necesaria entre el delito y la lesión al honor, bastando una imputación de una conducta criminal dolosa, aunque en un caso concreto el imputado no se siente afectado ni se deteriore su crédito social.

4 Vid. por ejemplo, Núñez, Ricardo C., *Derecho penal argentino*, °MERA, t. in, p. 21: -Los delitos comprendidos en esta clase (delitos contra la vida) atentan contra el derecho o interés que las personas tienen a que se respete su existencia material.-

5 Vid., Soler, Sebastián, *Derecho penal argentino* . , t. in, p. 224. Vid, Soler, S., op, cit., t. nt, p, 231.

c) La honestidad. Es objeto de extensas controversias entre los pena listas, la determinación del ámbito de referencia de este bien jurídico. Evidentemente los delitos que están comprendidos bajo el título que lo mienta se refieren al comportamiento sexual. Pero si bien el tema sexual aparece en todas las figuras, es evidentemente distinta la referencia que de él se hace en el delito de adulterio que en el de estupro, en la violación que en las publicaciones obscenas, en el abuso deshonesto que en la prostitución.

De las elaboraciones dogmáticas surge que el sujeto pasivo de estos delitos es el titular del bien jurídico. No se trata de la afección de la honestidad pública, salvo, en los atentados al pudor, sino de la lesión de la honestidad de una persona determinada. Pero ¿qué significa lesionar la honestidad de un individuo? Evidentemente no hay "honestidad", sino actos honesto o deshonestos. La violación por ejemplo, es un acto deshonesto, pero esto implica solamente que el violador es menos honesto que antes, no que haya disminuido la honestidad de la víctima. Es posible que por un proceso psicológico la violación de una criatura le produzca una deformación de la concepción sana respecto a la conducta sexual y la predisponga para un proceder deshonesto en este terreno, pero en todo caso esto constituye solamente una posibilidad y no permite una predicción universal. Incluso esta hipótesis es bastante improbable en el caso de una mayor de edad violada y menos aún en el caso de una demente.

En el delito de estupro (artículo 120 del Código Penal) , en el que se exige expresamente que la víctima sea honesta, no se ve tampoco cómo puede afectarse en todos los casos esa honestidad.

Si se dijera que por el solo hecho de ser víctima de un estupro la mujer ve

lesionada su honestidad, esto implicaría que no puede ser sujeto pasivo de este delito en dos oportunidades, ni tampoco puede ser víctima de este delito una mujer que ha sido violada, ya que por este hecho se vería también perjudicada su honestidad. (7) Obsérvese lo curioso del hecho de que este artículo 120 exija la honestidad del sujeto pasivo cuando es obvio que si no lo es, es generalmente porque ha sido víctima de un delito: ya sea violación o estupro. Parece como si el primer hecho diera piedra libre a todos los demás.

7 Soler afirma que es honesta la mujer que ha sido violada, pero que hay que considerar en sentido contrario la hipótesis en que la violación esté muy cercana a la seducción, porque en este caso presumiblemente la mujer no desconoce el sentido del acto sexual que realiza (op. cit., t. ni, p. 257). Creemos que a fortiori, habría que concluir que no es honesta la mujer que ya ha sido víctima de estupro.

La única forma de interpretar coherentemente los alcances de este bien jurídico es afirmar que son actos deshonestos e! tener relaciones sexuales antes de los 15 años, o mediante violencia, o si se es demente, o si se lo hace por precio, etcétera.

Entiéndase bien, éstos serían actos deshonestos por parte de la víctima. Por insólita que parezca esta interpretación, parece ser la única que permite afirmar que en todos estos casos se lesiona la honestidad del sujeto pasivo. Aún así, es difícil entender cómo se lesiona ésta en el adulterio y, evidentemente, quedan afuera de esta interpretación los atentados al pudor.

d) La libertad. Éste es el bien jurídico que, quizá, tiene límites más imprecisos. Es muy difícil encarar su análisis, evitando caer en disquisiciones metafísicas sobre la libertad humana.

Por otra parte, como bien dice Soler, (8) casi todos los delitos lesionan en algún modo la libertad, pues, en general, consisten en compeler a alguien a hacer algo que no quiere o en privarlo *de* algo que no le está prohibido. Por eso es muy difícil encontrar el aspecto de la libertad a que se refieren todas estas figuras, de tal modo que justifique su agrupación bajo un mismo título. La dogmática no le ha conseguido, es decir no ha hallado un común denominador de todos estos tipos, que sea a la vez específico en relación a las otras figuras que se encuentran clasificadas de modo distinto. Evidentemente no parece haber justificación para agrupar juntos al plagio, la privación de la libertad ambulatoria, los apremios ilegales, los tormentos, la violación de domicilio, de secretos, etcétera.

8. *op. cit., t. IV, p. 10.*

La única figura en nuestro Código Penal que se refiere a la libertad en sentido estricto, con que generalmente se dice que un condenado está privado de su

libertad, es la del artículo 141. Este artículo se refiere a la libertad de movimientos, y evidentemente *es* analítico decir que el delito descrito en él lesiona la libertad. Con respecto a las demás figuras sola mente con un concepto de libertad muy vago se puede afirmar que ésta, se ve perjudicada en todos los casos.

La relación entre el delito y el bien jurídico

Lo que hasta aquí tenemos dicho respecto al bien jurídico "propiedad" y las breves referencias en relación a los bienes denominados "vida", "honor", "honestidad" y "libertad", implican la conclusión que, si a estas expresiones las identificamos con situaciones fácticas, no siempre es verdad que un delito lesiona un bien jurídico. Cuando hablamos de la propiedad, trajimos a colación el desarrollo de Hägerström, receptado por otros autores, para intentar explicar la creencia de que determinados delitos, como el daño, lesionan siempre la propiedad, en adición al perjuicio en la cosa sobre la que actuó el agente. Pero la idea de que el término "propiedad" está conectado con el pensamiento mágico, no puede ser extensible, sin mayor análisis, a los otros términos que hemos referido, y, quizá, menos aún a otros conceptos que no hemos analizado, y que también hacen alusión a bienes jurídicos, como por ejemplo, el de administración pública, seguridad pública, etcétera. La afirmación "todo delito lesiona un bien jurídico" debe ser, pues, objeto de una consideración más fina. Creemos que la sentencia cine expresa que existe una conexión universal entre delito y bien jurídico, puede ser entendida en tres sentidos distintos que pasamos a exponer.

a) Como referida al significado de la palabra "delito". Si entre otras características definitorias de "delito" se incluyera la lesión a un bien jurídico, sería analítico, y por lo tanto lógicamente necesario, que todo delito ataca a un bien jurídico. Si adoptamos una definición semejante y a la expresión "bien jurídico" le diéramos alguna de las interpretaciones fácticas que se han propuesto, tendríamos que negarnos a denominar "delito" a un acto que no perjudicara, por ejemplo, una expectativa, un interés, un disfrute, etcétera. Es un hecho, como lo demostramos en las referencias al delito de daño, que la dogmática no hace depender la clasificación de un acto como delictivo de la comprobación de una consecuencia de esta especie. Evidentemente, esta definición de "delito" se apartaría, en forma considerable, de los usos lingüísticos respecto a este término, por lo cual, la proposición considerada no puede entenderse como un desarrollo del significado de la palabra.

b) Como descripción de las figuras delictivas de la legislación positiva. Es posible aceptar que la lesión a un bien jurídico sea definitoria de "delito", pero, al mismo tiempo, afirmar, que en todas las descripciones de conductas

delictivas en un determinado sistema positivo se incluye como requisito típico la lesión a un bien jurídico. En este sentido, si un acto no lesiona un bien jurídico no será delito, pero, no porque esta propiedad sea definitoria de la palabra, sino porque provocaría la ausencia de otra característica que sí es definitoria de "delito": la tipicidad.

Esta afirmación es, en primer lugar, contingente; pues los tipos penales pueden estar estructurados de tal modo de no incluir la lesión a un bien jurídico como requisito y, en consecuencia, es posible que sean delitos-conductas que no tengan este efecto. En segundo término, la afirmación es falsa con respecto a nuestro sistema, ya que, como vimos, hay una serie de figuras delictivas de daño, por ejemplo, que no exigen que se afecte un interés, una expectativa, un derecho subjetivo, si éstas fueran las alternativas de interpretación fáctica de la expresión "bien jurídico".

Con independencia del contenido de un sistema positivo, debe concluirse, entonces, que la sentencia "todo delito lesiona un bien jurídico", tomada con el sentido aquí expuesto, no es verdadera analíticamente, sino que es una proposición contingente.

c) Como una descripción de las conductas delictivas particulares. Podría aceptarse que la lesión a un bien jurídico no es definitoria de la palabra "delito", ni está incluida como requisito típico *en* todas las figuras delictivas de un sistema positivo y, sin embargo, afirmarse que de hecho todo delito lesiona un bien jurídico. Ésta sería una generalización empírica, por lo tanto, de verdad contingente, como la afirmación del párrafo anterior. También, de hecho, sería falsa con relación a los actos que son delictivos, según nuestro ordenamiento positivo, por las razones que ya expusimos.

Si analizamos algunos desarrollos dogmáticos, percibiremos que los juristas, cuando formulan el principio expuesto, parece que lo hicieran con el significado, expuesto en *b)*, pero pretendiendo que la sentencia tenga el carácter necesario que sólo se justifica con el sentido explicado en *a)*. Aun evitando esta confusión, el principio, como vimos no puede sostenerse en ninguna de las alternativas explicadas.

Pero la confianza que los dogmáticos ponen en el carácter necesario de este principio debe obligarnos a agotar las posibilidades de interpretación del mismo. Si un enunciado es analítico, lo es por su forma lógica o por el significado de los términos que en él se utilizan. Vimos que según el significado de la palabra "delito" y de la expresión "lesión a un bien jurídico", de acuerdo a las definiciones explícitas formuladas por la dogmática, la proposición no es analítica. Pero quizá nos hemos dejado llevar por las manifestaciones expresas de los juristas, olvidando que no siempre los dogmáticos hacen lo que dicen que hacen.

Debemos investigar si hay alguna posibilidad de que la expresión "lesión a un bien jurídico" fuera utilizada por los juristas en algún sentido distinto a los que explícitamente le otorgan, los que ya hemos analizado, de tal forma que se hiciera referencia a alguna propiedad definitoria de la palabra "delito".

Bien jurídico, antijuricidad y términos teóricos

De las distintas propiedades definitorias de "delito", la que ha sido vinculada con la lesión a un bien jurídico es la antijuricidad. En otro trabajo (9) hemos destacado la importancia que tiene la inclusión de esta característica en el concepto de delito, en una reconstrucción de los usos lingüísticos respecto a este término. Allí hemos concluido que no es posible reflejar la definición en uso de "delito", considerándolo exclusivamente como antecedente de la sanción en una norma primaria de tipo kelseniano. Es necesario, para distinguir el delito *de* las demás condiciones de la sanción, incluir en nuestro esquema conceptual normas prohibitivas, respecto a las cuales el delito constituye una infracción. Tenemos dicho, también, que estas normas secundarias no siempre forman parte del sistema legal positivo, aunque el legislador haya tenido en cuenta alguna al formular las normas primarias; por lo cual, en esos casos, el juez y el jurista las introducen en el sistema, teniendo en cuenta generalmente las valoraciones predominantes en el grupo social.

Si bien, como hemos dicho, la dogmática penal establece una relación estrecha entre la antijuricidad y la lesión a un bien jurídico, no surge con claridad el carácter de esa relación.

Para algunos escritores (10) "bien jurídico" se identifica con "norma" (en el sentido de Binding, o sea lo que aquí llamamos "norma prohibitiva") con lo cual decir que se ha lesionado un bien jurídico es lo mismo que afirmar que se ha infringido una norma que prescribe determinado comportamiento. Pero esta interpretación resulta ser muy forzada, pues implicaría que en todos los contextos en que se utiliza la expresión "bien jurídico" podría ser reemplazada por "norma secundaria", lo que llevaría a afirmaciones disparatadas. (11) Otro camino consistiría en mantener algunas de las definiciones de "bien jurídico" que recurrentemente se han estipulado (como equivalente a "interés", "expectativa", "derecho subjetivo", etcétera) , y sostener que un acto será antijurídico si, y sólo si, lesiona un bien jurídico. Pero este concepto de antijuricidad y, en definitiva el concepto de delito resultante, no responde a los usos de la dogmática penal. El que un acto sea delito no depende *de* la verificación de la lesión de un interés, *de* una expectativa, de un disfrute o de un derecho subjetivo.

Nos parece, entonces, que se deben deshacer ambas posibilidades interpretativas. Sin embargo, creemos que hay otra alternativa que permite

explicar la relación entre antijuricidad y bien jurídico.

Vamos a proponer la hipótesis de que "bien jurídico" es un término teórico. (12) Los términos teóricos son aquellos que no hacen -referencia directa a ninguna entidad observable. Se refieren a supuestos objetos, fenómenos, o procesos que son inobservables en principio. Ejemplos clásicos *de* términos teóricos utilizados en la ciencia son "molécula", "átomo", "electrón", "protón", "campo magnético", "gene", etcétera.

9, Carlos S. Nino., "1,a definición de delito- en "Notas do filosofía del Derecho", núm. r, Buenos Aires, 1069.

10 T'id., Crisolía, Francisco, el objeto/dico del delito. Instituto de Ciencias renales,Santiago de Chile, 1965, p. 12.

11 Si reemplazáramos "bien jurídico" oor "norma secundaria" tendríamos que hablar de una norma secundaria "propiedad" de (ira -honestidad", etcétera. lo que obviamente sería absurdo.

