

# SISTEMA Y PROBLEMA DE LA INVESTIGACION JURIDICA: PARA UNA DOGMATICA FLEXIBLE DEL DERECHO

*José Luis Cea Egaña* \*

Profesor de Derecho Político y Derecho Constitucional

## I. TRES ELEMENTOS DEL DERECHO

Para investigar el Derecho y los fenómenos a él conexos, imperativo resulta distinguir los tres elementos que lo integren y que, coherentemente conjugados, constituyen su esencial unidad. Se trata de un problema cuya solución requiere de análisis para luego buscar la síntesis, reuniendo, armonizando y compenetrando los tres elementos que paso a explicar <sup>1</sup>.

El Derecho se manifiesta, en sentido objetivo, con la forma de un sistema de normas jurídicas, válidamente formulado y que admite la coacción <sup>2</sup>, entendiendo que en tales normas hay preceptos —que describen las exigencias jurídicas— y las sanciones aplicables a quienes no los obedezcan.

Este es el Derecho desde el punto de vista positivo, o sea, el conjunto de normas jerárquicamente dispuestas dentro de un sistema en sí reputado autónomo y consistente, porque todas ellas son establecidas de acuerdo con los principios y reglas fundamentales reunidas en la Constitución. Los códigos, las leyes en sus diversas especies, los reglamentos, ordenanzas, sentencias y, en sentido figurado, la ley del contrato para sus partes, se desprenden de las normas primarias o constitucionales, estructurando un sistema claro en sus preceptos, completo en su objetivo —que es regular el orden en la convivencia humana— y, sobre todo, seguro en su interpretación y aplicación para resolver en paz los conflictos sociales.

Hay, sin embargo, un segundo elemento del Derecho y que surge sólo cuando, superando lo positivo-formal de las normas escritas, se percibe la interrelación entre la vida social y el ordenamiento jurídico que pretende regirla. El Derecho, en este sentido, es un fenómeno normativo que emerge en una determinada sociedad como instrumento de ella, siendo a veces

\* Clase inaugural de la Cátedra de Introducción a la Investigación Jurídica en la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile, dictada en el Aula Magna de dicha Facultad el 20 de abril de 1983. Para su publicación, el autor ha omitido las palabras de circunstancia y agregado las citas y notas en que se apoyan sus argumentaciones.

<sup>1</sup> Giuseppe GRANERIS, *La Filosofía del Derecho a través de su historia y de sus problemas* (Santiago, Ed. Jurídica de Chile, 1979), p. 195.

<sup>2</sup> Id., p. 63.

acatado y otras no por sus miembros, que difieren según los pueblos, civilizaciones y tiempos.

El Derecho, así comprendido, es un hecho social, una realidad y necesidad humana empíricamente observable, que precede y condiciona a la declaración deliberada que de él la autoridad efectúa mediante normas incorporadas en textos legales. En este nivel analítico, son las costumbres, los comportamientos y las presiones sociales las que configuran el régimen jurídico realmente acatado y cumplido en una comunidad<sup>3</sup>.

Arribamos, finalmente, al tercer elemento del Derecho y que es él en cuanto enuncia, simultáneamente, algo que debe ser y que se debe hacer, por virtud de expresar las normas positivas un valor como razón determinante de los comportamientos declarados obligatorios por ellas<sup>4</sup>.

Los valores son cualidades que las conductas nos presentan en tanto que coincidan con pautas o criterios, ideales pero objetivos, mediante los cuales en la realidad se discrimina en favor de lo que se quiere preservar o hacer efectivo. Ahora bien, en el dominio espiritual, hay, por lo menos, tres grupos de valores: morales, estéticos y religiosos. Los valores morales, comprensivos de los jurídicos, se caracterizan por su imperativo de acción, es decir, contienen no sólo un deber ser sino, además, un deber hacer<sup>5</sup>.

Los valores son, ya lo hemos dicho, entes ideales y no concretos, pero con fundamento en el mundo porque están en la relación del hombre con las cosas. Ellos tienen vocación de ser realizados, pretensión de imperar sobre el mundo y encarnar en él a través de la acción humana. Por eso, un valor se aprecia no sólo cuando se ha realizado, sino a pesar de su no realización<sup>6</sup>.

El Derecho positivo es el depositario de los valores, generalmente elegidos por el autor de las normas jurídicas en sus variados niveles o, excepcionalmente, impuestos a él por la presión de una fuerza social operante como una fuerza modeladora del ordenamiento jurídico. Y tal elección o presión presume una razón para preferir lo que se manda o permite y rechazar lo que se declara prohibido. Normar es siempre decidir, sea por elección o presión, y la norma positiva, en consecuencia, expresa un juicio de valor<sup>7</sup>.

<sup>3</sup> Henri BATIFFOL, *Filosofía del Derecho* (Buenos Aires, Eudeba, 1964), pp. 31 y 44.

<sup>4</sup> Miguel REALE, *Introducción al Derecho* (Madrid, Pirámide, 1979), pp. 45-48. J. M. BOCHENSKI, *Introducción al pensamiento filosófico* (Barcelona, Herder, 11ª ed., 1982), pp. 68-69.

<sup>5</sup> Risieri FRONZINI, *¿Qué son los valores?* (México D.F., Fondo de Cultura Económica, 5ª ed., 1972), pp. 14-19.

<sup>6</sup> Luis RECASENS SICHES, *Introducción al estudio del Derecho* (México D.F., Porrúa, 1970), pp. 14-15. BOCHENSKI, nota 4, pp. 74-75.

<sup>7</sup> Luis RECASENS SICHES, *Experiencia jurídica, naturaleza de la cosa y lógica "razonable"* (México D.F., Fondo de Cultura Económica, 1971), p. 108. Agustín

En la perspectiva de los valores, lo que preocupa es indagar el Derecho en cuanto expresión de criterios de justicia, esto es, un deber ser axiológicamente entendido y no sólo las reglas positivas ni los comportamientos empíricamente observables<sup>8</sup>. Se trata del ideal de justicia que, con la cualidad de supremo parámetro, permite valorar o estimar la legitimidad de los dos niveles anteriormente esbozados, criticándolos —si es del caso— con apoyo en los principios de la naturaleza humana. Con sujeción a éstos, se afirma que la persona es responsable por un orden de su vida dotado de sentido, que es el sujeto de la conformación de un deber trascendente a la existencia<sup>9</sup>.

## II. CIENCIA, SOCIOLOGÍA Y FILOSOFÍA DEL DERECHO

La Ciencia del Derecho Positivo o Dogmática Jurídica examina las normas de esa índole pero, en su perspectiva tradicional, volcándose el investigador hacia el interior del sistema promulgado y desvinculado tanto del entorno social como de la dimensión valorativa. El objeto de tal dogmática es el contenido de un determinado ordenamiento positivo, histórico y perecedero, examinado metódicamente con la intención de hacerlo aplicable, es decir, que sirva en la práctica jurídica<sup>10</sup>.

Para el jurista que así piensa, el Derecho es la suma de normas positivas formalmente vigentes. El fin de esta suma estriba en garantizar la seguridad en la convivencia humana, merced a la inviolabilidad del orden fluyente de una triple certeza en el trabajo con las normas: primero, certeza en la constatación jurídica de su existencia; segundo, certeza en la interpretación uniforme de las normas; y tercero, certeza en la aplicación imparcial e igual de los conceptos puros o esencialmente jurídicos que las integran<sup>11</sup>.

De otro lado, es la Sociología del Derecho la que, sin fundamentarlo en ningún principio normativo *a priori*, formal como en el positivismo o sustancial cual ocurre en la axiología, se atiene únicamente a los hechos de observación y de experiencia social, para aclarar en virtud de qué proceso causal los hombres consideran ciertas conductas con el atributo de buenas o malas (sin evaluarlos ella misma) y a través de qué mecanismos llegan a promulgarlas, respetarlas, transgredirlas o cambiarlas. El investigador

SQUELLA, "El conocimiento de los valores en el Derecho", *Revista de Ciencias Sociales* N° 16 (1980), pp. 32-36.

<sup>8</sup> GRANERIS, nota 1, p. 62.

<sup>9</sup> HANS WELSEL, *Introducción a la Filosofía del Derecho* (Madrid, Aguilar, 1974), pp. 250-251.

<sup>10</sup> HELMUT COING, *Fundamentos de Filosofía del Derecho* (Barcelona, Ariel, 1961), pp. 266-267.

<sup>11</sup> COING, nota 10, p. 37. GRANERIS, nota 1, pp. 198-200.

en Sociología Jurídica, en consecuencia, estudia el ordenamiento desde su apariencia exterior, es decir, indaga sobre lo fáctico del mismo explicándolo causalmente sin intentar fundamentarlo, tarea que es inherente al dogmático y al iusfilósofo<sup>12</sup>. Y en esta tarea, le inquieta constatar con el método empírico, cuál es el grado de eficacia, acatamiento o cumplimiento real de las reglas positivas, con lo que se abre al estudio de las conexiones entre el Derecho, los cambios sociales y los desajustes entre las normas jurídicas y la realidad social.

La tarea en este ámbito es, sin embargo, más vasta y compleja. En efecto, la Sociología Jurídica comprende entre sus temas la determinación objetiva del Derecho vivido en una sociedad, el substrato fáctico o causa material de un sistema jurídico, la recíproca influencia del Derecho y la sociedad, los valores jurídicos detentados por la comunidad o por sectores de ella, el fundamento sociológico de tales valores y la influencia de ellos sobre la realidad social<sup>13</sup>. Más aún, la Sociología Jurídica, teórica o empírica, investiga las funciones sociales que la normatividad positiva satisface en los hechos, por ejemplo, en cuanto a la solución de conflictos, la orientación y control del comportamiento, la organización y legitimación del Poder en la sociedad, la configuración de las condiciones de vida y, en fin, el cuidado tanto como el prestigio del Derecho<sup>14</sup>.

Por último, la Filosofía del Derecho asume la función estimativa, partiendo del convincente supuesto de que al ordenamiento jurídico le incumbe realizar diversos valores, el nexo entre los cuales yace en un fin supremo y último, que es la justicia en sus variados aspectos.

Si la Dogmática se ocupa de la legitimidad legalizada y la Sociología Jurídica versa sobre la legitimidad eficaz, incumbe a la Filosofía del Derecho el examen del tercer y más radical nivel de legitimidad: la legitimidad justa<sup>15</sup>. Desde este prisma se asume que la razón justificativa suficiente para la imperatividad de una norma jurídica o de una conducta no puede ni debe por sí y sin más darse por cumplido en ella.

Quien dedica su atención a la justicia no puede aceptar que el Derecho sea siempre y por entero identificado con la regla positiva, como tampoco diluido en los comportamientos. No puede ser identificado con la regla positiva porque el Derecho debe vincular por el respeto que merece en

<sup>12</sup> Jean PIAGET, "Las relaciones entre la moral y el derecho" en su *Estudios Sociológicos* (Barcelona, Ariel, 1977), pp. 199-204.

<sup>13</sup> Elías DÍAZ, *Sociología y Filosofía del Derecho* (Madrid, Taurus, 1971), pp. 209-217.

<sup>14</sup> Vilhelm AUBER, *Sociología del Derecho* (Caracas, Tiempo Nuevo, 1971), pp. 8-12. Manfred REHBINDER, *Sociología del Derecho* (Madrid, Pirámide, 1981), pp. 155-170. Adam PODGORECKI, "Public opinion on law" en Adam Podgorecki et al., *Knowledge and Opinion about Law* (London, Martin Robertson, 1973), pp. 65-100.

<sup>15</sup> DÍAZ, nota 13, p. 63.

conciencia, o sea, íntimamente, más que forzar por el Poder o coercibilidad externa de las normas jurídicas<sup>16</sup>. Y tampoco puede ser diluido en los comportamientos porque éstos han de ser cotejados con los principios que dan sentido trascendente a la vida, aprobándolos en el evento positivo y rechazándolos en el contrario, sin que para pensar de otro modo sea suficiente la existencia en los hechos de una tendencia operante como respuesta a un problema social, ya que la cuestión radica en saber si es oportuno o conveniente alentar esa tendencia<sup>17</sup>.

Cuando el Derecho realiza la justicia, en el cambio se recogen otros beneficios, siendo el más significativo el orden en convivencia pacífica, es decir, el fin inmediato del ordenamiento jurídico, su primera necesidad y tarea. El fin del Derecho, por ende, consiste en garantizar que por la justicia se logre un orden seguro, creador de las condiciones que permitan realizar el bien común<sup>18</sup>.

Y para realizar la investigación iusfilosófica, el jurista ordena normativamente hechos según valores y relaciona valores con hechos según normas<sup>19</sup>, buscando el Derecho legítimo, esto es, el que cumple con un criterio de justicia<sup>20</sup>.

### III. SUPERACIÓN DE REDUCCIONISMOS

La visión plena o tridimensional del Derecho posibilita la superación de los reduccionismos formal, fáctico y especulativo con que sus defensores han pensado agotar la ontología jurídica. Pues el Derecho es un conjunto de normas positivas, válidamente formulado con sujeción a la justicia por la autoridad de una comunidad independiente, para regular con eficacia el orden pacífico y seguro de su convivencia, castigando las contravenciones. En el Derecho, consiguientemente, hállanse los tres elementos ya descritos, integrados por los fines de justicia, seguridad y orden para el bien común del grupo en que rige.

Podrá, ahora, comprenderse el vasto ámbito de confluencia que el Derecho ofrece a los saberes de otras ciencias sociales. Y es que con él, sinópticamente dicho, se organiza, regula y cambia la vida social, económica y política, no pudiendo olvidarse la decisiva influencia que la dinámica de tales variables ejerce sobre el ordenamiento jurídico, aunque no de-

<sup>16</sup> PIAGET, nota 12, pp. 216-218.

<sup>17</sup> BATIFFOL, nota 3, pp. 41-42.

<sup>18</sup> GRANERIS, nota 1, pp. 202-201. Consultar también, en general, L. LE FUR, J. T. DELOS, G. RADBRUCH y A. J. CARLYLE, *Los Fines del Derecho: Bien común, justicia y seguridad* (México D.F., UNAM, 1967).

<sup>19</sup> REALE, nota 4, p. 251.

<sup>20</sup> DÍAZ, nota 13, p. 63.

terminándolo para convertirlo en fenómeno dependiente de circunstancias extrajurídicas.

Pero lenta y prolongada ha sido la evolución que, aparentemente culmina en la concepción trialista del Derecho.

La sólida construcción lógico-formal del positivismo racionalista, surgida de la crisis teológica que repercutió a raíz de la Reforma en la concepción iusnaturalista y expandida después con la irrupción del método científico en sentido estricto, pareció desplazar —durante el siglo pasado y parte del presente— la faceta ética de los estudios jurídicos.

Sin embargo, los excesos del formalismo positivo, al subordinar el Derecho a las construcciones racionalistas, desvinculadas de la realidad y promulgadas con el carácter de normas por los gobernantes de los Estados-Naciones, motivaron que la investigación jurídica se orientara hacia el objetivo opuesto del sociologismo jurídico. Según éste, las normas lisa y llanamente no existen, encontrándose sólo conductas grupales que tampoco obedecen a los entonces despreciados valores jurídicos. Del positivismo de las normas escritas, por ende, se transitó al positivismo de los hechos sociales, incurriéndose en uno y otro caso en las simplificaciones análogamente ubicables en posiciones extremas. Pues el racionalismo positivizó las formas al prescindir de los hechos, creyendo que la ley, entendida como expresión abstracta de la voluntad general, era la fórmula que eliminaría la arbitrariedad, haciendo que en lugar de gobernar unos hombres a otros, todos se gobernarán por sí mismos. Y el sociologismo jurídico positivizó los hechos, desde que la ciencia empírica aplicada al Derecho no versa sobre las normas, su contenido ni fines, sino sobre la experiencia grupal, exclusivamente.

Los profundos cambios sociales —democratización, secularización y redistribución de la riqueza, por ejemplo—, experimentados a raíz de las dos guerras mundiales y las revoluciones en Oriente y Occidente, determinaron el replanteamiento de la naturaleza de los ordenamientos jurídicos<sup>21</sup>. Formuláronse entonces críticas certeras a los criterios positivista y sociológico, realizando la justicia como fin último de tales ordenamientos. El iusnaturalismo, consiguientemente, volvió a encontrar su lugar en las investigaciones jurídicas pero ya sin la pretensión de explicar sólo él todo lo que es Derecho.

Cabe, en síntesis, comprender lo jurídico abarcando sus tres elementos e investigar tanto el valor de la seguridad que prodiga el ordenamiento positivo conocido, como el valor de la justicia que legitima sus mandatos y sanciones aplicados en casos concretos, a la vez que influye en el cum-

<sup>21</sup> Jean CARBONNIER, *Derecho Flexible. Para una Sociología no rigurosa del Derecho* (Madrid, Tecnos, 1974), pp. 216-217.

plimiento que de él hacen los destinatarios de las normas o en la ejecución forzada de ellas por la autoridad <sup>22</sup>.

Dedicaré lo que sigue de este ensayo a bosquejar cómo puede ser investigado metódicamente el Derecho en la visión integradora de la tridimensionalidad aludida.

#### IV. ELEMENTOS, MÉTODOS Y ESCUELAS EN LA DOGMÁTICA

¿Qué ocurre cuando se estudia el Derecho desde el ángulo dogmático?

El objeto de conocimiento y la meta que persigue el investigador es comprender primero y explicar después el significado de las normas positivas que integran un ordenamiento jurídico vigente, ordenándolas según principios y teniendo a la vista su aplicación <sup>23</sup>. El jurista, en tal caso, se topa con preceptos o prohibiciones expresamente formulados, verbo y gracia en constituciones, códigos, leyes y reglamentos. Ese es el dato de que dispone y con el que va a trabajar: normas jurídicas positivas válidamente formuladas y formalmente vigentes.