Los términos teóricos no pueden ser entendidos en forma aislada de una *teoría* que los define implícitamente. Si se cambia la teoría, se modifica el significado de estos fenómenos. fina "teoría" es un enunciado, o más comúnmente, un conjunto de enunciados que establecen relaciones entre entidades inobservables. La validez de las teorías no puede ser establecida por medio de la verificación experimental, ya que no hace referencia a hechos observables, sino por su capacidad para explicar leyes empíricas existentes y para predecir otras nuevas. (13)

Pero para relacionar las leyes teóricas con las leyes empíricas, es necesario vincular los términos teóricos que figuran en las primeras con los términos observacionales que están incluidos en las últimas. Para eso es necesario recurrir a determinados enunciados que se les ha denominado "definiciones coordinadoras", "definiciones operacionales", "reglas semánticas", "reglas de correspondencia", "correlaciones epistémicas", O "reglas de interpretación" (14).

Las reglas *de* correspondencia no dan una definición *explícita* de los términos teóricos en el sentido que en todo contexto en que se usa el término puede ser reemplazado por su definición (como "triángulo" puede ser reemplazado en cualquier contexto par "figura cerrada de tres lados"). (15) Hay varias explicaciones de este hecho, como ser que el lenguaje utilizado para formular un modelo teórico a veces tiene connotaciones que no posee el lenguaje de los procedimientos experimentales, y que los términos teóricos a menudo son relacionados por las definiciones coordinadoras con más de un concepto experimental. (16) Como dice Carnap,, (17) la interpretación de un término teórico, mediante reglas de correspondencia, es necesariamente incompleta, y

siempre admite la incorporación de nuevas reglas de correspondencia. Si la definición fuera completa cesaría de ser un término teórico para pasar a ser un término observacional. (18) Por esto es que la palabra "electrón" no puede ser definida como la palabra "mesa", por ejemplo, sino que debe ser correlacionado parcialmente con alguna entidad observable (por ejemplo, con una línea espectral) y debe formularse las leyes teóricas en que él mismo aparece.

12 Vid., Carnap, Rudolf. Fundamentación Lógica de la Física, Sudamericana, 1969, p. 312. La elaboración acerca de este concepto está todavía en desarrollo, siendo objeto de controversias. Estas versan fundamentalmente acerca del criterio para distinguir, con relativa precisión, los términos teóricos de los observacionales (algunos sugieren que con la caracterización que se hace de los términos teóricos todas las palabras del lenguaje natural lo serían). Otro de los puntos de discusión es acerca de su relación con las propiedades disposicionales, de las que habla principalmente Ryle en su Concept of Mind. Paidós, Buenos Aires, 1967, O sea si representan clases independientes o si tienen alguna relación, que podría ser de género a especie, entre sí.

13 Vid., Carnap, Rudolf, op. Cit. p.304

14 Vid., Nagel, Ernest. La estructura de la Ciencia, Paidós Buenos Aires, 1968, p. 96.

15 Vid., Nagel, Ernest Op, cit., p. 100,

16 Vid., Nagel, Ernest Op, cit., p. 100,

17 Op. Cit pag 316

A menudo, como afirma Nagel, (19) a los términos teóricos se les hace corresponder entidades observables, por influencia del pensamiento analógico. De este modo a estos términos se les asocian concepciones o imágenes que provienen de sus características generadoras, originadas en ideas sobre cuestiones familiares.

Pensamos que la expresión "bien jurídico", tal como se la usa en la mayoría de los contextos dogmáticos, no puede ser definida explícita mente en función de entidades observables. Su identificación con expectativas, intereses, etcétera, está determinada por un lenguaje metafórico originado en el pensamiento analógico que recién mencionamos. (19 bis)

No es posible reemplazar, en la mayor parte de los usos dogmáticos, la expresión "bien jurídico", por otro conjunto de palabras que haga referencia a observables, como ser "expectativas protegidas", "intereses garantizados", "normas secundarias", etcétera.

El significado de la expresión "bien jurídico" está determinada por el conjunto de enunciados teóricos en que la misma aparece. Creemos que uno de los procedimientos recurrentes de establecer una correlación empírica para la expresión "bien jurídico" es vinculándola con la anti juridicidad. Grisolia (20) afirma que "no hay ilicitud sin un efectivo y externo quebrantamiento de los bienes jurídicos". Esta sentencia parece requerir la comprobación del real

perjuicio a un bien jurídico para determinar la antijuridicidad de una conducta. Pero si analizamos el contexto en que está formulada, observaremos que la lesión a un bien jurídico generalmente no puede ser verificada con independencia del carácter antijurídico de un comportamiento. Para Grisolia el bien jurídico no es la cosa sobre la que actúa el delincuente, no es un interés, no es un derecho subjetivo. Este autor afirma, con bastante confusión expositiva, que la norma jurídica encierra un valor y que ese valor cuando se concreta en un objeto, constituye un bien jurídico. (21)

18 Carnap, Rudolf, *op cit.*, p. 317,

19 *Op. cit.*, pp. 89 y 109.

19 bis. El doctor Carrió, en una comunicación verbal, me ha señalado la relevancia que tiene para este tema el artículo de H. L. A. Hart "Definición y temia en la ciencia jurídica", "deber jurídico", etcétera para señalar que el error de todas las teorías sobre el significado de los mismos es ir a la zaga de definiciones que pretenden hacer corresponder a los mismos un conjunto definido de entidades, ya sean reales, ficticias o supraempíricas. No hay tal cosa, como no la hay respecto a otros términos de lenguaje cotidiano. Siguiendo las ideas de Bentham, el profesor de Oxford propone estudiar las condiciones de aplicabilidad de las frases en las que estos términos aparecen. Estas frases no describen nada, sino que son conclusiones de derecho hechas a partir de ciertas reglas jurídicas y determinados hechos, extraen una conclusión de derecho de esas reglas o hechos, presupuestos pero no afirmados. Es evidente que hay una remarcable convergencia entre el desarrollo de Hart y el que aquí realizarnos. Lo que Hart afirma de las expresiones fundamentales del derecho, es extensible a la expresión "bien jurídico" protegido. Aunque con menos claridad, también aquí es posible advertir la triada de teorías que desde una perspectiva realista (mediante la identificación con una determinada expectativa del titular del bien), ficcionalista (atribuyendo un interés a la colectividad o al individuo, sin verificar si en realidad están interesados) o metafísica (identificando al bien con derechos innatos de los individuos o de la colectividad, independientes de las prescripciones positivas), pretenden atribuir significados a esta expresión. Ninguna de estas posibilidades resultan ser satisfactorias. Por otra parte, es asimismo válido respecto a la expresión "bien jurídico", la prescripción de Hart de analizarla dentro del contexto de la frase que está usada e investigar las condiciones de aplicabilidad de la misma. Esto último es precisamente lo que lucimos a continuación de las consideraciones generales precedentemente expuestas.

No es nuestra intención discutir aquí la presunta objetividad de los valores, alegada por el autor chileno citado, (22) Solamente diremos que, entendida de este modo el significado de la expresión "bien jurídico", la afirmación de que se ha lesionado un bien jurídico puede, en la generalidad de los contextos, estar vinculada con la afirmación de que una conducta es antijurídica. Una acción es antijurídica cuando infringe una norma prohibitiva del sistema jurídico, ya sea que ella esté formulada explícitamente por el legislador, o ya sea que la establezca el jurista o el juez en contradicción o en ausencia de la formulación legislativa. Las normas prohibitivas generalmente se formulan en atención a las valoraciones vigentes en el grupo social dominante. (23) Es posible que tenga sentido afirmar que el grupo social se equivoca al formular sus valoraciones, o

que el legislador, el juez o el jurista se apartan de las valoraciones vigentes al formular las normas prohibitivas; pero esta conclusión es independiente del hecho de que la dogmática usa, generalmente, la expresión "lesión a un bien jurídico" cuando está frente a una conducta antijurídica, es decir, a una conducta que infringe una norma de prohibición. El supuesto carácter objetivo de los valores no influye, pues, en los juicios dogmáticos acerca de si se lesionó o no un bien jurídico, que dependen de qué normas de prohibición incluye el sistema coincidan éstas o no con las valoraciones postuladas como absolutas.

La fórmula "una conducta lesiona un bien jurídico cuando esa conducta es antijurídica" sería una definición coordinadora en el sentido que expusimos. Esta regla no desarrolla el significado de la expresión "bien jurídico". Pero brinda una condición suficiente para utilizar la expresión "lesión a un bien jurídico".

20 *Op. cit.*, pp. 54 y 79.

21 *Op. cit.*, p. 52.

22 *Op. cit.*, p. 50,

23 *Vid.*, Nino, Carlos S., *Op. cit.*, p.

Las funciones de la teoría del bien jurídico

En las ciencias empíricas el valor de una ley teórica se determina por su capacidad para explicar las leyes empíricas establecidas, y fundamentalmente para predecir nuevas leyes empíricas." Si de una teoría sólo pueden derivarse leyes empíricas conocidas, entonces la teoría no es nada más que una formulación más simplificada de esas leyes.

La pregunta que cabe es si las teorías jurídicas cumplen un papel que tiene cierta analogía con el de las teorías de la física, la biología, etcétera. Por ahora la respuesta sólo puede darse en relación a la teoría del bien jurídico.

La teoría del bien jurídico sirve para explicar algunos casos importantes de justificación de una conducta típica (ciertos autores afirman que explica *todos* los casos de justificación) (26) Esto parece una perogrullada, *desde* que hemos establecido como regla de correspondencia que una conducta lesiona un bien jurídico cuando es antijurídica. Pero la trivialidad desaparece si tenemos en cuenta que ésta no es una definición explícita de "bien jurídico", es decir que no agota su significado. Siempre es posible establecer nuevas reglas de correspondencia para un término teórico.

Las elaboraciones en torno al concepto de "bien jurídico" se relacionan con dos causas de justificación sumamente importantes en la teoría general del delito: el estado de necesidad y el consentimiento del sujeto pasivo. Maurach (27) afirma:

Por regla general, todo bien jurídico requiere y merece la protección *valoradora y determinante* de la norma. Existen, sin embargo, situaciones en las que el bien atacado renuncia libremente a la protección de la norma, o es desplazado por la presión de intereses contrapuestos, dotados de mayor importancia en el supuesto concreto. El bien que retrocede por no ser merecedor de protección en el caso concreto, arrastra tras de sí a la norma.

24 Vid., Carnal, Rudolf, *Op. cit.*, p. 307.

25 Vid., Carnal, Rudolf, *Op. cit.*, p. 308.

26 Murach, Reinhar, *Tratado de derecho penal. Ariel, Barcelona, t. I, 1962, p. 361. t. Grisolia, Op. cit.*, p. 81, afirma: "La raíz de los tipos de ilicitud está en ciertas situaciones deducibles del ordenamiento jurídico total en que no existen las razones que determinan la protección. sea por una ausencia de interés o Por la concurrencia de un interés preponderante, es decir, que no existe la calidad positiva de la antijuridicidad o lesión a los bienes jurídicos protegidos."

27 Maurach, Reinhart, *Op. cit.*, p. 394.

El estado de necesidad como causal de exclusión de pena está previsto en la mayoría de los códigos penales contemporáneos; en el argentino figura en el artículo 34, inciso 3º: "No es punible ... el que causare un mal para evitar otro mayor inminente a que ha sido extraño."

¿Es esta una causal de justificación o de exclusión de la culpabilidad? La mayoría de la doctrina se inclina por la primera alternativa, sin perjuicio de admitir un estado de necesidad excusante para casos distintos del previsto en la norma citada. El fundamento de la tesis se desarrolla teniendo en cuenta el concepto de bien jurídico: El derecho, se afirma, tiene como función la protección de los bienes jurídicos. El procedimiento que utiliza es el castigo de los actos que los lesionan o que los ponen en peligro. Pero la función de esos actos se fundamenta en el supuesto de que el agente al lesionar un bien jurídico eligió la peor alternativa de las que se le presentaban como posibilidades de acción, porque las otras eran, por lo menos, indiferentes en relación a los bienes jurídicos. Sin embargo, hay casos en que el agente se le presenta como alternativa forzosa, la lesión de uno u otro bien jurídico. En tal circunstancia si el agente elige la lesión del bien de menor jerarquía para preservar el otro más valioso, no actúa antijurídicamente, ya que obra tal como quiere el derecho. Esto es así, porque el derecho pretende, en principio, la conservación de todos los bienes jurídicos, pero si esto no es posible, prefiere que se preserven los de mayor valor, aun a costa de los inferiores.

El anterior desarrollo, refleja aproximadamente la elaboración dogmática acerca del fundamento de esta exención de pena.

En esta elaboración la teoría del bien jurídico juega un papel importante, explicando esta solución jurídica y clasificándola como causa de justificación,

con las consecuencias que tiene esto en el contexto de la teoría general del delito.

Las dificultades comienzan a cernirse cuando se trata de establecer el criterio de evaluación de los bienes jurídicos. Porque esto supone saber qué objetos o fenómenos hay que evaluar, y, como hemos dicho, a la expresión "bien jurídico" no le corresponde en el uso dogmático ningún conjunto definido de entidades observables. Sin embargo, de acuerdo a lo que tenemos dicho sobre el carácter de la expresión "bien jurídico" debe ser posible la vinculación de las elaboraciones dogmáticas acerca de la graduación de los bienes, con proposiciones respecto a observables.

Para la dogmática uno de los criterios más adecuados, aunque no el único,(28) de evaluar los bienes jurídicos es atendiendo a las escalas pena les que la parte especial del Código Penal imputa para su lesión.

28 Maurach, Reinhart, op. cit., p. 401.

Creemos que una forma de traducir esta proposición en términos de observables sería la siguiente: Las conductas típicas pueden ser evaluadas de acuerdo a la magnitud de las sanciones que se le imputan. De tal forma, es posible construir una escala valorativa de los actos típicos, considerando como criterio de estimación el monto de la pena imputada: a mayor sanción, menor valor relativo del acto respecto a los otros.

También pueden ser evaluadas las conductas opuestas a las descripciones en los tipos penales, formando otra escala valorativa: a mayor sanción de la conducta típica, mayor valor relativo del acto opuesto con respecto a los otros opuestos de conductas típicas.

Estas dos escalas no sólo permiten comparar los actos que cada una de ellas clasifica, sino también comparar un acto clasificado en la primera, con otro clasificado en la última: un acto será más valioso que otros si a su contrario se le imputa mayor sanción que la que se le imputa al contrario de otro. A la inversa, un acto será menos valioso que otro, si se le imputa una sanción menor de la que se le imputa al acto opuesto de otro.

Un comportamiento puede estar constituido a la vez por un acto al que se le imputa una sanción y por un acto opuesto de otro al que también se le imputa sanción.

Hay ocasiones en que el primero de los actos mencionados es condición necesaria del último. Entre esos casos, hay algunos en los cuales el acto opuesto al que se imputa sanción consiste en la destrucción o supresión de un estado de cosas en cuya creación o conservación no intervino el agente. Aun entre estos casos se puede distinguir la situación, en la cual la comisión del acto típico no sólo es condición necesaria para la comisión del opuesto de otro punible, sino que el agente tiene como finalidad cometer el segundo, utilizando como medio la comisión del primero.

En este último caso, si el acto-medio es menos valioso que acto-fin, el comportamiento del agente estará justificado. (28 bis)

28 bis En los dos párrafos anteriores no se formula una regla para valorar la elección entre un acto típico y el opuesto de otro acto sometido a pena —por cierto, que si se tratara de esta situación, el segundo siempre sería preferible. En cambio, lo que aquí consideramos es la evaluación de un comportamiento integrado por un acto típico y el opuesto de otro acto típico—robar para no matar por omisión (no .proveyéndoles sustento a los hijos) , por ejemplo— o sea que no se trata de alternativas hipotéticas sino de actos que se realizan sucesivamente. Para valorar el comportamiento total del agente, hay que evaluar cada uno de los actos integrantes. La regla aplicable para realizar tal evaluación varía de acuerdo a las relaciones que se den entre los actos que componen la conducta del agente. Si el segundo acto no es querido por el agente, pero es una consecuencia necesaria del primer acto, si deseado, la justificación del comportamiento total dependerá del mayor valor del primero en relación al segundo acto. Aquí tratamos de situaciones opuestas, en las que el primer acto es condición necesaria del segundo y el único motivo de su comisión es la finalidad de realizar el último. La regla de evaluación es, pues, la inversa de la anterior. Decimos en el texto que, para la procedencia de la justificación, el acto- fin debe consistir en la supresión o conservación de un estado de cosas en cuya creación no intervino el agente. Respecto a esto hay que hacer algunas aclaraciones:

Hemos utilizado la clasificación de Von Wright (Norma y acción, una investigación lógica, Tecnos, Madrid, 1970, p. 57), quien clasifica a los actos, de acuerdo a los cambios que producen, en: de creación, cuando se hace aparecer un estado de cosas inexistente; de conservación cuando se mantiene un estado de cosas preexistente y de supresión, cuando se impide la aparición de un estado de cosas inexistente.

La mayor parte de los casos, aunque no todos, en los que tiene relevancia esta justificante son de supresión, por ejemplo, impedir que los hijos mueran; o de destrucción, por ejemplo, apagar un incendio.

La restricción que señalamos- en el texto para la procedencia de la justificante —que el agente no haya intervenido en la creación o conservación del estado de cosas que des truye o suprime—, responde a la exigencia del inciso 39 del artículo 34 del C. P. argentino ("... para evitar un mal mayor inminente al que ha sido extraño; de este modo, quien, por ejemplo, causó el incendio o conservó la situación de desnutrición de sus hijos (lo que implica, de acuerdo a la terminología de Von Wright, que actuó para impedir que aquella desapareciera) , no pueden alegar justificación para el delito cometido romper una ventana, con la finalidad de destruir o suprimir tales estados de cosas.

Esta reconstrucción del pensamiento dogmático alrededor del estado de necesidad, en la cual se prescinde de la utilización del concepto de bien jurídico, recoge parcialmente los casos que la dogmática incluye en la referencia de esta justificante. En particular cubre las situaciones llamadas de "colisión de deberes", las que para la mayoría de los escritores constituye una especie del estado de necesidad. (29)

29 Vid. Maurach, Reinhart, *op. cit.*, p. 390.

Pero el esquema no recoge las situaciones, quizá más frecuentes, en que las alternativas que se le presentan al agente no son la comisión de un acto típico u otro acto típico, sino la comisión de un acto típico o de otro acto que no está sujeto a pena. Los ejemplos clásicos de esta circunstancia son el hurto famélico y el de la *tabula unius capax*.

Ni dejarse morir de hambre, ni dejarse morir ahogado, constituyen actos tipificados en figuras delictivas. Para estos casos no es operativa la traducción del principio de la evaluación de los bienes jurídicos por la fórmula que aquí expusimos, a menos que se introduzca alguna regla adicional.

¿Cómo puede compararse por la magnitud de la pena, un acto punible con otro que no está el mismo, ni su opuesto, sujeto a pena? El único procedimiento para hacerlo parecer es equiparando por analogía el último acto con otro que tenga el mismo resultado y que esté sujeto a pena. El resultado del dejarse morir es el mismo que el de matar. También tiene el mismo resultado el acto de mantener a otro privado de su libertad, que el de privarlo de su libertad.

Mientras la mayoría de los actos tipificados como delitos consisten en la creación o la destrucción de un estado de cosas, la mayor parte de los actos que originan la situación de necesidad justificante consisten en la conservación o en la supresión de un estado de cosas.

En ciertas circunstancias esa conservación o supresión pueden ser el contenido de un deber jurídico. En tales casos, que lo son de colisión de deberes, se ve bien clara la analogía entre la omisión de creación y la supresión de un estado de cosas, y entre la omisión de destrucción de un estado de cosas y su conservación. Aun en los casos en que la conservación o la supresión de un estado de cosas no sean el contenido de un deber, puede estipularse que tendrán el mismo valor que la omisión de creación, y la omisión de destrucción del mismo estado de cosas, cuyos opuestos están sujetos a pena. De acuerdo a esta regla impedir un incendio tiene el mismo valor jurídico que no provocarlo, aunque el opuesto del primero no sea un acto punible y sí lo sea el del último.

Por medio de los distintos pasos expuestos es posible comparar por las escalas penales, por ejemplo: el acto de romper una ventana, con el acto de impedir la propagación de un incendio y concluir que el último es más valioso que el

primero; por lo cual, si el primero es condición necesaria del segundo y fue realizado con la intención de realizar el segundo, el comportamiento del agente estará justificado.

Seguramente los dogmáticos cuando hablan del estado de necesidad justificante y determinan como criterio estimativo el de las escalas pena les no tienen en cuenta toda esta complicada elaboración que, sin embargo, parece estar implicada por el principio que desarrollan. Esto es de mostrativo del gran poder simplificador de la teoría del bien jurídico y de su fuerza explicativa.

La regla de correspondencia que presuntamente usan los juristas para vincular la expresión "bien jurídico" con las conductas sujetas a sanción, sería la siguiente:

Un bien jurídico es más valioso que otro, cuando los actos que el legislador clasifica como perjudiciales al primero están conminados con penas mayores que las que se imputan a los actos clasificados como perjudiciales al segundo. En el caso que haya varios actos clasificados como perjudiciales a un bien jurídico, se tomará, para establecer la comparación, el acto conminado con pena mayor.

Para usar esta regla de correspondencia no es necesario conocer la referencia de las distintas especies de bienes jurídicos, ni comprobar que, efectivamente, los actos clasificados por el legislador como perjudiciales a ellos, los lesionan o no. Así, no es necesario saber cuál es la referencia de las expresiones "vida" y "propiedad" y si los actos clasificados como perjudiciales a estos bienes jurídicos realmente los lesionan, para concluir que el primer bien es más valioso que el segundo.

Para la aplicación de la fórmula del estado de necesidad solamente hay que averiguar con qué clase de bienes jurídicos se relacionan los actos que se encuentran en disyunción exhaustiva, con el fin de determinar si el comportamiento está justificado o no.

En el caso del estado de necesidad, la teoría del bien jurídico sirve para explicar, un principio establecido por el legislador.

Pero también sirve para deducir principios no establecidos por el derecho positivo. Uno de ellos es el del consentimiento del sujeto pasivo.

Esta situación de impunidad no está prevista por la mayoría de los códigos penales contemporáneos, entre ellos el nuestro. Sin embargo, de la teoría del bien jurídico la dogmática deduce este principio justificante:

El fundamento de la eficacia del consentimiento está en que los bienes jurídicos a los cuales la tutela se refiere son bienes jurídicos (objeto de tutela) en cuanto el privado los considera y trata como valiosos, de modo que al otorgar "permiso" para su destrucción ellos se tornan "indóneos como objetos de protección jurídica", ya que no son materialidad para el derecho, sino en tanto cuanto son objeto de interés por parte del privado. Por eso, el consentimiento, dentro de su esfera de validez,

quita al acto consentido su contenido de ilicitud en un sentido objetivo ... (30)

La dogmática clasifica los bienes jurídicos en indisponibles y disponibles. Los primeros son aquellos en cuya conservación está interesado el ordenamiento jurídico, con independencia de la voluntad del titular, por ejemplo: la vida.

Los bienes disponibles son aquellos que están protegidos jurídicamente en tanto y en cuanto el titular no renuncie a la protección consintiendo con la lesión, por ejemplo: la propiedad.

Estará justificada, de acuerdo a este principio, una conducta típica que se realice mediante consentimiento del sujeto pasivo, siempre que el bien jurídico lesionado sea de aquellos de los que el titular pueda disponer.

La regla de correspondencia presupuesta por esta elaboración, podría ser la siguiente: Un bien jurídico es disponible cuando los actos clasificados por el derecho como perjudiciales al mismo tienen como resultado un estado de cosas que si fuera el resultado de un acto del titular del bien jurídico, no sería disvalioso en el sentido jurídico. A la inversa, un bien jurídico es indisponible, si los actos que se clasifican como agravantes del mismo, tienen como resultado un estado de cosas que haría disvalioso a un acto realizado por el titular del bien jurídico que tuviera el mismo resultado. De este modo la libertad ambulatoria (de tránsito) , por ejemplo, es un bien disponible, porque el sujeto que se encierra o se encadena a sí mismo no infringe ninguna norma secundaria, mientras la vida es indispensable porque el individuo que se suicida o se bate a duelo, sí infringe una norma secundaria, no importando que ese comportamiento sea condición de una sanción, como en el último caso, o no lo sea, como en el primero.

30 Soler, Sebastián, *op. cit.*, t. I, p. 373.

Aparte de explicar circunstancias de impunidad y clasificarlas como causas de justificación establecidas por el derecho positivo, y de permitir fundamentar otras circunstancias justificantes no previstas en el sistema legislativo, la teoría del bien jurídico cumple otras funciones importantes en el contexto de la teoría general del delito.

Una de esas funciones es brindar un criterio para la distinción entre actos preparatorios y comienzo de ejecución punible, entre la tentativa y la consumación de un delito, y entre la tentativa idónea y la inidónea. Para la teoría denominada "objetiva", (31) el peligro a un "bien jurídico" establece la demarcación entre los actos preparatorios y la tentativa, y entre la tentativa idónea y la inidónea. Por otra parte, la distinción entre lesión y peligro a un "bien jurídico" fundamenta el límite entre consumación y tentativa.

También la teoría del bien jurídico sirve para establecer la distinción entre el

concurso ideal o real, y el delito continuado, ya que la heterogeneidad u homogeneidad de los hechos se define en base a si se le ha lesionado distintos bienes jurídicos o el mismo bien. (32)

Otra función de la teoría del bien jurídico consiste en fundamentar determinadas clases de concursos de leyes no previstas, especialmente el problema de los actos "copenados" posteriores al delito. La dogmática afirma que un acto posterior al delito es impune cuando afecta al mismo "bien jurídico" que el acto principal y no lesiona a otros titulares del bien jurídico. No es impune el acto posterior cuando afecta otro "bien jurídico o cuando afecta al mismo "bien jurídico" pero con otro titular. (33)

Una de las funciones más importantes que cumple la teoría del bien jurídico es la de servir como fundamento para la interpretación de las distintas figuras de la parte especial del Código Penal.