Reitero, sin embargo, que tales normas tienen que ser primero comprendidas, o sea, conocidas en su interioridad partiendo de los signos sensibles que son su forma, para ordenar los hechos sociales e históricos según sus conexiones de sentido, es decir, finalísticamente con sujeción a un orden de valores <sup>24</sup>. En seguida, las normas deben ser explicadas mediante un proceso de interpretación metódica de su forma, esto es, de las manifestaciones de vida permanentemente fijadas por escrito <sup>25</sup>. En fin, las normas han de ser comprendidas e interpretadas para su aplicación, pues la Dogmática es una ciencia práctica, útil para saber no sólo lo que el autor del texto ha dicho o ha querido decir, sino cómo debe comportarse su destinatario, el profesor que lo enseña o el abogado que aconseja. Vivir es obrar, decidir, cumplir actos, realizar conductas jurídicamente relevantes. La Dogmática debe servir en esos ámbitos para determinar la regla de comportamiento, sin la cual la acción, exigida por la vida, no puede ser correctamente consumada <sup>26</sup>.

Y aquí es oportuno añadir una precisión. Pues, se dice que la investigación es dogmática, no porque en ella sea improcedente criticar el Derecho positivo, o sea, el contenido sustantivo o procesal de las normas,

<sup>22</sup> Miguel REALE, *Teoría Tridimensional del Derecho* (Valparaíso, Edeval, 1978), pp. 95-111.

<sup>23</sup> REALE, nota 4, p. 235.

<sup>24</sup> Wilhelm DILTHEY, *El Mundo Histórico* (México D.F., Fondo de Cultura Económica, 1978), pp. 321-322. Reale, nota 4, pp. 252-253.

<sup>25</sup> DILTHEY, nota 24, pp. 323-324 y 337-338.

<sup>26</sup> Georges KALINOWSKI, "Filosofía y lógica de la interpretación en Derecho" en su *Concepto, fundamento y concreción del Derecho* (Buenos Aires, Abelardo Perrot, 1982), pp. 112-118.

tomando la palabra "dogma" como sinónimo de imposición a la inteligencia y a los valores de la conciencia. Antes bien, lo que se desea enfatizar es que el estudioso debe asumir las normas como su punto de partida, no poniéndolas en entredicho en cuanto formalmente válidas y vigentes, ni alegando la ignorancia de ellas o que son contrarias a sus objetivos. El jurista, en suma, no puede prescindir de las normas en la ejecución de su cometido, ya que dejarlas de lado sería suponer eliminado lo que en el hecho existe con pretensión de regir como penetrar en alguno de los otros dos elementos del fenómeno jurídico. Un riguroso análisis de éste, en suma, tiene que principiar con el examen del dato legal-positivo, para continuar con los aspectos sociológico y axiológico, concluyendo en el momento culminante de la Dogmática que es la elevación del jurista al plano de los principios y conceptos generales, indispensables para la sistematización de los preceptos e instituciones de que se compone el ordenamiento jurídico<sup>27</sup>.

Puesto que la investigación dogmática busca comprender a fin de esclarecer el sentido de las normas para aplicarlas ¿qué elementos tiene a su haber el jurista en la consumación de esta tarea?

Un somero recuento permite nombrar el elemento semiótico o análisis riguroso del especial lenguaje técnico-jurídico, particularmente el usado en las normas<sup>28</sup>.

En seguida, el elemento lógico entendido en cuatro sentidos: primero, como exigencia común a todo razonamiento fundado sobre reglas establecidas por la lógica en tanto que ciencia del pensar correctamente; segundo, en el sentido de lógica deóntica, esto es, en cuanto las normas positivas tienen aspectos de proposiciones lógicas que operan con el *deber ser*; tercero, en la acepción de lógica jurídica o conjunto de raciocinios efectuados por los juristas para comprobar hechos o inferir normas mediante los aforismos o brocardos jurídicos<sup>29</sup> y cuarto, en cuanto elemento de interpretación que, centrado en el examen del contexto de la ley, busca ilustrar el sentido de cada una de sus partes, de manera que haya entre todas ellas la debida correspondencia y armonía<sup>30</sup>.

<sup>27</sup> DÍAZ, nota 13, p. 74. Reale nota 4, p. 236. José FERRATER MORA, I *Diccionario de Filosofía* (Madrid, Alianza, 1979), pp. 856-857.

<sup>28</sup> J. M. BOCHENSKI, *Los métodos actuales del pensamiento* (Madrid, Rialp, 8ª edición, 1973), pp. 66-71. Georges KALINOWSKI, *Introducción a la Lógica Jurídica* (Buenos Aires, Eudeba, 1973), pp. 35-39. Alf Ross, *Lógica de las normas* (Madrid, Tecnos, 1971), pp. 130-170.

<sup>29</sup> KALINOWSKI, nota 28, pp. 145-186. José M. Rodríguez Paniagua, *Ley y Derecho. Interpretación e integración de la ley* (Madrid, Tecnos, 1976), pp. 92-94. José Luis VILLAR PALASI, *La interpretación y los apotegmas jurídico-lógicos* (Madrid, Tecnos, 1975), pp. 147-255.

<sup>30</sup> Código Civil, artículo 22, inciso 1º. Carlos DUCCI CLARO, *Interpretación Jurídica* (Santiago, Ed. Jurídica de Chile, 1977), pp. 130-135.

También dispone del elemento exegético o estudio gramatical de los textos para desentrañar la intención original de sus autores.

Luego, cuenta con el elemento histórico o historiografía jurídica.

A su haber está, asimismo, el elemento comparativo en sus variadas especies.

Por último, se encuentra en posición de investigar el elemento sociológico, siempre que el objeto de investigación sean las normas positivas en relación con los comportamientos, nunca éstos investigados empíricamente sólo como hechos.

Cada uno de los siete elementos referidos —que son los de uso más frecuente— es examinado con sujeción a ciertas reglas que, de manera amplia y no exacta, se denominan “métodos”. Estos corresponden a otras tantas Escuelas, concreta y respectivamente a la Analítica, del Neopositivismo Lógico, Exegética, Histórica, Comparativa, Finalista y Sociológico-Normativa. Tales Escuelas son corrientes científicas que, como paradigmas en el proceso acumulativo de la Dogmática, sustentan diversas concepciones en torno a las normas y al camino que es preciso recorrer para desentrañar el sentido de aquéllas y así aplicarlas<sup>31</sup>.

## V. SISTEMA Y PROBLEMA EN EL ÁMBITO JURÍDICO

Surge la necesidad de trazar un marco teórico que permita agrupar la pluralidad de puntos de vista y métodos en un modelo que realce las zonas de coincidencia y divergencia entre aquéllos. Sobre el particular, pienso que la investigación dogmática puede ser desarrollada siguiendo dos tipos de razonamiento que denominaré, en lo sucesivo, Dogmática Apodíctica o Sistemática y Dogmática Aporética o Problemática<sup>32</sup>.

<sup>31</sup> Thomas S. KUHN, *La estructura de las revoluciones científicas* (México D.F., Fondo de Cultura Económica, 2ª reimpresión, 1975), sostiene en las pp. 33 y siguientes que “ciencia normal” significa investigación basada en una o más realizaciones científicas pasadas, realizaciones que alguna comunidad científica reconoce, durante cierto tiempo, como fundamento para su práctica posterior. Tales realizaciones comparten dos características: su logro carecía de precedentes suficientes y eran lo bastante incompletas como para dejar muchos problemas con solución pendiente. Paradigmas son, precisamente, las realizaciones científicas que poseen esas dos características. Ellos proporcionan modelos de los que surgen tradiciones particularmente coherentes de investigación científica. La adquisición de un paradigma y del tipo de investigación que dicho paradigma permite, es un signo de madurez en el desarrollo de cualquier ciencia. La transformación de un paradigma —concluye Kuhn— es una revolución científica y la transición de un paradigma a otro es el patrón usual de desarrollo de una ciencia madura.

<sup>32</sup> Ferrater, nota 27, pp. 183-184, escribe que *apodíctico* es lo que vale de un modo necesario e incondicionado en ciertos silogismos, según Aristóteles, o en proposiciones y juicios determinados, según Kant.

Permítaseme caracterizar cada una de esas grandes categorías o líneas de investigación científica del ordenamiento positivo.

En la Dogmática Apodíctica el Derecho es concebido como un sistema de normas completo en cuanto al objeto que abarca. Además, dicho sistema es internamente coherente o sin contradicciones, porque las normas que lo integran corresponden, en la forma como en el fondo, a los primeros principios y reglas de la Constitución. En fin, ese sistema es reputado seguro por la imparcial e igual aplicación de sus mandatos y sanciones.