Un ejemplo: con respecto al delito de violación, Jiménez de Asúa (34) restringe el ámbito personal de los sujetos pasivos posibles de este delito a las personas honestas con el argumento de que esta figura está clasificada entre los delitos contra la honestidad, lo *cual* sería demostrativo que sólo los individuos honestos están protegidos. De acuerdo a esto concluye que la violación de una prostituta no es punible. Soler, por el contrario, afirma que, a pesar de la clasificación legislativa, el delito de violación afecta la libertad personal en el terreno sexual, de lo que se infiere que la punibilidad de este hecho es independiente de la honestidad del sujeto pasivo. (35) Este ejemplo nos pone ante la cuestión acerca de si es obligatoria o no, para la dogmática, las clasificaciones hechas por el legislador, la cual excede los límites de este trabajo.

31 Vid. Maurach, Reinhart, *op. cit.*, t. u, p. 177.

32 Vid. Maurach Reinhart, *op. cit.*, t. u, p. 434.

33 Vid. Maurach Reinhart, *op. cit.*, t. u, p. 467.

34 Jiménez de Asúa, Luis. *El criminalista. "La Ley"*, Buenos Aires, t. vi, 1947, p. 138 y x, p. 229.

35 Soler, Sebastián, *op. cit.*, t. tu, p. 343, también Núñez, Ricardo C., *Vid., op. cit.*, t. tv. p. 251.

2. ALGUNAS CONSIDERACIONES ACERCA DE LAS TEORÍAS DOGMÁTICAS

El análisis que hicimos sobre la teoría del bien jurídico nos permite formular ciertas hipótesis acerca de la estructura de algunas teorías dogmáticas. Sería imprudente extender las conclusiones a *todas* las construcciones que los juristas

denominan "teorías" debido a la diversidad de características que presentan las mismas.

Carácter normativo de las teorías dogmáticas. Si analizamos las teorías que ocupan un lugar central en la labor dogmática, advertiremos que, a pesar de su presentación aparente como descripciones de algún aspecto de la realidad, las mismas tienen una serie de consecuencias normativas.

No es sencillo establecer las causas por las cuales estas construcciones normativas se presentan bajo un ropaje descriptivo.

Una de las funciones manifiestas más importantes de las elaboraciones teóricas de la dogmática consiste en establecer la "naturaleza" de diversos institutos jurídicos. 36 La teoría del bien jurídico, por ejemplo, intenta determinar en primer lugar, cuál es la "naturaleza" del "bien jurídico". Lo mismo ocurre con otras teorías como la de la acción, la de la persona jurídica, la de la posesión, etcétera. No es nuevo decir que la búsqueda de "naturaleza jurídica" es una pretensión vana, pues se basa en la falta de comprensión del hecho de que cuando se pregunta, por ejemplo, ¿qué es el delito?, ¿qué es la posesión?, ¿qué es el bien jurídico?, etcétera, sólo hay dos tipos de respuestas válidas: dar el significado de las palabras "delito", "posesión", "bien jurídico", etcétera, o, supuesto el significado de estas palabras, dar una descripción táctica de los fenómenos denotados por estas expresiones; la pregunta por la "naturaleza jurídica" de un instituto lleva implícita la intención de obtener una respuesta diferente a las dos alternativas mencionadas.

36 Carril, Genaro R., *Notas sobre derecho y lenguaje*. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, p. 74.

Como dice Carrió (37) se pretende buscar una especie de "llave" que permita inferir una serie de principios relevantes.

Esta tarea se presenta como una descripción de hechos, pero de hechos muy especiales. En primer lugar no son cognoscibles por la experiencia. En segundo lugar son hechos que permiten explicar todos los otros relevantes acerca de un instituto jurídico. En tercer lugar son hechos de los cuales es posible deducir consecuencias normativas, sin presuponer ninguna premisa normativa.

Esta concepción está marcadamente impresionada por el pensamiento iusnaturalista metafísico. En especial por la idea que de una proposición táctica, es posible inferir pautas normativas.

El esquema básico de una teoría dogmática está constituido, pues, por una descripción acerca de una presunta realidad. Las preguntas que debe resolver una teoría jurídica son de este tipo: ¿cuál es la "naturaleza" del contrato?, ¿cuál es la esencia de la posesión?, ¿qué es "realmente" un bien jurídico"? Una vez

que se cree haber respondido adecuadamente, no hay más que inferir el conjunto de principios normativos que están implicados en tal "esencia" o "naturaleza".

El carácter normativo de la teoría se encubre detrás de una apariencia descriptiva.

Este encubrimiento no responde generalmente a un propósito consciente de los juristas, sino a la adhesión sincera a la concepción que comentamos. Sin embargo, esta forma de presentación sirve muy bien para la conservación, no en los hechos sino en las creencias, de la ideología básica de la dogmática que hemos referido en el capítulo u: la aceptación no crítica del orden jurídico tal como fue sancionado por el legislador. Carrió (38) explica, con particular acierto, cómo es útil a esta ideología la búsqueda de "naturalezas jurídicas": el hallazgo de un principio al que responden un conjunto de normas no establecidas por el legislador permite presentarlas como implicadas de algún modo misterioso por las normas positivas. De este modo se oculta el carácter creativo de la labor dogmática y se hace aparecer a ésta como una actividad consistente en descubrir lo que ya estaba implícito en el derecho legislado. Como consecuencia de lo expuesto, se pueden distinguir dos funciones de las teorías dogmáticas.

a) *Función explicativa de las teorías dogmáticas*

La primera función de las teorías dogmáticas es servir como explicación de las normas positivas. Una teoría no es válida si contradice abiertamente el derecho legislado. Pero la falta de contradicción con -El-derecho positivo no es suficiente; el valor de la teoría dogmática estará determinado por la posibilidad de ser inferidas de ellas reglas o principios pertenecientes al sistema del legislador. Las teorías que ocupan el núcleo de la labor dogmática son aquellas que tienen capacidad para explicar amplios conjuntos de normas positivas.

37 *Op. cit.*, p. 76.

38 *Vid.*, Maurach, Reinhart, *op. cit.*, t. u. p. 18.

En relación a la teoría del bien jurídico, hemos visto que permite explicar, entre otras cosas, algunas de las causas de impunidad establecidas por el legislador, como el estado de necesidad y el cumplimiento de un deber.

Si tomamos como ejemplo la teoría normativa de la culpabilidad, advertiremos que permite explicar la punibilidad de los hechos realizados mediando culpa inconsciente y hacer compatible esta solución con el principio que establece que no hay pena sin culpa. 39 Ésta es quizá la razón principal por la cual es preferida esta teoría a la psicología, pues la última se encuentra en

graves dificultades al pretender la existencia de culpabilidad en los casos en que no hay ningún hecho psicológico vinculado al resultado típico, sino simplemente un deber de previsión.

Para dar un caso de otra rama jurídica, la teoría del enriquecimiento sin causa, verbigracia, permite explicar una serie de normas del Código Civil. Da fundamento, por ejemplo, a las disposiciones de los artículos 2301 y 2302 que regulan la gestión de negocios, explica la validez del pago hecho a un incapaz cuando éste lo hubiera aprovechado (art. 734 y concordantes) , fundamenta la regulación del empleo útil (art. 2306) , etcétera.

Los ejemplos de esta función de las teorías dogmáticas podrían multiplicarse largamente.

b) *Función legislativa de las teorías dogmáticas 4º*

Si las teorías dogmáticas sólo sirvieran para explicar normas positivas consistirían meramente en una versión simplificada de éstas. Pero el contenido de estas elaboraciones no queda agotado con la deducción de reglas del sistema positivo. Además, las teorías de la dogmática permiten la inferencia de reglas y principios no incluidas en el sistema del legislador. La fecundidad de una teoría dogmática está en relación directa con la mayor o menor posibilidad de deducir de ella reglas que no forman parte del orden positivo.

39 Vid., Rezzonico, Luis María, *Estudio de las obligaciones*, T. II. Depalma, Buenos Aires, 1961, pp. 1287 y ss.

40 Preferimos usar aquí la palabra "legislativa" para calificar a esta función, en lugar de usar el término "predictiva" que Carnap emplea en relación a las teorías de la ciencia empírica. Respecto a estas últimas, podría justificarse el uso de tal término, pues la posibilidad de derivar nuevas leyes permite la predicción de futuros acontecimientos. Pero, como me lo ha hecho notar el profesor Genaro Carrió, hablar de "función predictiva" de las teorías dogmáticas es totalmente inadecuado. La palabra "legislativa" no es quizá la más feliz, pero es la única que se nos ocurre para calificar la función de las teorías dogmáticas que aquí se explica.

Hemos visto que de la teoría del bien jurídico es posible deducir causas de justificación no previstas en el Código Penal, como el consentimiento del sujeto pasivo, la inferencia de criterios que completan reglas positivas, como el establecimiento de los límites entre los actos preparatorios impunes y la tentativa punible y entre la tentativa idónea y la inidónea, la impunidad de ciertos actos posteriores al delito no son punibles, el establecimiento de pautas para interpretar el alcance de las figuras delictivas de la parte especial del Código Penal, etcétera.

Para dar otros ejemplos:

La teoría del concurso de leyes ofrece criterios de segundo nivel para resolver casos de conflicto entre normas del derecho legislado.

La teoría de la acción permite extender las descripciones de los tipos penales para los casos en que el resultado se produce por una omisión.

En derecho civil, la teoría del abuso del derecho tiene una fecundidad extraordinaria, ya que ha permitido a la doctrina y a la jurisprudencia inferir una serie de soluciones jurídicas no incluidas en el sistema legislado: la represión de molestias extraordinarias producidas por un propietario a los vecinos, el rechazo de la prosecución de los trámites de ejecución a pesar del depósito de la deuda por el demandado, la nulidad de cláusulas penales y pactos comisorios establecidos en contratos, etcétera.

En el derecho internacional privado, la teoría del reenvío, por ejemplo, permite solucionar casos de conflictos entre dos órdenes jurídicos distintos.

De esta forma, las teorías jurídicas permiten reconstruir el sistema legislado, ya sea mediante el establecimiento de reglas que completan las lagunas del mismo, sea estipulando criterios para resolver conflictos entre normas de ese sistema o aún extendiendo o restringiendo los alcances de las mismas.

3. CONCLUSIONES

Hemos intentado dar algunas pautas muy generales acerca de la estructura de las teorías dogmáticas. Constituiría una simplificación impropia pretender que lo que hemos dicho sea aplicable a todas las elaboraciones que los juristas denominan "teorías". Las construcciones denominadas de esta forma presentan una variedad muy grande y es imposible encontrar un conjunto de propiedades que sea común a todas ellas. Los juristas utilizan el término "teoría" con mucha generosidad, a veces para referirse simplemente a cada una de varias opiniones encontradas acerca de la interpretación de una norma jurídica.

El ejemplo que hemos desarrollado acerca de la teoría del bien jurídico, es demostrativo porque permite advertir la utilización que hace la dogmática de términos teóricos, es decir, de términos a los cuales no les corresponden un conjunto definido de hechos observables; aunque los juristas, en general, no advierten el carácter de estos términos y pretenden otorgarles una referencia semántica precisa, forzando el significado que tienen los mismos en el uso. Más aún, los dogmáticos no perciben que la tarea que realizan es la de estipular un significado para un término, entendiéndola como una búsqueda de la verdadera "naturaleza" o "esencia" de un cierto instituto jurídico, cuyo hallazgo tendrá como resultado habilitar la deducción de principios jurídicos relevantes.

La característica principal de las teorías jurídicas, que hemos referido, consiste en su capacidad para presentar las reglas creadas por la dogmática como derivadas del derecho positivo. De las teorías jurídicas, tenemos dicho, es posible deducir normas que forman parte del sistema legislado, pero también posibilitan la inferencia de normas no pertenecientes a ese sistema. Esa doble vinculación con las normas legisladas y las reglas originadas en la misma dogmática permite presentar a estas últimas como derivadas de los mismos presupuestos que aceptó el legislador al formular su sistema. A esos presupuestos se los hace figurar como formando parte del sistema del legislador, por lo cual también se presentan como integrando ese sistema las normas generales que es posible inferir en ellos.

Es obvio que la presentación de normas originales, como si estuvieran incluidas de algún modo misterioso en el derecho legislado, no constituye una descripción admisible del sistema del legislador. Pero es el caso que tampoco se pretende hacerlo, a pesar de las manifestaciones sinceras de los juristas en sentido contrario, sino construir un sistema distinto, que tiene como base el legislativo, pero adecuado a pautas valorativas y a ideales racionales. Con las prevenciones que nos merece la generalización que acabamos de realizar, a causa del amplio espectro de elaboraciones dogmáticas que se cubre con el término "teoría", podemos contestar ahora afirmativamente a la pregunta acerca de si es posible encontrar una cierta analogía entre las teorías de las ciencias empíricas y las teorías de la dogmática.

Ya hemos dicho, citando a Carnap, que las teorías científicas, por un lado, permiten explicar leyes empíricas establecidas y que, por el otro, habilitan la inferencia de nuevas leyes empíricas no confirmadas todavía. (41)

41Op. Cit., p. 306.

Según Carnap, la confirmación de las leyes empíricas por medio de los hechos constituye una confirmación indirecta de las leyes teóricas, de la cual derivan las primeras. Pero el valor de una ley teórica, que permite la derivación de leyes empíricas conocidas, es sólo secundario; una teoría que sólo permitiera esta posibilidad sería una mera simplificación elegante de las leyes empíricas conocidas: el valor supremo de una ley teórica está dado por la posibilidad de derivar nuevas leyes empíricas. La teoría de Einstein acerca de la relatividad tiene el carácter revolucionario que se le reconoce, por su fecundidad, todavía no agotada, en permitir la inferencia de leyes desconocidas.

Por cierto que las teorías de la ciencia empírica son descriptivas y las teorías dogmáticas lo son fundamentalmente normativas, aunque, como vimos, se las suele presentar como si fueran descripciones de hechos muy especiales.

También es obvio que los enunciados que las teorías científicas permiten inferir son del mismo carácter descriptivo, o sea leyes verificadas o hipótesis no establecidas; mientras que los enunciados que es posible deducir de las teorías dogmáticas, son normas, ya sean pertenecientes al sistema del legislador o normas originales del jurista.

Pero la diferencia señalada recién, que sin duda es relevante, no debe oscurecer la analogía metodológica entre la formulación de las teorías científicas y la de las elaboraciones teóricas de la dogmática.

En los dos ámbitos de la actividad intelectual, se pretende encontrar principios de gran generalidad que permitan explicar enunciados cuya verdad o validez se admite, y que generen nuevas hipótesis empíricas o normativas que deben ser contrastadas.

La sugerencia de una analogía metodológica, entre las teorías científicas y algunas teorías de la dogmática jurídica, así como la presentación de una diferencia en cuanto al carácter descriptivo de las primeras y fundamentalmente normativo de la última clase, permite respuestas más fecundas en relación a las preocupaciones de los juristas acerca de las relaciones de su actividad con la que desarrollan los científicos reconocidos, que las que puede proporcionar la inútil búsqueda de la "cientificidad" de la dogmática jurídica de la que hablamos en el primer capítulo.

En el capítulo vi se dice algo más respecto a la comparación que aquí se insinúa. Pero antes de ello, debemos mostrar cómo se compagina la actividad del jurista de reformular el derecho positivo, estudiado en el ensayo anterior en relación a la interpretación de normas particulares y profundizada en la presente nota respecto a teorías que se refieren a amplios conjuntos de normas, con la adhesión formal, estudiada en el capítulo it, al sistema legislado. Creemos que ambas actitudes pueden ser explicadas en el marco de un modelo acerca de las presuntas cualidades racionales del legislador. Al desarrollo de este tema está destinado el próximo capítulo.

V. EL MODELO DOGMÁTICO DEL "LEGISLADOR RACIONAL".

1.Propiedades del legislador "racional"	85
2.Funciones de la hipótesis de la racionalidad del legislador	88
3.Reglas interpretativas derivadas del modelo ..	92
El ordenamiento jurídico no tiene contradicciones	92
El ordenamiento jurídico es operativo	93
El ordenamiento jurídico no tiene lagunas.....	94
El orden jurídico es preciso	94
El orden jurídico es dinámico	95
El orden jurídico es finalista	95
4. Conflictos entre los ideales presupuestos por el modelo	95
5. Vigencia del modelo del legislador racional en la dogmática.	
Evaluación	99

V. EL MODELO DOGMÁTICO DEL "LEGISLADOR RACIONAL"

En otra parte del trabajo hemos referido algunos aspectos característicos del racionalismo iusnaturalista y su influencia en la ideología de la dogmática jurídica. Allí expusimos que los autores de esta corriente presentan paradigmas de ordenamientos jurídicos basados en la "razón natural" o en la "naturaleza de las cosas", que pretendían ser, aparte de intrínsecamente justos, coherentes, completos, económicos y precisos, a diferencia del derecho vigente de la época que era producto de "dicta" arbitrarios de los príncipes, contradictorios, incompletos, redundantes y extremadamente vagos.

Cuando se produjo el movimiento de codificación, la actitud de rechazo de los juristas respecto al derecho vigente fue cambiando radicalmente para transformarse en una adhesión dogmática y formal.

Pero esta actitud, que describimos antes, no se limitó a considerar "válido", "objetivo" o "verdadero" al ordenamiento jurídico que contaba con una obediencia generalizada —de acuerdo a las ideas de la reacción historicista— sino también se extendió a atribuirle al ordenamiento jurídico ciertas propiedades materiales y, sobre todo, formales.

La atribución de estas propiedades no se formula como una hipótesis empírica a ser verificada, por los hechos, sino como un presupuesto dogmático excluido de la contrastación fáctica.

La argumentación acerca de la pertenencia de estas propiedades a todo sistema jurídico se desarrolla mediante la ficción llamada del. "legislador racional".

1. PROPIEDADES DEL LEGISLADOR "RACIONAL"

Los juristas utilizan un modelo de legislador que poco tiene que ver con los legisladores de carne y hueso que sancionan las leyes.

Es en primer lugar *singular* a pesar de que muchas normas generales son sancionadas por cuerpos colegiados, formados por una pluralidad de personas, la mayoría de las veces con opiniones discrepantes.

En segundo término es *imperecedero* a pesar de que los legisladores reales, que han sancionado leyes muy antiguas, como el Código Civil, hace muchos

años que han muerto.

En tercer lugar, y esto está relacionado con las propiedades anteriores, es *único*, en el sentido que sanciona todas las normas de un ordenamiento jurídico, a pesar del hecho de la diferencia de tiempo entre la sanción del Código Civil y Penal, por ejemplo, no obstante que casi nunca es la misma gente la que sancione el primer artículo de un código, de la que sanciona el último.

En cuarto lugar, es *consciente*, ya que tiene conocimiento de todas las normas que sanciona, a pesar de que los legisladores reales a veces sancionan un código a libro cerrado, otras veces levantan la mano votando por orden del líder político de su sector, sin saber de qué se trata, otras sólo concurren al recinto de sesiones para votar, etcétera.

En quinto término, el legislador "racional" es *finalista*, pues siempre persigue un propósito definido al sancionar una ley.

En sexto lugar, es *omnisciente* pues conoce todas las circunstancias tácticas abarcadas por las normas generales que dicta, ya sean que ocurran en el momento de la sanción de la ley o en un futuro remoto.

En séptimo lugar, es *omnipotente*, pues su voluntad permanece vigente indefinidamente a menos que él mismo la autolimite o la revoque por un acto de voluntad opuesto.

En octavo término, el legislador "racional" es fundamentalmente *justo*, ya que si la aplicación de la norma, según su sentido natural, lleva a una solución jurídica injusta para algún caso concreto, es de suponer que no está de acuerdo con la voluntad real del legislador y es admisible una limitada modificación del significado de la norma para adecuarla a los estándares valorativos vigentes.

En noveno término, es *coherente*, ya que su voluntad no puede contra decirse consigo misma.

En décimo lugar, el legislador "racional" es *omnicompreensivo*, ya que no deja ninguna situación jurídica sin regular.

En undécimo término, es *económico*, en el sentido que no dicta normas redundantes.

En duodécimo lugar, el legislador "racional" es *operativo*, ya que las normas que dicta no carecen de aplicabilidad.

En decimotercer lugar, es *preciso*, en el sentido que su voluntad real tiene una dirección unívoca, con independencia de las imperfecciones del lenguaje que accidentalmente utilice.

En suma, el legislador "racional" tiene casi todas las propiedades de los dioses teológicos, quizá con la única diferencia relevante de que su tarea se agota con

la legislación.

Como ya lo hemos destacado, los legisladores reales, mortales de carne y hueso, no tienen estas características. En los sistemas políticos de distribución del poder son muchas y no una sola persona la encargada de sancionar normas jurídicas. No siempre son las mismas personas las que sancionan la legislación de un Estado, ya sea porque se distribuye la competencia por razones de materia y de territorio, sea porque algunas cesan en su cargo y otras se incorporan, o porque se van muriendo, o porque no todas participan en todo momento en la sanción de las leyes que se proyectan, etcétera. Muchos legisladores no son conscientes de las normas que votan, ya sea porque no leyeron el proyecto, no asistieron a las sesiones sino para votar; o porque no entienden el tecnicismo de cuerpos jurídicos preparados por especialistas.

En muchos casos los legisladores no tienen un propósito definido al votar una ley, salvo intereses personales, partidistas o políticos, o porque no la conocen, o porque la ley no cumple una función particular, (1) y en otras ocasiones muchos legisladores tienen propósitos distintos, y hasta opuestos, al sancionar un cuerpo legislativo. Los legisladores que son conscientes de lo que sancionan, y tienen algún propósito al hacerlo, toman en cuenta solamente algunos pocos casos genéricos y no perciben todas las circunstancias Tácticas abarcadas por la ley ni del momento, ni mucho menos, futuras. La voluntad del legislador está limitada, por el cumplimiento de determinadas reglas, por la voluntad de otros legisladores que concurren a adoptar una decisión y, además, por la voluntad de los legisladores futuros, aparte de los factores que hacen ineficaz la decisión tomada. El legislador, como cualquier ser humano, es justo o injusto de acuerdo a las pautas valorativas que se utilicen para juzgar sus actos. El legislador, real se contradice muchas veces consigo mismo y más frecuentemente con otros legisladores. El legislador de carne y hueso deja muchas situaciones jurídicas sin regulación, sea por no tener conciencia de ellas, sea por no considerarlas relevantes. El legislador en muchas ocasiones es redundante, sobre todo con relación a las normas dictadas por otros legisladores. No siempre el legislador real es operativo, ya que muchas veces dicta normas que no pueden ser aplicadas por razones lógicas, empíricas o técnicas. En fin, el legislador-ser humano debe utilizar algún lenguaje natural para comunicarse y la expresión de su voluntad está sujeta a las imperfecciones de ese lenguaje, siendo el hecho de que en muchas ocasiones no tiene esa voluntad mayor "profundidad intencional" que la que se manifiesta en el significado del lenguaje utilizado. (2)

1 Ross, Alf, Sobre el derecho y lo justicia, EUDFBA, Buenos Aires, 1963, p. 142. Allí dice que a menudo es imposible atribuir algún propósito a una ley, sobre todo las que hacen a las instituciones jurídicas centrales que están profundamente arraigadas en nuestra adición cultural. Es absurdo, agrega, preguntarse acerca del propósito de una ley de matrimonio, divorcio, propiedad o herencia. Existen tales. len.,es como postulados culturales por si mismas y no porque cumplan con algún propósito social.

2. FUNCIONES DE LA HIPÓTESIS DE LA RACIONALIDAD DEL LEGISLADOR

A pesar de su no correspondencia con las personas encargadas de dictar el derecho positivo, la expresión "legislador racional" cumple una función relevante en el discurso del jurista. Podemos sugerir la hipótesis de que se trata de un *término teórico*, tal como fue definido en el capítulo IV. No es posible otorgarle referencia fáctica, sino sólo definirlo implícitamente en el contexto de la teoría que más adelante reseñaremos superficialmente.

La teoría del legislador racional permite justificar un conjunto muy amplio de soluciones jurídicas originales de la dogmática, haciendo compatibles los ideales parcialmente competitivos, por un lado, de aceptar dogmáticamente el derecho positivo y, por el otro, adecuarlo a los estándares valorativos vigentes.

La ficción que comentamos permite atribuir esas soluciones efectiva mente originales a la misma voluntad de la cual derivan las soluciones jurídicas positivas.

Pero, a pesar de cumplir estas funciones relevantes, la ficción del "legislador racional" responde a razones más profundas. Entre otras, se encuentra la pretensión de que para que el derecho sea válido debe haber una voluntad de un tipo especial detrás de él. Se ha intentado hacer una analogía entre las normas jurídicas y las órdenes respaldadas por amenazas; por ejemplo: la de un asaltante que exige la bolsa. Es obvio que la eficacia de ese imperativo está dada porque suponemos que es expresión de una voluntad dispuesta a actuar en nuestro perjuicio si no se cumple. Por otra parte, esa orden no es permanente y cesa tan pronto el que la emitió da muestras de desistir de su pretensión.

Pero con el derecho pasa algo muy distinto. Aun superando el problema de determinar la voluntad de los legisladores que sancionan las normas jurídicas, se presenta la grave dificultad teórica de su permanencia a pesar de que los que las dictaron no están pensando más en el asunto, o, más claramente, hace muchos años que han muerto. Algunas teorías pretenden que la voluntad que

cuenta es la que sucesivamente va manteniendo, casi siempre tácitamente, la vigencia de la ley; así Hobbes afirma: "El legislador no es aquél por bajo cuya autoridad la ley fue hecha por vez primera, sino aquél por cuya autoridad continúa hoy siendo ley." 3 Los inconvenientes teóricos de esta tesis han sido expuestos claramente por Hart. 4 Independientemente de ellos, la adopción de tal teoría crearía a la dogmática la grave dificultad de suponer para cada norma una correspondencia volitiva diferente, a medida que va cambiando la integración de los cuerpos que la dictaron y son competentes para su modificación. Se llegaría, además, al extremo opuesto de la actitud que se quiere evitar, o sea la de relacionar estrechamente el significado de las normas jurídicas con la intención de las personas que las dictaron, al desvincularlo totalmente de esa intención y referirlo a una presunta voluntad de los legisladores actuales.

3 *Leviathan*, cap. xxvi, citado por Han, H. L. A. en *V concepto del derecho*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1968, p. 79.

4 *op. cit.*, p. 80.

De este modo, la idea de suponer una única voluntad permanente detrás de un ordenamiento jurídico es una ficción sumamente cómoda. Por un lado tal voluntad se vincula con los propósitos de los legisladores que sancionaron la ley, pero trasciende a ellos y permite adaptar el derecho a las cambiantes circunstancias fácticas y a los nuevos estándares valorativos. La relación con la voluntad general roussoniana aparece aquí también. Rousseau (5) afirmaba que la voluntad general no puede errar, que es siempre recta. Sería excesivo atribuir a los juristas una afirmación semejante respecto a la voluntad que respalda al derecho, pero por cierto la dogmática imputa a esa voluntad la menor cantidad de errores posibles. Por otra parte, esa voluntad si bien a veces se equivoca, por lo menos no se contradice consigo misma, según la dogmática, lo cual va mucho más lejos de lo que los hechos pueden confirmar.