El ordenamiento jurídico es, en otras palabras, un conjunto armónico de normas positivas, entrelazadas jerárquicamente, construido por la razón de autores que formulan conceptos jurídicos puros en vía deductiva con fundamento en la Constitución o premisa primera y verdadera, aplicando axiomas lógico-formales. A ese sistema se le presume acabado y pleno, es decir, sin vacíos y capaz de resolver cualquier conflicto o situación social complicada, porque las normas que de él forman parte regulan —por anticipado— las decisiones que a la autoridad cabe adoptar frente a todas las posibles controversias entre sujetos de derechos y obligaciones.

Históricamente, la Dogmática Apodíctica, en su expresión más remota, puede atribuirse a la fijación del Derecho Pretorio y de los juriconsultos en el *Corpus Iuris Civilis* hecha, entre los años 528 y 534 d.C., por Justiniano, el emperador romano-bizantino<sup>33</sup>. Desde entonces, esa fijación fue plasmándose en los textos de los glosadores y más tarde en los ordenamientos de Derecho positivo existentes en los Sistemas Continentales, fórmula genérica que abarca los regímenes alemán, español, francés, italiano y de los países latinoamericanos. En la Dogmática Apodíctica, en suma, se propugnó la fijación sistemática del Derecho positivo en los códigos. Estos son recopilaciones monumentales de normas, racionalmente dedu-

---

Silogismos apodícticos o demostrativos son, entonces, los que tienen premisas lógicamente verdaderas, siendo juicios de ese carácter los lógicamente necesarios, expresados en la forma "S es P", a diferencia de los juicios de realidad y de los problemáticos o de contingencia.

Ferrater, asimismo, en las pp. 190-191 de su obra citada, glosando a Aristóteles y a Nicolai Hartmann, señala que *aporético* es el razonamiento que presenta dificultades lógicas insuperables, sumiendo al sujeto pensante en dudas y problemas relativos a la trascendencia y a la implicación de elementos ontológicos dentro de los elementos gnoseológicos. En buena parte, según Hartmann, el pensamiento filosófico es aporético y no sistemático.

<sup>33</sup> Helmut COINC, "Historia del Derecho y Dogmática Jurídica", *IX Revista Chilena de Derecho* N° 2 (1982), pp. 247-249. Alejandro GUZMÁN BRITO, *La Fijación del Derecho* (Valparaíso, Ediciones Universitarias de Valparaíso, 1977), pp. 91-102. Theodor VIEHWEG, *Tópica y Jurisprudencia* (Madrid, Taurus, 1964), pp. 87-95. Michel VILLEY, *II Compendio de Filosofía del Derecho* (Pamplona, Eunsa, 1981), pp. 160-166. Franz WIEACKER, *Historia del Derecho Privado de la Edad Moderna* (Madrid, Aguilar, 1957), pp. 31-48.

cidas de axiomas o enunciados *a priori*, que permiten derivar de las premisas normativas las conclusiones en forma rigurosa<sup>34</sup>.

Una perspectiva distinta es la sustentada en el ámbito de la Dogmática Aporética. Para quienes adhieren a ella, el Derecho no es ni puede ser un catálogo terminado de normas que, pretendidamente, regulen todos los conflictos sociales de manera perfecta. Antes bien, en el Derecho existen reglas que se hallan en incesante mutación, pues los hechos a los cuales se aplican cambian a su vez y nunca un caso es idéntico a otro ni por entero distinto de éste.

Inútil es aspirar, entonces, a que en una Constitución o un código, por ejemplo, quede definitivamente establecido lo más perfecto que la mente humana puede imaginar para regular las relaciones sociales. Tales relaciones son en parte estáticas, pero también parcialmente dinámicas, dando origen a nuevos e impensados problemas que el ordenamiento jurídico ha de resolver con justicia y eficacia. Para lograrlo, el raciocinio del jurista debe ser deductivo e inductivo, conjugando y complementado uno y otro en un proceso de análisis y síntesis exigido por el objeto peculiar de conocimiento. Así, en el momento nomogenético, la observación de los hechos está en el punto de partida y la inducción desempeña un papel relevante aunque no exclusivo. Mas, una vez elaborada y publicada la norma, se infieren consecuencias reguladoras de los hechos sociales. Por último, al interpretar la norma en cuestión para aplicarla, se acercan los hechos y el Derecho a través de apreciaciones valorativas, tomando pie en los datos sociales, económicos y políticos de cada caso concreto y obrando de manera equitativa, dúctil y expansiva para cubrir, mediante la analogía e integración, las inevitables lagunas del Derecho positivo<sup>35</sup>.

A la Dogmática Aporética le preocupa solucionar los problemas que, en cada época y lugar, el sistema jurídico enfrenta. A la Dogmática Apodíctica, por el contrario, le inquieta preservar el sistema establecido, al que tienen que adecuarse las conductas para evitar la sanción que recae en los contraventores. Mientras la Dogmática Aporética reclama el ajuste flexible entre las normas y los comportamientos sociales mediante la interpretación creativa y adaptadora, su homónima Apodíctica aboga por la subsunción de los últimos en los textos normativos, empleando una hermenéutica principalmente lógica y exegética.

Cronológicamente, los Pretores y Jurisconsultos de Roma fueron los precursores del pensamiento problemático en el Derecho. Hoy, los regímenes anglosajones son los que mayor afinidad guardan con aquéllos. Se

<sup>34</sup> Fernando QUINTANA BRAVO, *La Ciencia del Derecho. De la Modernidad a nuestros días* (Santiago, Ed. Universitaria, 1979), pp. 21 y 27.

<sup>35</sup> COING, nota 10, pp. 274-284. REALE, nota 4, pp. 253-254.

viven, sin embargo, tiempos de retorno a esa Dogmática también en sectores de los sistemas jurídicos continentales.

En suma, trátase del modo de pensamiento apodíctico o del aporético, el jurista por igual despliega su labor en torno a las normas que integran el ordenamiento jurídico válidamente generado y formalmente vigente. Ese es el dato y el instrumento común, del cual no es posible prescindir en la investigación dogmática. Sin embargo, al margen de esa singular coincidencia, debemos tener presente que el concepto, la naturaleza, los métodos y el fin del Derecho son diversos en una y otra orientación doctrinaria.

#### VI. SEGURIDAD MEDIANTE LA NORMA POSITIVA

A la luz de lo expuesto, procede examinar los enfoques metodológicos aplicados en los tipos de dogmática descritos, destacando el fin cuya consecución con ellos se persigue y evaluando sus virtudes y defectos.

Referente, en primer lugar, a la Dogmática Apodíctica ¿por qué en ella el jurista busca la construcción de un sistema completo, estable, puro y coherente de normas jurídicas? La respuesta reside en que ese jurista le asigna al Derecho la función de garantizar la seguridad, certeza o previsibilidad en las relaciones humanas.

En efecto, si el Derecho fuera un mecanismo de control social alterable por las circunstancias no habría seguridad en la convivencia. Subordinar el Derecho a la mutabilidad de tales circunstancias tornaría difícil —si no imposible— saber lo que se debe hacer, lo que está prohibido y aquello que con seguridad puede esperarse de otro. A fin de que puedan los hombres planificar su existencia, haciendo que ella no sea una sucesión de instantes sino una continuidad, es indispensable declarar explícitamente cuál es, dónde se encuentra, qué sentido y alcance tiene el Derecho<sup>36</sup>.

Pues bien, la seguridad que proporciona el Derecho se basa en su inviolabilidad. Lo que está jurídicamente dispuesto queda fuera del alcance de la arbitrariedad, porque ni el que establece el Derecho ni el que apela a él pueden lesionarlo. De manera que la norma vigente ata a los gobernados y a los gobernantes que la promulgan, interpretan y aplican, llegando incluso a vincular al legislador respecto de la Constitución. Pero la seguridad supone, además, que el Derecho sea permanente para que pueda confiarse en él. De la inviolabilidad y permanencia resulta, en consecuencia, que es posible contar y calcular con el Derecho como si fuera una magnitud fija sólo alterable por el procedimiento que él mismo señala. Así el hombre está, en suma, en situación de ordenar su vida según

<sup>36</sup> GUSTAV RADBRUCH, *Introducción a la Filosofía del Derecho* (México D.F., Fondo de Cultura Económica, 1965), p. 42.

un orden jurídico inviolable y perdurable, pudiendo disponerla bajo la protección de la seguridad que él prodiga <sup>37</sup>.

Pero, más aún, debe penetrarse en el Derecho mismo, hurgando su esencial pureza, modelando conceptos inequívocos que sean aplicables en cualquier lugar o tiempo con idénticos resultados. Construir deductivamente los conceptos de facultad y obligación, acto, contrato, dominio, posesión, prescripción, persona jurídica, matrimonio, hijo legítimo, delito y pena, por ejemplo. Pero construir tales conceptos sin contaminación sociológica, económica o política y purgándolos de toda carga valorativa. Modelar, en resumen, un sistema autónomo y autosuficiente de conceptos, definiciones, clasificaciones y requisitos jurídicos puros que sean aplicados con cabal independencia e igualdad por la autoridad estatal competente, especialmente la judicatura, esa es la tarea que acomete el jurista apodíctico. Y obra de esa manera porque no divisa otro camino mejor para obtener seguridad en las relaciones humanas y objetividad en la resolución de sus conflictos.

Sólo así podrá desarrollarse una auténtica Ciencia del Derecho Positivo, tan libre de la amenaza secular de una subordinación a la política y a todo elemento de las ciencias naturales, como consciente de tener un objeto regido por leyes que le son propias <sup>38</sup>. Ese es el objetivo de una Teoría Pura del Derecho, ajena a lo inter o multidisciplinario, limitada a las normas positivas válidamente formuladas y en la forma vigentes, desvinculadas de su origen social y de su fin metapositivo, que responda a las interrogantes qué es y cómo se forma el Derecho, sin preguntarse cómo debería ser o formarse, despreocupada, digámoslo de una vez, de si es o no justo lo mandado y sancionado por el ordenamiento positivo <sup>39</sup>.

Mas ¿cómo pretenden tales juristas alcanzar la seguridad —que, obsérvese, sin duda es un valor— mediante el Derecho?

La contestación implica distinguir dos aspectos. De una parte, la génesis de las normas jurídicas, siendo típico del Derecho que él regula su propia creación, desde la norma suprema y más general de la Constitución descendiendo a los preceptos legales y los reglamentarios. Esto significa que el sistema jurídico se estructura con normas de jerarquía diversa, en que el grado superior se materializa en el inferior, sin que el primero determine perfecta y completamente al segundo, ya que de no ser así el grado inferior estaría de más. Y de otra parte, la interpretación y aplicación de dichas

<sup>37</sup> COING, nota 10, pp. 37-38.

<sup>38</sup> Hans Kelsen, *Teoría Pura del Derecho* (Buenos Aires, Eudeba, 1963), pp. 15 y 63, como asimismo, *Teoría General del Estado* (México D.F., Editora Nacional, 1965), pp. 21-27. Cf., sin embargo, la reorientación que después el mismo autor imprimió a sus reflexiones, especialmente en *¿Qué es Justicia?* (Barcelona, Ariel, 1982).

<sup>39</sup> Id.

normas a situaciones concretas, fase final de toda dogmática que supone el proceso de hermenéutica, según la decimonónica visión de la voluntad subjetiva del legislador histórico, o bien, con sujeción a la visión objetiva de un fin propio e intemporal de la norma que es independiente de quien la creó.

La seguridad proclamada fluye, en consecuencia, de una regulación minuciosa de la génesis de las normas positivas, o sea, de un marco preciso de competencias explícitas y limitadamente conferidas por la Constitución a autoridades diversas y recíprocamente controladas del Estado-Nación. Tal seguridad fluye, igualmente, de la interpretación de esas normas y su aplicación idéntica por lo imparcial a los casos que la autoridad ha de resolver, organizándose diversas instancias para que las magistraturas superiores controlen a las inferiores, verificando si éstas han obrado dentro del ámbito trazado por el autor de la norma.

Me preocuparé del segundo aspecto del problema, jurídicamente de mayor interés que el primero, puesto que en éste percibo la exagerada correlación entre el Poder y el Derecho que, curiosamente, los defensores de la pureza jurídica con vehemencia rechazan.

### 1. *Lenguaje Jurídico*

El uso de un lenguaje exacto es el principal y más confiable instrumento en la labor hermenéutica. Cuanto más precisa e inequívoca, cuanto más formalizada sea la serie de signos escritos que usa el autor de la norma publicada, más cerca se hallarán de la seguridad jurídica los jueces y funcionarios, los juristas y la población misma.

Ese lenguaje, sin embargo, no es algo espontáneamente surgido o dado por casualidad, sino que racional y calculadamente construido por el legislador y los juristas. Indispensable resulta, en consecuencia, analizar dicho lenguaje especial con el método que le es propio, a fin de establecer así su significado genuino. Tal labor es propia de la Semiótica. Esta es la rama de una ciencia dedicada a la investigación de los sistemas de signos de segundo grado o metalenguajes, vale decir, que estudia los lenguajes artificialmente elaborados en su estructura, relaciones y definiciones peculiares, constatando si han o no cumplido el objetivo de ser unívocos <sup>40</sup>.

El principio central de la semiótica jurídica puede ser expresado así: cuando el legislador comunica una norma, la palabra escrita empleada por él se refiere a un triple orden de relaciones: primero, a las sintácticas o relaciones de las palabras entre sí dentro del metalenguaje al que perte-

<sup>40</sup> Norberto BOBBIO, "Ciencia del Derecho y análisis del lenguaje" en su *Contribución a la Teoría del Derecho* (Valencia, Fernando Torres-Editor, 1980), pp. 173-200. KALENWOSKI, nota 28, pp. 35-45.

necen; segundo, a las relaciones semánticas o de las palabras con su significado o mensaje concreto que quieren comunicar; en fin, a las relaciones pragmáticas, que son las intermediarias entre la palabra y el legislador que las emplea <sup>41</sup>.

Pues bien, el Derecho posee su propio e incesantemente creciente metalenguaje. De él forma parte el repertorio de voces jurídicas, definidas con carácter exclusivo para que no sean confundidas con el sentido natural y obvio de las palabras. La semiótica jurídica es, por ende, la rama de una ciencia que cultiva el conocimiento de los signos típicos del discurso normativo.

Resulta así que conceptualizando la esencia de la norma en sus diversas jerarquías, del acto, la relación y la existencia jurídica, del sujeto de derechos y deberes, de la servidumbre y el usufructo, el delito y la pena, el ciudadano y el sufragio, la remuneración y la carga impositiva, para suplementar con algunos ejemplos los ya mencionados, se evitarán errores, ambigüedades y contradicciones en las reglas jurídicas, serán ellas interpretadas con objetiva precisión y siempre por igual aplicadas quienquiera sea el llamado a servir tales cometidos <sup>42</sup>.

Más todavía —y según lo destacué en su lugar— la interpretación del discurso normativo tampoco es libre, pues el legislador fija los únicos elementos a considerar en tal tarea y el método que debe seguirse en la indagación de ellos, privilegiando la palabra escrita sobre la historia, la realidad social presente, los principios generales del Derecho y la equidad. El basamento original de la casación de sentencias, pronunciada de oficio o a petición de parte por el Tribunal Supremo, es una evidencia consistente al respecto.

Así, resumiendo y en primer lugar, la Ciencia Jurídica autónoma por su lenguaje puro y exclusivo, prodigará certeza frente a lo desconocido y seguridad ante los riesgos que acechan a los hombres por otros hombres que entran en colisión en sus relaciones sociales.

## 2. *Lógica Jurídica*

Puede el dogmático apodíctico —supuesto el uso de un lenguaje ya formalizado— acudir en seguida a la Lógica Jurídica y Deontica para reforzar su concepción sistemática del Derecho.

¿Qué se preguntan, desde aquel punto de vista, quienes aplican la lógica formal o mayor a los raciocinios jurídicos? Se interrogan acerca de cómo piensa el legislador cuando dicta una ley, la autoridad administrativa

<sup>41</sup> BOCHENSKI, nota 28, pp. 70-72. DÍAZ, nota 13, pp. 109-110.

<sup>42</sup> W. N. HOHFELD, *Conceptos Jurídicos Fundamentales* (Buenos Aires, Centro Editor de América Latina, 1968), pp. 45-87.

al darle ejecución o el juez llegado el momento de interpretarla y aplicarla para decidir un conflicto.

Y bien ¿cómo proceden mentalmente esas autoridades?

La Dogmática Apodíctica responde aseverando que lo hacen en virtud de una serie de silogismos, de largas deducciones en cadena (*sorites*) desprendidas de un *primum verum* que no puede ser anulado ni siquiera por medio de la duda<sup>43</sup>. El desarrollo ulterior se efectúa de acuerdo con el modo de la geometría euclidiana, es decir, conforme a los cánones de la primera ciencia estrictamente demostrable por la reducción a principios o elementos ya conocidos<sup>44</sup>.

Se afirma, en consecuencia, la siguiente estructura del raciocinio jurídico: existe una premisa mayor, que es la norma general y abstracta; hay una premisa menor, que es la enunciación del caso concreto cuya decisión pende de la autoridad; y surge la conclusión, demostrada sobre la base de la subsunción de la premisa menor en la homónima mayor, ajustada aquélla en ésta mecánicamente y, si hay dificultades, acudiendo a la interpretación restrictiva o extensiva del texto literal para dilucidar el sentido y alcance de la premisa mayor. En síntesis, la lógica jurídica es una deducción silogística y no amplificadora, que parte de la verdad normativa para llegar a una nueva verdad en su aplicación a los hechos, mediante el empleo de las reglas que rigen la inferencia de las proposiciones<sup>45</sup>.

Siempre el jurista —se asevera— opera con sujeción a las reglas de la lógica formal aplicada al raciocinio jurídico. Eso es lo que también hace el juez, como boca del legislador cuya voluntad declara en la jurisprudencia.