Esa voluntad única y permanente tiene como sujeto al legislador racional, que ya hemos caracterizado, y algunas de cuyas virtudes fueron expuestas por Rousseau. (6)

Leszek Nowak en un artículo titulado: "De la rationalité du législateur comme élément de l'interprétation juridique", (7) realiza un interesante análisis de la teoría dogmática que estamos exponiendo. Allí afirma:

El rasgo característico del método jurídico (es decir, aplicado en la ciencia jurídica llamada dogmática, la ciencia del derecho civil, penal, etcétera) de interpretación de los textos legales, es que tiende a una "optimización" de la ley, es decir, a reconstruir a partir de prescripciones legales las mejores normas posibles del punto de vista de la exigencia de la doctrina moral y política dominantes. Parece que el modo de admitir por parte de la jurisprudencia, el principio de la

racionalidad del legislador real permite echar cierta luz sobre esto.

Más adelante, el autor polaco mencionado, afirma que la racionalidad del comportamiento de las personas estudiadas es un principio característico de todas las ciencias humanas. Pone como ejemplo la economía, la que supone la racionalidad de las previsiones y decisiones económicas de los individuos. El economista acepta esta hipótesis como una cuestión a ser contrastada con los hechos y, en consecuencia, está dispuesto a abandonarla si ellos la falsifican. El jurista tiene una actitud distinta. La racionalidad del legislador es una cuasi hipótesis que se acepta dogmáticamente, sin someterla a verificación empírica. No es una tesis metodológica, sino una pauta normativa que prescribe que los juristas deben interpretar el derecho como si el legislador fuera racional. (8)

5 *El contrato social*, "Los libros del mirasol" (cap. tu, cap. rz), p. 171.

6 *op. cit.*, p. 179.

7 En "Logique et analyse", marzo, 1969, min. T.: *El virrafo que a continuación citamos está en la p. 82.*

Según Nowak, los juristas no sólo presuponen la racionalidad del legislador, sino que también le atribuyen determinados conocimientos y ciertas preferencias valorativas, a saber: los conocimientos proporciona dos por la ciencia contemporánea al jurista y no al legislador, y las valoraciones morales y políticas vigentes en la época del jurista. (9)

Estas atribuciones también se formulan dogmáticamente:

Por las particularidades de la interpretación jurídica —el hecho de considerar sin reservas el principio de la racionalidad del legislador, el atribuirle los conocimientos más justificados y las preferencias "más generosas" (desde el punto de vista del intérprete) — ésta encuentra su analogía con toda interpretación dogmática, doctrinaria, que consista más en respaldar las concepciones del intérprete con el nombre de una autoridad que en reconstruir las concepciones reales de una autoridad filosófica, po lítica, o teológica dada. Pero, aunque tal operación, por ejemplo, cuando busca interpretar textos filosóficos, carece de base cognoscitiva, la interpretación dogmática de un texto legal es un instrumento necesario e indispensable de la adaptación de las prescripciones legales a las exigencias de la vida social. Ella es realmente un medio eficaz para la realización de las funciones, a decir verdad no epistemológicas, de la jurisprudencia.

8 *op. cit.*, p. 84. *Eh el mismo volumen de la revista citada hay un interesante ensayo de Leksander Peczenik titulado Empirical foundations of Legal dogmatics, quien co menta la teoría de Nowak, desarrollada con mils amplitud en Proba metodologicznej charakterystyki prawoznawsiwa, rechazando que el presupuesto de la racionalidad sea una hipótesis aceptada dogmáticamente. Peczenik sostiene que ésta es una directiva que los propios juristas aceptan, es decir que es una regla que indica que las interpretaciones dogmáticas deben adecuarse a estándares de racionalidad. Para este autor la regla que prescribe a los juristas hacer una*

interpretación racional de la ley', aunque el legislador no lo haya sido, puede descomponerse en estas otras reglas: • 1) las leyes deben interpretarse de acuerdo a las reglas sintácticas del lenguaje en el cual fueron formuladas; 2) las leyes deben interpretarse de tal modo que no resulten incompatibles unas con otras; II) las leyes no deben ser interpretadas de tal modo que, por su estructura lógica, resulten siempre obedecidas o siempre violadas. Peczenik sostiene que en la asunción del postulado de la racionalidad de la conducta, la dogmática se parece a las demás ciencias sociales, pero se distingue de ellas en cuanto la dogmática adopta ese postulado como una directiva y no como una hipótesis empírica. Esto fundamenta para este escritor la naturaleza no puramente cognoscitiva de la dogmática jurídica, o sea su función creativa.

9 op. cit., p. 14.

El desarrollo, de Nowak va un poco menos lejos de nuestra tesis, pues él supone que la atribución dogmática de "racionalidad" se refiere a los legisladores reales, es decir a personas que es empíricamente posible que posean tal cualidad, aunque la mencionada atribución no está supeditada a verificación empírica; nosotros, en cambio, pensamos que, aparte de la racionalidad, se le atribuyen al legislador otras propiedades que es empíricamente imposible que posea —claramente, la de su permanencia indefinida— por la cual creemos que, a pesar de sus manifestaciones y de sus propósitos conscientes, los juristas no se refieren en muchos casos con textos, a ningún individuo real cuando utilizan la expresión "legislador", sino que esta palabra funciona, en buena parte de los desarrollos dogmáticos, como un término teórico correlacionado parcialmente, y no definido explícitamente, con la conducta de los legisladores reales. Esto significa que el término "legislador", tal como la dogmática lo utiliza, no tiene correspondencia fáctica, no denota ningún individuo ni designa ningún conjunto de propiedades, cuya presencia sea necesaria y suficiente para la aplicabilidad de la palabra. Se lo usa ante determinadas condiciones establecidas por ciertas reglas de correspondencia y sólo es definible implícitamente con el contexto de una teoría normativa, que pasamos a exponer.

De la atribución al legislador de las propiedades que hemos mencionado se deduciría una serie de características del ordenamiento normativo dictado por él.

El análisis desprejuiciado de los ordenamientos jurídicos vigentes muestra que ellos no poseen necesariamente tales propiedades, lo cual implica la falsedad de la premisa de la cual se partió. Como el legislador real se contradice a veces, no tiene en cuenta siempre todos los casos relevantes; el ordenamiento por él dictado tiene a veces contradicciones, casi siempre lagunas y muchas otras imperfecciones.

Pero ya hemos visto que el jurista, con independencia de lo que pretende conscientemente, no habla del legislador de carne y hueso. Tampoco se refiere

cuando pretende atribuir al ordenamiento jurídico vigente el ser completo, coherente, económico, etcétera, a ese ordenamiento. Independientemente de lo que manifiesta y pretende, el dogmático se refiere a un ordenamiento jurídico *óptimo*, con afirmaciones que se infieren de las referidas a un legislador ideal. Como se presupone que tal legislador es real, encubiertamente el jurista da reglas para la "optimización" del derecho positivo, para ponerlo a la altura del legislador que lo sancionó. Eso optimización, en la ideología del jurista aunque no en los hechos, no consiste en reformular el derecho positivo, sino en descubrir toda su perfección, oculta a los ojos poco agudos.

Es obvio cómo de esta forma se pone de manifiesto la importantísima función del jurista de adaptar el derecho o ideales racionales. Es también evidente cómo se oculta, en general no deliberadamente, esta función con la pretensión de deducir propiedades del orden jurídico de supuestas cualidades del legislador que lo sancionó.

3. REGLAS INTERPRETATIVAS DERIVADAS DEL MODELO

De la teoría normativa del "legislador racional", presentada bajo apariencia descriptiva, es posible inferir reglas de interpretación, (10) formuladas como proposiciones acerca del derecho positivo.

Algunas de estas reglas son las siguientes (mencionamos en primer término la proposición que supuestamente describe una propiedad racional del orden jurídico y luego la regla que encubre esa proposición con sus sub reglas más específicas) :

El ordenamiento jurídico no tiene contradicciones

Regla 1: No es admisible como conclusión de una interpretación que dos normas jurídicas se contradigan. O bien: "No está correctamente resuelto un caso sino sobre la base de mostrar la coherencia del sentido acordado a un precepto con el sentido que corresponde a otros preceptos pertenecientes por, decirlo así, a la misma constelación" (11) (principio de unidad sistemática) .

Regla 1.a.: Si dos normas jurídicas se contradicen, se debe en principio preservar la aplicabilidad de la superior aún a costa de la de nivel inferior (principio jerárquico) .(12)

Regla Lb.: Si dos normas jurídicas se contradicen y una tiene un ámbito de aplicabilidad más limitado que el de la otra, se debe dar, en principio, preferencia a la más específica (*lex specialis*) .(13)

Regla Le.: Si dos normas jurídicas se contradicen y una es posterior a la otra,

en principio, debe darse preferencia a la posterior sobre la anterior (lex posterior) .

10 Algunas de estas reglas están enunciadas en la obra de Nowak citada.

11 Soler, Sebastián, La interpretación de la ley, Ariel, Barcelona, p. 168.

12 Soler, Sebastián, op. cit., p. 169.

13 Ross, Alf, op. cit., p. 127. Allí dice este autor que estos principios no son necesarios a todo sistema jurídico, así como tampoco el de /ex superior y lex posterior, sino que sólo se les presta una adhesión condicional que admite excepciones en algunos casos. Esta tesis la reproducimos nosotros en el ensayo que realizamos con el profesor J. A. Bacque, con el título de "Lesiones y Retórica". "La Ley", Buenos Aires, núm. 126, abril-junio de 1967, p. 966.

Regla 1.a.b.: Si dos normas jurídicas se contradicen y una es superior y general y la otra es inferior y especial, se aplica, en principio la regla 1.a.

Regla 1.a.c.: Si dos normas jurídicas se contradicen y una es superior y anterior y otra inferior y posterior se aplica, en principio, la regla La.

Regla 1.b.c.: Si dos normas jurídicas se contradicen y una es anterior y especial y la otra posterior y general, si no hay derogación expresa de la anterior en principio, se aplica la regla 1.b.

El ordenamiento jurídico es operativo

Regla 2: Debe interpretarse las normas jurídicas de tal manera que cada una de ellas tenga un ámbito autónomo de efectiva aplicabilidad. O en otras palabras: "Entre dos interpretaciones del mismo complejo de preceptos, es mejor la que da contenido dispositivo a las palabras de la ley que la que se ve forzada a negárselo" (14) (principio de vigencia o de operatividad) .

Regla 2.a.: La conclusión de una interpretación no puede ser, en principio, que una norma no debe ser aplicada a ningún caso.

Regla 2.b.: Una interpretación no debe llevar a la conclusión, en principio, de que una norma jurídica carece de significado.

Regla 2.c.: La interpretación de una norma jurídica no debe, en principio, asignarle como referencia, estados de cosas empíricamente im posibles.

Regla 2.d.: La interpretación de una norma no debe implicar, en principio, la conclusión de que establece las mismas consecuencias jurídicas para los mismos hechos que otra norma jurídica (principio de economía) .

Regla 2.e.: De dos interpretaciones de una norma jurídica es mejor en principio, la que se le asigna un sentido que, por concordar con las pautas

valorativas vigentes, hace presumir que tendrá mayor probabilidad de cumplimiento.

Regla 2.f.: De dos interpretaciones de una norma jurídica es mejor, en principio la que asigna a los términos de la misma un significado que, por concordar con el uso común, hace presumir que tendrá mayor probabilidad de ser comprendida y obedecida.

14 Soler, Sebastián, op. cit., p. 168.

El ordenamiento jurídico no tiene lagunas

Regla 3: No debe ser, en principio, la conclusión de una interpretación que no hay ninguna solución jurídica para un caso determinado (principio de completitud) .

Regla 3.a.: En el ámbito penal, si la conclusión, de una interpretación implica que no hay sanción para un caso determinado, la solución debe ser la impunidad (*nullum crimen nulla poena sine lege*).

Regla 3.b.: De dos interpretaciones acerca de una norma jurídica es mejor, en principio, la que relaciona una solución jurídica con un conjunto mayor de casos.

Regla 3.c.: De dos teorías normativas es mejor en principio, la que permite deducir normas que relacionen soluciones jurídicas con mayor número de casos.

Regla 3.d.: Si un caso genérico tiene algunas propiedades relevantes en común con otro caso genérico relacionado con una solución jurídica, es admisible, en principio, atribuirle al primer caso la misma solución jurídica (analogía) .

El orden jurídico es preciso

Regla 4: No es admisible como conclusión de una interpretación, que una norma jurídica o un conjunto de ellas no tiene significado unívoco. La conclusión de una interpretación no puede establecer que algún término de una norma jurídica es vago o ambiguo, o que la norma padece de una ambigüedad sintáctica.

Regla 4.a.: De dos interpretaciones acerca del significado de una palabra de una norma jurídica, es mejor la que le asigna el mismo significado que ya se ha establecido para esa palabra, en el caso que fuera utilizada en otra norma jurídica.

Regla 4.b.: De dos interpretaciones acerca del significado de una palabra de una norma jurídica es mejor, en principio, la que concuerda con el uso técnico jurídico o con el uso común de la palabra.

Regla 4.c.: De dos interpretaciones acerca del significado de una palabra de una norma jurídica es mejor, en principio, la que concuerda con el uso que se le dio en los antecedentes de la sanción de esa norma jurídica.