### 3. Exégesis

El método exegético es el tercero de los empleados en el pensamiento apodíctico.

En los postulados de la Escuela de la Exégesis se proclama la primacía incondicionada, como fuente del Derecho, de la ley positiva emanada de la magistratura estatal competente. Afirmase tal predominio en que la ley se presume dotada de la cualidad de reflejar, fiel y predeterminadamente, preceptos jurídicos supratemporales en un modelo perfeccionado de so-

<sup>43</sup> VIEHWEG, nota 33, p. 27.

<sup>44</sup> QUINTANA, nota 34, p. 93.

<sup>45</sup> REALE, nota 4, p. 251. Eduardo GARCÍA MÁYNEZ, *Lógica del raciocinio jurídico* (México D.F., Fondo de Cultura Económica, 1964), pp. 7-15 y 126-154. Antonio HERNÁNDEZ GIL, *El Abogado y el Razonamiento Jurídico* (Madrid, Sucs. de Riva-deneira, 1975), pp. 61-103.

ciudad concebido por la razón. Fúndase tal predominio, además, en que la ley realiza ese modelo en términos iguales, abstractos y permanentes <sup>46</sup>.

Podría explicarse esa reverencia diciendo que, a través de una serie de etapas en la historia, la inteligencia humana ha decantado la tosca materia prima de lo jurídico, purificándola de malezas valorativas y extranormativas hasta producir las leyes, el perfeccionamiento sustantivo y agrupamiento sistemático de las cuales ha culminado en obras definitivas, que son los Códigos, cuyo arquetipo fue el de Napoleón (1804). En ellos nada falta, todo está regulado de antemano y con soluciones que son siempre sabias. Por eso es que la ley escrita merece respeto absoluto: en su texto está la suma de la inteligencia aplicada a la ordenación de la vida social; suma que abarca todos los problemas imaginables y las subsecuentes respuestas; suma, en fin, que consta de un lenguaje inequívoco que ha de ser entendido literalmente según las reglas de la gramática. Concluyendo, los códigos y las leyes son productos de la fe tanto en el hombre portador de la Razón como en el poder omnímodo del legislador en cuanto le es dado transformar la Razón en ley escrita <sup>47</sup>.

En tal reverencia se origina, además, el afán de construir sistemas positivos frondosos y complejos, pero lo que es más grave, de interpretarlos y aplicarlos según su tenor literal, sin salir de las palabras empleadas por el legislador, asumiendo que ellas son claras y adecuadamente escogidas a los fines por él perseguidos. "Por la ley y dentro de la ley", esa es la máxima del exegeta.

Sin embargo, más de alguna justificación tiene aquel predicamento.

En efecto, dentro de un régimen político con separación de los poderes, la ley es la voluntad general del soberano expresada por el legislador <sup>48</sup>. Este es un robusto poder central capaz de dictar el Derecho legislativo, con predominio sobre los otros poderes que, a través de deducciones silogísticas, cumplen la función de aplicación-repetición de la norma legal <sup>49</sup>. Por otra parte, la seguridad desaparecería si el intérprete franqueara los límites estrictos del texto legal; realmente, con ello el exegeta se erigiría en legislador, usurpando una posición que no le corresponde. La ley tiene

<sup>46</sup> Ramón BADENES GASSET, *Metodología del Derecho* (Barcelona, Bosh, 1959), pp. 83-97. Eduardo GARCÍA MÁYNEZ, *Introducción al estudio del Derecho* (México D.F., Porrúa, 19ª ed. revisada, 1978), pp. 333-338. Antonio HERNÁNDEZ GIL, I *Metodología de la Ciencia del Derecho* (Madrid, Gráficas Uguina, 1971), pp. 73-88. Sebastián SOLER, *La Interpretación de la Ley* (Barcelona, Ariel, 1962), pp. 14-26.

<sup>47</sup> BADENES, nota 46, pp. 86-87.

<sup>48</sup> DÍAZ, nota 13, pp. 114-115. Manuel GARCÍA PELAYO, *Las transformaciones del Estado contemporáneo* (Madrid, Alianza, 2ª ed., 1980), pp. 57-64 y 110-112.

<sup>49</sup> COENG, nota 10, p. 51. GARCÍA PELAYO, nota 48, pp. 62-66.

que ser, en consecuencia, aplicada pasivamente y a la letra; basta para eso la lectura de los textos normativos<sup>50</sup>.

De manera que el legislador es un mundo y el juez un grano de arena, porque primero tiene todos los atributos y fueros del mandato, quedando el segundo reducido a un mecanismo de obediencia<sup>51</sup>. Razón tuvo Montesquieu, en consecuencia, al dictaminar que el Poder Judicial, en este contexto político, era un poder invisible y nulo, porque los jueces "no son más ni menos que la boca que pronuncia las palabras de la ley, seres inanimados que no pueden mitigar la fuerza y el rigor de la ley misma"<sup>52</sup>.

#### 4. *Historia fidedigna*

Pero ¿qué hacer cuando no es claro el sentido de las palabras empleadas por el legislador?, ¿puede el encargado de aplicar la ley asumir, es esa hipótesis, una labor interpretativa?

Sí, puede hacerlo, pero a los efectos de dilucidar la voluntad del legislador manifestada en la historia fidedigna del establecimiento del texto obscuro o contradictorio. En tal labor nomogenética, el intérprete procurará reconstruir el momento en que el autor de la norma dio cima a su obra, valiéndose del método historiográfico. Pero el empleo de éste queda contraído a documentos oficiales e indubitables tales como mensajes, proyectos, actas y observaciones que dan testimonio de la intención del legislador. En consecuencia, es la voluntad psicológica que animó a los hombres que legislaron la que debe ser esclarecida y no el sentido objetivo, impersonal y permanente de la norma jurídica, como tampoco el entorno social que existía al momento de su gestación. Esos hombres tendrían el derecho de imponer su voluntad a las generaciones futuras<sup>53</sup>. Será menester, por ende, retroceder en el tiempo hasta el instante en que la ley comenzó a ser discutida como proyecto, para avanzar al momento en que ella nació e interpretarla en el presente según la voluntad que existía en el pasado. Es decir, con la historia fidedigna se determinará cuál es la voluntad del legislador "de carne y hueso" que la estableció<sup>54</sup>.

#### 5. *Derecho Comparado*

Llegamos así, finalmente, al Método Comparativo que no es sino la extensión a las diversas ramas del ordenamiento jurídico nacional y a

<sup>50</sup> BADENES, nota 46, pp. 87-88.

<sup>51</sup> Id., p. 87.

<sup>52</sup> MONTESQUIEU, *Del espíritu de las leyes* (México D.F., Porrúa, 1980), pp. 105 y 108.

<sup>53</sup> Jacques LECLERCQ, *El Derecho y la Sociedad* (Barcelona, Herder, 1965), pp. 225-226.

<sup>54</sup> SOLER, nota 46, p. 103.

los sistemas jurídicos extranjeros, de los principios de hermenéutica del Derecho positivo antes bosquejados.

Consciente de la universalidad de la ciencia jurídica, como asimismo, de la misión garantizadora de la seguridad que ella asigna al Derecho, el jurista apodíctico no puede admitir que el sistema sea incompleto o contradictorio. Vuelto hacia el interior del ordenamiento en su globalidad y, subsidiariamente, entrando en los sistemas positivos extranjeros, buscará las semejanzas y diferencias entre las normas partiendo del supuesto que todas ellas responden a principios y conceptos puros de universal validez. Al margen de lugares, pueblos y tiempos, el legislador que enfrenta problemas análogos obra y reacciona de la misma manera, dando soluciones normativas equivalentes<sup>55</sup>. Nunca, por ende, podrá el jurista dejar de hallar la regla exactamente aplicable al caso que le preocupa. "La ley puede adolecer de vacíos pero el ordenamiento jurídico no", ese es el supuesto aseverado.

En definitiva, el comparatista anhela formular una teoría, o sea, un conjunto de proposiciones jurídicas desprendidas de axiomas indubitables, válidas ayer, hoy y siempre, porque son conceptos comunes situados más allá de las contingencias temporales de índole económica, política y social. El jurista se esforzará así por elaborar tanto una teoría general del Derecho positivo como, dentro de ella, diversas teorías específicas para cada rama del sistema jurídico: Derecho Constitucional, Civil, Comercial, Penal y Procesal, por ejemplo.

Ahora bien, la confrontación de normas puede ser diacrónica o sincrónica<sup>56</sup>. Es de la primera especie cuando el parangón tiene por objeto normas vigentes en tiempos distintos pero en el mismo lugar; pertenece a la segunda especie la comparación de normas vigentes en el mismo tiempo pero en lugares distintos. Posible es también, sin embargo, combinar estas dos posiciones básicas y que pertenecen a la historia del Derecho y al Derecho Comparado, respectivamente<sup>57</sup>.