El orden jurídico es dinámico

Regla 5.a.: De dos interpretaciones de una norma jurídica es mejor, en principio, aquella cuya conclusión implique una solución jurídica que se adecue a las pautas valorativas vigentes en el momento de la interpretación.

Regla 5.b.: De dos interpretaciones de una norma jurídica es mejor, en principio, la que presuponga proposiciones empíricas con mayor grado de confirmación en el momento de la interpretación.

El orden jurídico es finalista

Regla 6: No es admisible como conclusión de una interpretación que una norma jurídica no presuponga ningún propósito reconocido socialmente.

Las reglas mencionadas no agotan, por cierto, todas las posibles inferencias normativas a partir de la teoría del legislador racional. No son exhaustivas.

La presentación de esas reglas no pretende ser sistemática. Hay evidentes superposiciones entre ellas. No son excluyentes.

Las reglas señaladas tienen distinto carácter. Algunas de ellas consisten en exigencias derivadas de determinados ideales racionales, así, por ejemplo: las reglas 1, 2, 2a, 3, 3a, 4, 6, etcétera. Otras reglas indican procedimientos para la concreción de esos ideales, por ejemplo: las reglas 1.a.a., 1.b.c., 2.e., 2.f., 3.d., 4, 4.c., etcétera.

Las reglas que expresan ideales son incondicionales. Las que indican procedimientos para la concreción de esos ideales indican determinadas condiciones, dadas las cuales se presupone que el procedimiento es eficaz para el logro del ideal respectivo. Estas últimas reglas se presentan en alternativas, es decir, que es posible al jurista elegir el procedimiento más adecuado, en atención a determinadas condiciones, para "optimizar" el derecho en cierto sentido.

4. CONFLICTOS ENTRE LOS IDEALES PRESUPUESTOS POR EL MODELO

Los ideales señalados son parcialmente competitivos. En ciertas circunstancias, el conflicto se puede superar si se eligen determinadas reglas de procedimiento para concretar los ideales en cuestión, pero no si se siguen otras. Es obvio, por ejemplo, que si, en relación a una materia penal, se pretende completar el sistema mediante la extensión analógica de soluciones prohibitivas, el ideal de completitud se enfrenta con el de adecuación a los estándares valorativos vigentes, mientras que no ocurre lo mismo si se asigna a los casos no previstos soluciones jurídicas de carácter permisivo.

Los ideales racionales que se presentan en conflicto más dramático son los de coherencia y operatividad o vigencia.

El jurista para ser, él mismo, racional no puede prestar adhesión a dos normas contradictorias. Si se da ese caso, deberá restringir total o parcialmente el ámbito de aplicabilidad de una de ellas o de las dos.

En los casos de aplicabilidad de las reglas que hemos señalado id.d.l.b.c., la solución se obtiene en forma casi mecánica, (15) y abierta mente se abandona, salvo circunstancias muy especiales, el ideal de operatividad en favor del de coherencia.

No ocurre lo mismo cuando el conflicto se plantea entre normas respecto a las cuales no es posible aplicar las reglas en cuestión, es decir cuando se trata de normas dictadas al mismo tiempo, que tienen el mismo nivel y el mismo grado de generalidad. Por ejemplo: cuando pertenecen a un único cuerpo codificado. En estos casos, generalmente también cede el ideal de vigencia, pero no sin previamente proteger la adhesión subjetiva a aquél mediante un refinado aparato retórico

Son notables los esfuerzos de los dogmáticos para preservar algún ámbito de aplicación para dos —o más— normas contradictorias.

Pongamos un ejemplo, esta vez el derecho civil: El artículo 3354 del Código Civil, antes de su supresión por la Ley 17.711, estaba en abierta contradicción con una serie muy grande de otros artículos del mismo cuerpo. Disponía ese artículo que los que tengan una parte legítima de la sucesión podían repudiar la herencia, sin perjuicio de tomar la legítima que les correspondía. Se oponía, entre otros, al artículo 3.591 que establece que la legítima de los herederos forzosos es un derecho limitado a determinada porción de herencia, al 3.353 que dispone que debe juzgarse al renunciante como no habiendo sido nunca heredero y que la sucesión se debe diferir como si aquél no hubiera existido, al 3.539 que establece que la herencia se considerará vacante, entre otras situaciones cuando el heredero repudiare la herencia y no se presentare ningún otro pretendiente, con el 3.317 que establece que la renuncia debe ser pura y

simple y no sujeta a condición, plazo, ni de parte de una herencia, etcétera.

No tiene sentido recoger aquí los esfuerzos de los civilistas para otorgar algún ámbito de aplicabilidad al artículo 3.354, basta solamente con transcribir una nota de un excelente jurista, aunque, quizá, dogmático poco ortodoxo, quien propone la rara solución de tener por no escrito, es decir, negarle absoluta aplicabilidad al artículo en cuestión:

15 Esta afirmación no contradice la posición de Ross y la nuestra de un trabajo anterior, mencionadas en la nota 3. El hecho de que estos principios no sean necesarios no implica que no reciban una amplia adhesión de los juristas, aun cuando los abandonen en casos excepcionales. La cesantía del principio de vigencia crea mucho menos conflictos en los casos en que son aplicables esos principios cuando no lo son.

Se me ha criticado esa solución por demasiado radical. Sin embargo, los que creen que debe hacerse algún sitio para el artículo 3354, se ven obligados a destrozarse otras partes del Código, haciendo combinaciones artificiosas, como si el legislador se hubiera complacido en expresarse por medio de logogrifos. Considero que este procedimiento es el que más se aleja de la ley, porque pervierte en gran número de artículos, destruyendo el sentido obvio que tienen. Yo me pregunto si un heredero que ha hecho renuncia de la herencia ante escribano, puede venir luego al juicio sucesorio de su causante y a recoger allí su legítima. Y esto es lo que nadie se atreve a sostener. 16

Estas irritadas palabras de Forniellés son sumamente ilustrativas para mostrar la fuerza que tiene la adhesión de los juristas al ideal de vigencia. También muestran que el propio autor se adhiere a este ideal, además del de claridad, pues su solución está motivada por el propósito de no modificar el ámbito de aplicabilidad de otras normas del sistema, unido al de no convertirlas en disposiciones ininteligibles.

El ideal de vigencia puede estar en conflicto con otros ideales, además del de coherencia.

Pongamos otro ejemplo, ahora del derecho penal:

El artículo 86, inciso 29 del Código Penal, antes de la reforma de la Ley 17.567, eximía de pena en caso de aborto cuando "el embarazo proviene de una violación o un atentado al pudor cometido sobre una mujer idiota o demente".

El artículo tenía una ambigüedad sintáctica, pues podía ser entendido como que la calidad de la víctima de ser idiota o demente sólo se exigía en el caso de atentado al pudor, o que se requería también en el de violación.

Si se adoptaba la última hipótesis resultaba la dificultad de establecer el significado de la expresión "atentado al pudor". Esta expresión la utilizaba la dogmática, y también el código con una leve variante ("ultraje al pudor"), para hacer referencia a lesiones a la honestidad que no implican acceso carnal. Si se

aceptaba este significado, siguiendo la regla que hemos mencionado como "4.a." y que tiene en cuenta el ideal de precisión del derecho, resultaba que el artículo reglaba un estado de cosas empíricamente imposible: el embarazo proveniente de un acto lesivo de la honestidad que no importe el acceso carnal; con lo cual se violaba gravemente la regla que liemos numerado "2.c.", y que presta atención al ideal de vigencia. Dentro de esta hipótesis, si se optaba por un significado ca la expresión "atentado al pudor" que implicase acceso carnal, abandonado abiertamente la regla "4.a.", resultaba también afectado, aunque no de una manera tan grosera, el ideal de operatividad, pues debía admitirse que el legislador había incurrido en tina insólita redundancia —ver regla 2.d.— estableciendo: la violación o la violación de una mujer idiota o demente (entendiendo que la calidad idiota o de mente de la mujer es exigida en "ambos casos" de violación) .

La primera hipótesis fue la que recibió mayores adhesiones. La calidad de idiota o demente de la mujer se exigía, según ella en el caso de la segunda acción denotada por la expresión "atentado al pudor", pero no de la referida por la palabra "violación". Como era necesario aceptar que "atentado al pudor" significaba acceso carnal, cediendo al ideal de precisión en favor del de operatividad, resultaba aquí también una redundancia pero no tan grave como la de la primera hipótesis; pues la palabra "violación" ya comprende, entre otros casos, el acceso sexual con mujer idiota o demente, lo cual llevaba a admitir que con la frase "atentado al pudor" sobre una mujer idiota o demente se reiteraba parte del significado de "violación". Con esta interpretación se incluía además, de acuerdo con las valoraciones vigentes, la impunidad del llamado "aborto sentimental".

En resumen: esta interpretación ganó más favor dogmático, pues permitía preservar en más alto grado el ideal de operatividad, al rechazar que se hubiera normado un estado de cosas empíricamente imposible; porque, si bien implicaba una redundancia legal, ésta era parcial, a diferencia de la otra alternativa de la hipótesis competitiva, y porque adecuaba la norma a estándares valorativos vigentes. El costo de interpretación estaba dado por el abandono del ideal de precisión —al otorgar dos significados a la expresión "atentado o ultraje al pudor" y por la admisión de la redundancia parcial anotada.

En los dos ejemplos mencionados se ha visto la fuerza del ideal de vigencia u operatividad, que es equivalente a la actitud de adhesión formal al sistema legislado que analizamos en el segundo capítulo; de tal modo, que si bien se restringe o se excluye la aplicabilidad de una norma, se le hace para mantener la operatividad de otras.

Hay casos muy excepcionales, en los cuales, sin embargo, el ideal de vigencia cede a otros, en especial el de adecuación valorativa del orden jurídico. 17

Un ejemplo está dado por el caso del delito de abandono por causa de honor

de un recién nacido seguido de su muerte.

No obstante que esa muerte es preterintencional, el hecho tenía en el Código Penal, anteriormente a la reforma de Ley 17.567, pena mayor que el infanticidio (delito doloso) . A pesar de que los autores vieron aquí una contradicción normativa " no había tal, sino a lo sumo una laguna axiológica. Algunos dogmáticos, como Soler, 19 proponían que los límites máximos y mínimos de la pena del abandono del recién nacido seguido de su muerte, están dados por los de la pena del infanticidio, lo cual implica tanto como negar vigencia al artículo 107 (abandono) , salvo como extensión del tipo del artículo 81, inciso 29 (infanticidio) . Se ve claro la renuncia al ideal de vigencia en favor del de adecuación axiológica.

5. VIGENCIA DEL MODELO DEL LEGISLADOR RACIONAL EN LA DOGMÁTICA. EVALUACIÓN

En todos estos ejemplos extraídos de la elaboración dogmática argentina, no se recurre explícitamente a la teoría del legislador racional para fundar determinadas soluciones. CO Creemos que tal hecho se debe a que la teoría mencionada está presupuesta tácitamente en el desarrollo dogmático con un carácter tan obvio y con tan difundida aceptación que se considera innecesario hacerla manifiesta. La adhesión a esta teoría se pondría de relevancia, según creemos, si se dudara acerca de los supuestos de la labor dogmática: ¿por qué dos normas no pueden contradecirse?, ¿por qué no es posible negar la operatividad de una norma? ¿por qué debe suponerse que las palabras de la ley tienen un sentido unívoco?, ¿por qué una ley no puede resultar obsoleta respecto a nuevos hechos y a nuevas valoraciones?, ¿por qué a cada norma deba corresponderle un cierto propósito? Pensamos que las respuestas a estas preguntas serían siempre del mismo tipo y consistirían en la atribución de propiedades presuntas al legislador que sancionó las normas en cuestión.

17 Aleksander Pcczenik, op. cit., p. 4:3. sostiene: "Los abogados y juristas tratan de re conciliar dos principios: primero que la interpretación de la ley debe ser estricta, sin correcciones arbitrarias, y segundo que la ley debe ser justa. La justicia a menudo exige correcciones del sentido literal de las leyes. A pesar de eso, en la dogmática jurídica existe la continua necesidad de un compromiso entre el principio de interpretación estricta de la ley y el principio de justicia,"

18 Véase por ejemplo, Soler, Sebastián, Deiccho penal argentino, t. ni, p. 215.

19 op. cix., t, in, p. 216.

20 Una manera interesante y explícita de la idea que la contradicción entre dos normas pertinentes a un sistema es incompatible con el postulado de la racionalidad de la auto ridad que las sancionó, la podemos encontrar en la obra de un lógico. G. H. von Wright, Norma y acción, Tecnos, Buenos Aires, 1970, p. 16?. En tal trabajo se dice: "Que las normas pueden contradecirse unas a otras lógicamente no es algo que la lógica "por sí sola" puede mostrar, Pueda mostrarse, si acaso, sólo en base a consideraciones que pertenecen a la naturaleza de las normas y no es ni mucho menos obvio que pueda mostrarse ni aun así.

La única posibilidad que se me alcanza de mostrar que las normas que son prescripciones

puedan contradecirse unas a otras es relacionar la noción de prescripción con alguna noción sobre la unidad y coherencia de una voluntad. Resulta natural aplicar a la voluntad que no convierte sus objetos en incompatibilidades, atributos tales como racional, o coherente., o consistente." Resulta obvio, que los juristas prestan adhesión implícita a esta idea. Tal presupuesto podría tener fundamentos; empíricos si todas las leyes provinieran de un mismo individuo, pero constituye una ficción cuando se trata de un conjunto de leyes dictadas por una pluralidad de personas; en tal caso el presupuesto se basa en la ficción que analizamos, de que el legislador es único." Relativo a esto, el párrafo de Von Wright que, acabamos de citar en parte, confluye así: "Comprobamos ahora que, al menos en lo tocante a las prescripciones la identificación de la compatibilidad con la posibilidad de coexistencia está sujeta a una salvedad importante: Las prescripciones tienen que tener la misma autoridad."