Circunscrito mi análisis a la última de las disciplinas nombradas, puedo agregar que las vías de comparación, coincidentes en sus resultados, siguen

<sup>55</sup> HERNÁNDEZ GIL, nota 46, pp. 216-221. REALE, nota 4, pp. 142-143.

<sup>56</sup> FERRATER MORA, nota 27, p. 790, explica que un método es *diacrónico* cuando tiene principalmente en cuenta el orden y sucesión cronológicos y, de consiguiente, otorga especial importancia a las nociones de cambio, evolución y ruptura en el tiempo. Puesto que *diacrónico* se refiere a lo que tiene lugar a través o a lo largo del tiempo, el método correspondiente es fundamentalmente histórico. Es *sincrónico*, por el contrario, el método aplicado para investigar la estructura actual y profunda de un objeto, de manera que en función de tal estructura se examina el proceso de cambio, evolución y ruptura temporales y no a la inversa.

<sup>57</sup> MARIO G. LOSANO, *Los Grandes Sistemas Jurídicos* (Madrid, Debate, 1982), p. 311. LÉONTIN-JEAN CONSTANTINESCO, *II Traité de Droit Comparé. Le Méthode Comparative* (París, LGDJ, 1974), pp. 42-48.

una doble dirección —horizontal y vertical— expresada a través de dos niveles consecutivos <sup>58</sup>:

A. Vía Horizontal: a) Construcción de una teoría general de cada ordenamiento jurídico estatal o supraestatal, producto de la comparación de los diferentes sectores o ramas del mismo, y b) Análisis comparativo de las diversas teorías correspondientes a cada uno de los sistemas normativos para llegar a una teoría general del Derecho; el análisis se realizará a través de un reagrupamiento y comparación inicial entre los sistemas pertenecientes a las mismas familias jurídicas (Derecho Anglo-sajón, Derecho Socialista, Derecho Romano-Germánico, Derecho Islámico, etc.), para pasar después a la confrontación entre dichas familias <sup>59</sup>.

B. Vía Vertical: a) Comparación de cada uno de los sectores de un ordenamiento jurídico, o de instituciones concretas de ellos, con los correspondientes sectores o instituciones de otros ordenamientos jurídicos para llegar así a una teoría general de cada rama del ordenamiento jurídico, y b) Análisis comparativo de estas diferentes teorías para culminar en una teoría general del Derecho.

## 6. Síntesis

Detendré aquí el desarrollo del tópico, resumiéndolo así: con movimiento dentro de los linderos trazados por las reglas positivas, el jurista en la Dogmática Apodíctica concibe el Derecho como un sistema completo y armónico de normas, deducido de axiomas lógico-formales *a priori* y de universal validez, formulado en un lenguaje científico propio e inequívoco, que tiene en la ley estatal escrita su principal expresión, la cual ha de ser aplicada a la letra y, en el evento de adolecer de obscuridades o lagunas, interpretada según la voluntad subjetiva del legislador histórico y comparada con las soluciones presentes en otros sistemas jurídicos.

Cuando se reúne este cúmulo de requisitos, entonces el Derecho puede cumplir su función peculiar: garantizar la seguridad en la convivencia humana.

## VII. JUSTICIA POR EL DERECHO

La Dogmática Aporética sustenta un concepto del Derecho que es distinto del ya explicado. Pues, a juicio del jurista aporético ¿cuál es el supremo entre los valores cuya realización persigue el Derecho?

<sup>58</sup> DÍAZ, nota 13, p. 81. CONSTANTINESCO, nota 57, pp. 42-43.

<sup>59</sup> René DAVID, *Los Grandes Sistemas Jurídicos Contemporáneos* (Madrid, Aguilar, 1967).

El fin último del Derecho es la justicia que ordena dar y restituir a cada uno lo que es suyo<sup>60</sup>. No única ni principalmente mantener un orden u obtener la seguridad por medio de reglas formales; sí, la justicia impartida en sus especies general y particular, conmutativa, distributiva y protectiva, prudencialmente administrada en relación con las circunstancias y los cambios sociales que son realidades comprobadas<sup>61</sup>.

No teme proclamar el jurista que el Derecho debe servir a un valor que trasciende la positividad de las normas y de los hechos, porque la idea de adecuación a fin es de la esencia de las obras humanas. En el campo de lo jurídico, tal fin es la realización más cabal posible de un criterio de justicia. Si fluye, además, la seguridad y se vigoriza el orden, ello es útil e importante pero consecuencial del objetivo axiológico irrenunciable del Derecho.

### 1. *Solución justa para problemas concretos*

A la luz de lo expuesto se colige que en la Dogmática Aporética no se trata de construir sistemas axiomáticos, cuya imperatividad obligue exteriormente a encajar en ellos a los comportamientos, sólo porque el el Poder estatal se encuentra en situación de castigar las contravenciones. Trátase de algo sustancialmente distinto: resolver con equidad los problemas concretos que ocurren cotidianamente en la vida social. Esto lo impele a interrelacionar el sistema normativo con el entorno del cual aquél emana, para apreciar su legitimidad por la elaboración razonada en función de las creencias, ideas y valores de la comunidad, de la naturaleza de las cosas y, en último término, de la moral objetiva<sup>62</sup>.

Asumiendo con el carácter de inevitable realidad la persistente ocurrencia de conflictos en las sociedades humanas ¿cuáles deben, por su especial relevancia, ser jurídicamente regulados?, ¿cómo pueden ser resueltos de una manera justa?, ¿qué valores han sido recogidos por el autor de la norma y se encuentran incorporados a ella?, ¿cuáles están en pugna en el caso concreto?, ¿quién ha de asumir el rol de declarar imparcialmente la justicia, restableciendo la paz y el orden amenazados o violados?, ¿qué es lo justo no en abstracto sino en situaciones de hecho? ¿qué mérito tiene la naturaleza de las cosas y la prudencia para la solución de tales y otros problemas? He aquí algunas de las interrogantes que intenta resolver el jurista aporético.

<sup>60</sup> Santo Tomás de Aquino, V *Suma Teológica*, II-II, q. 58 a. 1 (Madrid Biblioteca de Autores Cristianos, 1956).

<sup>61</sup> COING, nota 10, pp. 124-131 y 201-207. Luis LEGAZ Y LACAMBRA, *Filosofía del Derecho* (Barcelona, Bosch, 1972), pp. 367-370.

<sup>62</sup> Carl Joachim FRIEDRICH, *La Filosofía del Derecho* (México D.F., Fondo de Cultura Económica, 1964), pp. 293-294.

La causa justificativa del Derecho y su razón axiológica última se hallan en el conflicto vivido que reclama una solución equitativa y oportuna. Cabe, por ende, subordinar las construcciones lógico-formales a la necesidad práctica de solucionar litigios que ponen en peligro la pacífica convivencia. Procediendo deductiva e inductivamente, conjugando y complementando el análisis con la síntesis, podrá el jurista ir edificando el sistema jurídico, pero con plena conciencia que éste debe responder a las demandas sociales y no al revés. La ley positiva, en suma, ha de servir a los hombres y no éstos sacrificar su destino trascendente ante ella. Para esto, esencial resulta vincular el ordenamiento jurídico con el medio social, considerando su influencia recíproca y, particularmente, la del último en la aplicación del primero a la solución de controversias. Esta apertura del ordenamiento positivo a los hechos de la vida social hace que las normas se tornen sensibles a los cambios derivados del tiempo y a situaciones no previsibles cuando fueron formuladas<sup>63</sup>.

Punto cardinal de esta Dogmática es la naturaleza de las cosas.

Entiéndase por tal la estructura objetiva propia de las cosas, ínsita en ellas mismas, constituyendo una realidad auténtica y necesaria que se impone como dato previo al Derecho positivo y a cualquiera decisión jurídica que se apoye o reconduzca a él. De manera que la naturaleza de las cosas limita y encauza al autor de las normas tanto como a quienes operan con ellas, porque ambos carecen del poder mágico de transformar su esencia objetiva, intrínseca estructura que no es sólo lo que efectivamente es, sino que, además, tiene un carácter normativo inherente, independiente de toda aceptación o rechazo de cualquier poder normativo<sup>64</sup>.

## 2. Teleología

Planteado el concepto, naturaleza y fin del Derecho, ¿cuáles son los caminos que deben seguirse para desentrañar de las normas el sentido de justicia que, en principio, cabe reconocerles?

El elemento capital de la especie es el teleológico, tributario del cual son todos los descritos a propósito del pensamiento sistemático, junto a los que procede agregar el elemento sociológico, los principios generales y la equidad natural. Entiéndase bien que la semiótica, la lógica, la exé-

<sup>63</sup> COING, nota 10, pp. 276-284. JORGE MILLAS, *II Idea de la Filosofía. El Conocimiento* (Santiago, Ed. Universitaria, 1970), pp. 370-373. FERNANDO QUINTANA BRAVO, "El Tiempo en el Derecho" en Juan de Dios VIAL LARAÍN et al., *El Tiempo en las Ciencias* (Santiago, Ed. Universitaria, 1981), pp. 134-138.