La explicitación de la teoría del legislador racional, generalmente, ocurre en otro nivel de investigación jurídica. De este modo, el profesor Sebastián Soler dedica largas páginas 21 contra la pretensión de la exégesis de identificar a la persona de carne y hueso que sanciona una norma con el legislador, formulando frases tan sugestivas como éstas:

Legislar, pues, no es tarea de psicología; sólo colocándose el legislador en el plano espiritual en que el derecho se encuentre, esto es, elevándose, se hace realmente legislador. *Esto ocurre, pues, a costa de despersonalizarse.*

Es obvio que aquí se usa la palabra "legislador" con dos significados distintos: la primera vez para referirse a un individuo real y, en la segunda ocasión, como un término teórico sin referencia a ninguna persona (prestar atención a los términos subrayados por nosotros) .

También Jiménez de Asúa 22 hace explícita esta idea en los siguientes términos:

La ley no surge hoy —en las democracias— del autócrata, de una sola persona, cuyo "espíritu" o "voluntad" es muy difícil hallar. *El legislador es Actualmente una abstracción*, mejor dicho una función (subrayado nuestro).

Para terminar, sólo cabría reiterar la idea que constituye en parte la conclusión del excelente trabajo de Nowak citado: si se considera que es conveniente una reformulación del derecho por parte del jurista para adecuarlo a ideales racionales y axiológicos aceptados, lo cual parece ser claro, y si es un hecho que, en el presente contexto social, al jurista no le está permitido proceder abiertamente a esa modificación del sistema, la teoría normativa del "legislador racional" cumple una función extremadamente útil en la elaboración dogmática.

21 *La interpretación de la ley*, cit., p. 122.

22 Jiménez de Asúa, Luis, *Tipicidad e interpretación de la ley* 11.210. Ed. "La Ley", cit. por Peña Gueman, Gerardo en *El delito de homicidio emocional*, Abeledo-Perrot. Buenos Aires, 1969, p. 69.

VI. ALGUNAS CONSIDERACIONES GENERALES A MODO DE
CONCLUSIÓN

1. Las concepciones vigentes acerca de la dogmática jurídica 103

2, El método "hipotético-deductivo" y la racionalidad de la dogmática
jurídica. 109

VI. ALGUNAS CONSIDERACIONES GENERALES A MODO DE CONCLUSIÓN

1.LAS CONCEPCIONES VIGENTES ACERCA DE LA DOGMÁTICA JURÍDICA

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

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

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

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

1. *Metodología del Derecho*, EMA. México.

Los críticos apuntan, sobre todo, el carácter metafísico de muchas

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

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

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

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

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

No obstante, los hechos mencionados no han motivado suficientemente a los teóricos del derecho para investigar cuáles son los ideales y las funciones de la dogmática, tal cual se desarrolla efectivamente. En general, se han conformado con certificar las notorias diferencias entre ella y las actividades científicas y proponer un esquema de ciencia del derecho, en concordancia con los ideales presupuestos por tales actividades.

2 Carrió Genaro R., Notas sobre derecho y lenguaje, Abeledo Perrot, Bs. As. 1967, p. 12. En síntesis, Carrió sostiene que las controversias seculares acerca del concepto de causa son pseudodisputas en torno a proposiciones analíticas. "¿Cómo es posible que pensadores serios invoquen seriamente afirmaciones que no son otra cosa que desarrollos analíticos de una decisión previa (la que asignó a la palabra causa el sentido x) , para 'registrar' otras afirmaciones que, a su vez, nb son más que desarrollos analíticos de una decisión previa

distinta (la de otro pensador que asignó a la palabra causa el sentido Z) ".

"Hay acaso una misma entidad —la causa— que es para unos una finalidad impersonal y abstracta, para otros un cúmulo de móviles concretísimos, para otros un standard %ato rativo, etcétera. O todo cuanto hay como ejemplo unificador del debate es una misma palabra?"

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

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

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

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

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

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

4 Bulygin, Eugenio, "El concepto de vigencia en Alf Ross", separata de la "revista del Consideraciones sobre la dogmática jurídica. 101

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

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

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

Estas ficciones responden, generalmente, a una constelación de concepciones sinceras de los juristas acerca de la naturaleza del derecho que se vinculan a las ideas del racionalismo. La mayoría de los grandes dogmáticos consideran como ideal de su actividad no crear nuevo derecho, ni proponer soluciones normativas en consideración a las consecuencias prácticas, sino principalmente descubrir sus principios implícitos. Para ello utilizan un variado instrumental que incluye teorías sobre la naturaleza jurídica de un instituto; 6 criterios selectivos de normas jurídicas; teorías sobre la finalidad de una regulación; clasificaciones pretendidamente "naturales"; definiciones "reales"; pautas para interpretar la "verdadera" voluntad del legislador; principios supuestamente necesarios a todo derecho, como el de clausura; principios característicos de determinados sistemas políticos, como el *nullum, crimen sine lege, nulla poena sine culpa y non bis in idem*; reglas derivadas de una pretendida estructura de los conceptos fundamentales del derecho, como las que disponen las consecuencias del "abuso del derecho", la "función social de la propiedad", la "autonomía de la voluntad contractual", la "no exigibilidad de otra conducta" como causal de inculpabilidad y el "consentimiento del interesado" como causal de justificación; etcétera.

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

6 Feigl *An Reason*, Oxford University Press, 1963, p. 8.

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

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

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

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

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

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

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

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

2. EL MÉTODO "HIPOTÉTICO DEDUCTIVO" Y LA RACIONALIDAD DE LA DOGMÁTICA JURÍDICA

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

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

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

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

Una vez presentada a título provisional una nueva idea, aún no justificada en absoluto —sea una anticipación, una hipótesis, un sistema teórico o lo que se quiera— se extraen conclusiones de ella por medio de una deducción lógica, estas conclusiones se comparan entre sí y con otros enunciados pertinentes, con el objeto de hallar las relaciones lógicas (tales como equivalencia, deductibilidad, compatibilidad e incompatibilidad, etcétera) que existan entre ellas.

7 Popper, Jarl, *La lógica de la investigación científica*, Tecnos, B. Aires, 1967, p. 39.

8 Op. cit., p. 29,

9 Op. cit., p. 32. Para mayor comprensión del pensamiento de Popper, transcribimos la continuación de los párrafos expuestos en el texto "Lo que se pretende con el último tipo de contraste mencionado es descubrir hasta qué punto satisfarán las nuevas consecuencias de la teoría —sea cual sea la novedad— de sus asertos a los requerimientos de la práctica, ya provengan de experimentos puramente científicos o de aplicaciones tecnológicas prácticas.

También en este caso el procedimiento de contrastar resulta ser deductivo —veámoslo—. Con ayuda de otros enunciados anteriormente aceptados se deducen de la teoría a contrastar ciertos enunciados singulares, que podemos denominar 'predicciones'; en especial, predicciones que sean fácilmente contrastables o aplicables, se eligen entre estos enunciados los que no sean deductibles de la teoría vigente y, más en particular, los que se encuentren en contradicción con ella. A continuación, tratamos de decidir en lo que se refiere a estos enunciados deducidos (y a otros) , comparándolos con los resultados de las aplicaciones prácticas y de experimentos. Si la decisión es positiva, esto es, si las conclusiones singulares resultan ser aceptables o verificarlas, la teoría a que nos hemos referido ha pasado con éxito las contrastaciones (por esta vez) : no hemos encontrado razones para desecharla. Pero si la decisión es negativa, o sea, si las conclusiones han sido falsadas, esta falsación revela que la teoría de la que se ha deducido lógicamente también es falsa." (32)

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

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

Hare se encarga de aclarar que, sin embargo, hay una importante diferencia entre el razonamiento científico y el moral; esa diferencia está dada por el hecho de que los datos de la observación científica están representados por proposiciones descriptivas, mientras que en el caso de la moral nos encontramos con prescripciones. Lo que provoca el rechazo de una hipótesis científica es que éste tenga como consecuencia una proposición "p" cuando se verifica la propisición opuesta "no p", en cambio, el rechazo de una hipótesis moral está determinada por el hecho de que de ella se infiere una prescripción particular, inaceptable, porque se adhiere a la prescripción opuesta. No obstante

esto, el autor citado sostiene que esta diferencia no puede oscurecer la relevante analogía en tre ambas clases de razonamiento. (12)

10 Op. cit., p. 91.

11 Op. cit., p. 92.

12 Se nos ha informado que el profesor Carlos E. Alchourron sugirió en una conferencia pública una idea similar a la que aquí se desarrolla: es decir propuso una cierta analogía entre el método hipotético deductivo de Popper y el procedimiento de justificación de las soluciones dogmáticas.

Esta idea propuesta por Hare puede ser extendida quizá con más fecundidad aún al razonamiento dogmático. (13)

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

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

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

En el caso de que las consecuencias de la hipótesis propuesta sean total o parcialmente equivalentes a las conclusiones de otras normas interpretativas aceptadas, el jurista generalmente, procederá a reformular la hipótesis en consideración al principio de economía relacionado con el ideal de vigencia, que mencionamos en la nota anterior.

13 Aquí sugerimos que la legislación constituye para la dogmática un conjunto de expresiones lingüísticas, a las que ella otorga sentido de acuerdo a determinadas reglas sintácticas y semánticas que pertenecen a su sistema. Es obvio que la intención del legislador no se agota en formular expresiones lingüísticas sino en transmitir, a través de ellas un significado normativo, determinado. Pero, justamente, una de las bases ideológicas de la dogmática con siste en el rechazo del axioma de la exégesis que prescribe la interpretación de los textos legales de acuerdo a la intención del legislador. Si la intención de quien formuló una expresión lingüística no se toma como decisiva para su significación, esto implica que a la expresión en cuestión se le adjudica un sentido independiente del que tiene: porque un conjunto de símbolos tiene el significado que le quiso dar quien los formuló, y ningún otro. Cuando en los contextos cotidianos deseamos interpretar lo que otro quiso decir recurrimos al uso común de las palabras que ha utilizado, pero simplemente porque presuponemos, como una cuestión de

hecho, que ha querido utilizar esas palabras con el significado en uso, y si tenemos prueba de lo contrario, abandonamos tal presunción e interpretamos sus palabras de acuerdo a su intención. Pero para la dogmática, la regla del uso común no es mera mente una guía para determinar la intención lingüística del legislador, cija se aplica, o se aplican otras reglas de interpretación de manera que generalmente no pueda ser revocada por una declaración de intención del legislador. O sea, que lo que para el jurista es vinculante con las palabras que utilizó el legislador y no el sentido que éste les otorgó: el jurista descubre esas palabras, pero no su significado el que lo adjudica conforme a ciertas reglas. Claro está que, generalmente, coincide el significado que el dogmático atribuye a las expresiones lingüísticas del legislador, con el que éste quiso otorgarles, pero ésta es una cuestión contingente, dependiente de que el legislador haya seguido o no reglas semánticas similares a las incorporadas al sistema del jurista. Por cierto que decir que para la dogmática el sistema legislado es un conjunto de expresión lingüísticas, no implica que el jurista sea totalmente libre en la tarea de darles sentido; ya hemos visto, en el quinto capítulo, que hay reglas bastante estrictas en relación a esta actividad.

Si las conclusiones de la hipótesis interpretativa son incompatibles con las de otras interpretaciones de expresiones lingüísticas del legislador, la necesidad de reformularla será más fuerte que en el caso precedente, dada la prioridad que se da, en principio, al ideal de consistencia. En el caso de que las consecuencias del enunciado interpretativo sean compatibles e independientes de las conclusiones del resto del sistema, el dogmático tiene todavía que considerar, y éste sería otro paso lógico, la admisibilidad de la hipótesis en el plano valorativo.

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

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

Solamente en consideración a ideales racionales o axiológicos muy poderosos, un jurista puede apartarse, por ejemplo, de la regla del uso

común con la interpretación del lenguaje del legislador, aunque es obvio que las imprecisiones del lenguaje ordinario le conceden un juego de alternativas considerable.

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

Pero hay casos de otras reglas, por ejemplo, las que prescriben la analogía y la interpretación "a contrario", o los principios de interpretación *lex posterior* y *lex specialis*, que se presentan como alternativas en la elección de las cuales el jurista tiene bastante libertad. Por otra parte, las teorías dogmáticas (que hemos visto en el cuarto capítulo) si bien permiten al jurista soluciones normativas no inferibles directa mente de las expresiones lingüísticas del legislador y los presupuestos generales y reglas de inferencia de la dogmática, una vez aceptadas imponen al jurista la limitación de no poder derivar soluciones incompatibles con las mismas, o aun independientes si es que no se construye una nueva teoría cuyas consecuencias sean admisibles.

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

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

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

posible en relación a la moral.

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

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

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

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

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

Carlos Santiago Nino

"ciencias normativas" e incluir a la dogmática jurídica entre ellas, teniendo cuidado, naturalmente, en no envolvernos con la idea mágica de que, con ese rótulo, hemos hallado, por fin la quinta esencia de la labor de los juristas.