<sup>64</sup> COING, nota 10, pp. 131-142 y 228. KALINOWSKI, nota 26, pp. 93-94 y 100. RECASENS, nota 7, pp. 193-197, 262-263 y 277. LEGAZ Y LACAMBRA, nota 61, pp. 211-215. KARL LARENZ, *Metodología de la Ciencia del Derecho* (Barcelona, Ariel, 1966), pp. 321-325.

gesis, la historia y la comparación tienen aquí reconocida su aplicación, pero enriquecida por los tres nuevos elementos nombrados y reorientada hacia el designio teleológico. De acuerdo con éste, toda norma es dictada con un motivo y para cumplir un fin, de manera que sólo conociendo ambos aspectos y principalmente el último, es posible aplicarla adecuadamente sin quedarse en el punto de partida, esto es, en su enunciado lingüístico. Y esta adecuación al fin de la norma autoriza su indagación en elementos externos a ella cuando, agotados los internos, no ha sido posible hallar una solución justa al conflicto que la reclama. "Por la ley pero más allá de la ley" es la máxima en un sistema abierto a los valores presentes en la realidad social.

Si otrora fueron los pretores y jurisconsultos romanos —y en los últimos siglos los jueces anglosajones— quienes sustentaron esta visión del Derecho<sup>65</sup>, afortunadamente en las décadas recientes ella se ha abierto paso aún en los axiomáticos regímenes codificados. Hoy se visualiza el ocaso del formalismo positivo, puntal de la simetría entre el Derecho y la voluntad omnipotente del Estado manifestada en la ley. Paralelamente, el auge de la nueva dogmática se detecta en el mayor respeto por la costumbre, la tradición y los sentimientos nacionales, por los ideales e intereses de los pueblos.

Sin duda, se percibe cierto pragmatismo en el pensamiento aporético, puesto que al margen de las variables axiológicas que en él se examinan y que llevan a evaluar la legitimidad de los ordenamientos positivos, se presta particular atención a la eficacia empíricamente constatada de éstos para medir hasta qué punto y por qué razones regulan o no los conflictos sociales. Valiéndose del análisis de documentos jurídicos y no jurídicos, observando los hechos mediante entrevistas, encuestas y sondeos en muestras representativas de universos numerosos, en fin, experimentando en condiciones naturales o artificiales, los juristas aprehenden la sociología del Derecho y ayudan a la Dogmática<sup>66</sup>.

De esta manera, la investigación jurídica queda ampliada y enriquecida, al preocuparse del contexto social y constatar la opinión que en él existe sobre el Derecho legislado. Más aún, a través de la experimentación legislativa se indagan con antelación los hechos que las normas pretenden regular, reduciendo la penetración ideológica y los problemas derivados de una legislación defectuosa. Análogo servicio presta el análisis sociológico de la jurisprudencia, concebida como creadora de la norma particular que resuelve un conflicto y no simple aplicadora de la disposición legal. En fin, la contribución empírica es valiosa también en las investigaciones sobre

<sup>65</sup> VILLEY, nota 33, pp. 86-89. VIEHWEG, nota 31, pp. 67-83.

<sup>66</sup> Jean CARBONNIER, *Sociología Jurídica* (Madrid, Tecnos, 1977), pp. 156-162, 195-199 y 223-249.

los Operadores del Derecho, abarcando las decisiones judiciales, la ejecución de normas por la burocracia pública, las actuaciones policiales y el ejercicio profesional de la abogacía, especialmente en la sede forense <sup>67</sup>.

### 3. *Pluralismo Metodológico*

Para la búsqueda de lo justo en las normas —que aplicado a casos concretos es la equidad— la Dogmática Aporética recurre al sentido objetivo de su enunciado formal y no a la voluntad subjetiva del legislador que las promulgó.

Acude a la historia, pero no sólo fidedigna de las normas sino también la externa a ellas, una historia de las ideas, problemas y desarrollo del Derecho con la cual recorrer de vuelta el camino hasta el presente, ponderando los cambios y ajustes que la sociedad actual exige <sup>68</sup>. Una historia que estudia los vínculos entre el Derecho y los demás sectores culturales, porque el primero nunca puede tener una vida independiente de su entorno social, económico y político. Una historia que permita comprender y aprehender el tiempo presente, apreciando el pretérito pero sin tratar de hacer volver a la sociedad a sus antiguos momentos caducados. Una historia, por último, que ilumine el futuro con la confianza que brota de conocer el pasado <sup>69</sup>.

Aplica la comparación, pero con el objeto de apreciar los principios de justicia o el espíritu general de toda legislación, cristalizados en las instituciones del sistema jurídico.

Utiliza la lógica deóntica y jurídica, pero en cuanto instrumento de pensamiento riguroso para hallar el deber ser justo y formular con certeza el deber hacer correlativo. La Dogmática Aporética, en consecuencia, no reduce la aplicación de la ley a un silogismo, porque tan simple operación jamás tiene lugar en la práctica. Por el contrario, la comprensión, interpretación y aplicación de las normas implica una serie compleja de actos lógicos y axiológicos, empezando por la determinación previa y provisional de la regla pertinente al caso y que exige una referencia preliminar al elemento fáctico. Al mismo tiempo, quien opera con la normatividad positiva tiene que apoyarse en principios generales, sin los cuales la determinación aludida no sería posible. Es innegable, en fin, que la configuración jurídica

<sup>67</sup> CARBONNIER, nota 60, pp. 158-162, 195-200 y 218-249. William M. EVAN, editor, *The Sociology of Law. A Social Structural Perspective* (New York, Free Press, 1980), especialmente pp. 241-295. REHBINDER, nota 14, pp. 114-134. Renato TREVES, *Introducción a la Sociología del Derecho* (Madrid, Taurus, 1978), pp. 154-203.

<sup>68</sup> COING, nota 10, p. 295. Luis DIEZ PICAZO, *Experiencias Jurídicas y Teoría del Derecho* (Barcelona, Ariel, 1973), p. 308.

<sup>69</sup> Fernand BRAUDEL, *La Historia y las Ciencias Sociales* (Madrid, Alianza, 5ª ed., 1980), pp. 182-186 y 196. Helmut COING, *Las tareas del Historiador del Derecho. Reflexiones metodológicas* (Sevilla, Universidad de Sevilla, 1977), pp. 45-67.

del hecho supone una referencia al marco normativo correspondiente. Entonces, puede concluirse aseverando que la subsunción silogística alegada por la Dogmática Apodíctica es una ficción, porque en el raciocinio de quien comprende, interpreta y aplica el Derecho la norma no viene emplazada antes (premisa mayor) ni el hecho se sitúa después (premisa menor), no siendo raro que se vaya de la norma al hecho y al revés, cotejándolos hasta formar la convicción jurídica propia <sup>70</sup>.

Examina, por último, la interacción entre el Derecho y la Sociedad mas no con el afán de negar la existencia ni la necesidad de las normas, porque la ciencia puramente empírica del Derecho es (como la cabeza en las fábulas de Fedro) una cabeza que podrá ser bella, pero que tiene un defecto y es que carece de seso <sup>71</sup>. Por ende, el propósito de la investigación sociológico-jurídica es comprobar la coincidencia entre las normas y las demandas de la población, destacando problemas de obsolescencia y desobediencia así como de acatamiento por reconocimiento sincero a la legitimidad de los mandatos y sanciones <sup>72</sup>.

#### VIII. CONCLUSIONES

El cometido principal del jurista es encontrar el fin justo de las normas positivas para aplicarlas a la solución de problemas concretos, fin claramente expresado en ellas o dilucidado en prolija hermenéutica.

Revelar y demostrar las divergencias entre lo justo objetivo y lo prescrito en las normas es algo que también ha de asumir como tarea propia. Pero, correlativamente, proponer soluciones que modifiquen el régimen positivo para restablecer o incrementar la justicia en las relaciones humanas, es un deber que el jurista no puede descuidar.

Contribuir a que las normas sean establecidas, interpretadas y aplicadas con espíritu actualizador y flexible, consonante con los requerimientos sociales, tampoco puede ser omitido por él.

Trátese del régimen político, social o económico, en el plano nacional o internacional, fuerza es investigar tanto el valor de la seguridad que proporciona por ser conocido el ordenamiento positivo, como el valor de la justicia que, cuando está presente en las normas, eleva tal ordenamiento al nivel de Derecho en su genuino sentido y lo torna más eficaz.

<sup>70</sup> REALE, nota 4, pp. 233-234.

<sup>71</sup> Immanuel KANT, *Principios metafísicos de la doctrina del Derecho* (México D.F., UNAM, 1968), p. 41.

<sup>72</sup> Lawrence FRIEDMAN, *The Legal System* (New York, Russell Sage Foundation, 1975), pp. 67-136. Roberto MANGABEIRA UNGER, *Law in Modern Society. Toward a criticism of Social Theory* (New York, Free Press, 1976), pp. 203-213. John RAWLS, *Teoría de la Justicia* (México D.F., Fondo de Cultura Económica, 1979), pp. 373-433.