

ANUARIO DE FILOSOFÍA JURÍDICA Y SOCIAL

2012

PONENCIAS EN VALPARAÍSO II

ANUARIO DE FILOSOFÍA JURÍDICA Y SOCIAL / N° 30 / 2012



SOCIEDAD CHILENA
DE FILOSOFÍA JURÍDICA Y SOCIAL



**ANUARIO DE FILOSOFÍA
JURÍDICA Y SOCIAL
2012**

SOCIEDAD CHILENA DE FILOSOFÍA
JURÍDICA Y SOCIAL
ANUARIO DE FILOSOFÍA JURÍDICA Y SOCIAL N° 30
2012

Esta obra ha sido impresa con la colaboración de las Facultades de Derecho de las Universidades Adolfo Ibáñez, Austral de Chile, Católica del Norte, Católica de Temuco, Católica de Valparaíso, Católica de la Santísima Concepción, de Antofagasta, de Concepción, de Los Andes, de Chile, y Diego Portales.

Especial mención cabe hacer a la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de Valparaíso, en cuyo taller de imprenta, "Edeval" se llevó a cabo la impresión de este volumen.

©

Sociedad Chilena de Filosofía Jurídica y Social

I. S. B. N. — 0170 — 17881

Diseño Gráfico: Allan Browne Escobar

Impreso en EDEVAL
Errázuriz 2120 - Valparaíso
E-mail: edeval@uv.cl

ANUARIO DE FILOSOFÍA JURÍDICA Y SOCIAL

2012

PONENCIAS EN VALPARAÍSO II

SOCIEDAD CHILENA
DE FILOSOFÍA JURÍDICA Y SOCIAL



SOCIEDAD CHILENA DE FILOSOFÍA
JURÍDICA Y SOCIAL

DIRECTORIO
(2011 - 2013)

Daniela Accatino, Fernando Atria, Flavia Carbonell,
Rodrigo Coloma, Jesús Escandón, Joaquín
García-Huidobro, Pablo Ruiz-Tagle, Agustín
Squella, y Luis Villavicencio.

La Sociedad Chilena de Filosofía Jurídica y Social
tiene su domicilio en la ciudad de Valparaíso. La
correspondencia puede ser dirigida a la casilla 3325,
Correo 3, Valparaíso, o al correo electrónico
rcoloma@uahurtado.cl

PRESENTACIÓN

La Sociedad Chilena de Filosofía Jurídica y Social, fundada en Valparaíso en 1981 como sección nacional de la Asociación Internacional de Filosofía Jurídica y Social, presenta el número 29 de su Anuario de Filosofía Jurídica y Social, correspondiente a 2011.

La obra reproduce las ponencias hechas en sesiones de comisiones de la Cuarta Jornada Chileno Argentina de Filosofía del Derecho, que tuvo lugar en la Escuela de Derecho de la Universidad de Valparaíso en el mes de noviembre de 2011, coincidiendo con la celebración del centenario de dicha unidad académica. Contiene, asimismo, parte de las ponencias que fueron presentadas en comisiones de dicha jornada.

Cabe señalar que la primera de estas jornadas binacionales tuvo lugar en 2004 en Buenos Aires, la segunda en Santiago en 2006, la tercera en Mendoza en 2009, y la cuarta en Valparaíso en 2011. En cuanto a la quinta jornada, tuvo lugar en Mendoza en el mes de octubre de 2012.

Durante el período 2011-2013, el Directorio de nuestra Sociedad es el que aparece en la página 6. Presidente del Directorio es Rodrigo Coloma, Secretaria General Flavia Carbonell, y Tesorera Daniela Accatino.

Sociedad Chilena de Filosofía Jurídica y Social

PONENCIAS EN COMISIONES

- ORTEGA, Obras Completas [1962], Tomo IX, p. 159 y en Garrigues [1971], p. 99.
- PEDRALS, Antonio [1988]: "Las directivas jurídicas no normativas", en *Anuario de Filosofía Jurídica y Social*, Sociedad Chilena de Filosofía Jurídica y Social, Valparaíso.
- PEDRALS, Antonio [2011]: "Separación de poderes y circuito extrainstitucional del poder", en *Estudios de Derecho Público, El principio de separación de poderes*, XL Jornadas de Derecho Público 2010, AbeledoPerrot, Legal Publishing Chile, Santiago de Chile.
- PÉREZ VILLAR, Carmén Gloria [2008]: "Ley modelo interamericana sobre garantías mobiliarias. Algunos aspectos a considerar", en *Estudios sobre garantías reales y personales. Libro homenaje al profesor Manuel Somarriva Undurraga*, Tomo II, Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, pp. 889-904.
- POZZOLI, María Teresa (Editora) [2001]: *Complexus. Psicología, ciencias de la salud y cambio cultural: desde el paradigma de la complejidad*, LOM Ediciones, Santiago de Chile.
- SALAZAR, Gabriel [2011]: *En el nombre del poder popular constituyente (Chile, siglo XXI)*, LOM Ediciones, Santiago de Chile.
- SOLÉ, Ricard [2009]: *Redes complejas. Del genoma a Internet*, Tusquets Editores, Barcelona.
- UNIDROIT [1994]: *Principles of International Commercial Contracts*, International Institute for the Unification of Private Law, Roma.
- VALVERDE, Iñigo [s/f]: *Soft Law*, en <http://ec.europa.eu/translation/bulletins/puntoycomo/63/pyc633.htm> (fecha consulta diciembre de 2010).
- VIVANCO, Manuel [2010]: *Sociedad y complejidad*, LOM Ediciones, Facultad de Ciencias Sociales de la Universidad de Chile, Santiago de Chile.
- WAGENSBERG, Jorge [1998]: *Ideas sobre la complejidad del mundo*, Tusquest Editores, Barcelona.

LA FUNCIÓN DE LA DOGMÁTICA COMO FUENTE DEL DERECHO *

JORGE EDUARDO DOUGLAS PRICE **

Introducción

Como dice Tercio Sampaio Ferraz, existen cuando menos tres sentidos de la expresión dogmática jurídica, que podemos vislumbrar en el escenario contemporáneo: por un lado se la entiende (y tal vez sea el más extendido de estos sentidos) como un tipo de producción técnica capaz de asistir al profesional del derecho en el desempeño de sus funciones (aún si tendría que precisar mucho más qué puede significar en este caso "asistir"), por otra parte se lo entiende como una producción didáctica cada vez más extendida por el universo amplificado de los lectores de derecho, y, un tercer sentido, es aquél sentido en que se menta a lo que los autores contemporáneos llaman o llamamos la Teoría

* Las ideas centrales de este trabajo están tomadas de mi libro "La Decisión Judicial" (Rubinzal Culzoni, 2012), pero al mismo tiempo expandidas a partir de trabajos de Raffaele De Giorgi, Tercio Sampaio Ferraz, Alberto Bovino y Christian Courtis.

** Presidente de la Asociación Argentina de Filosofía del Derecho. Profesor Titular Regular Teoría General del Derecho I y II de la Universidad Nacional del Comahue, General Roca, Río Negro, Argentina. Director del Centro de Estudios Institucionales Patagónico (CEIP) de la misma Universidad.

Jurídica o Teoría del Derecho, aunque este saber no sea un saber que la tradición jurídica asuma como propio (Sampaio Ferraz Jr., 1980, págs. 2-3).

Las raíces de la dogmática deben buscarse en los mecanismos que ponían a disposición los criterios sociales de organización y decisión, aún antes de la aparición de la escritura.

Considero que toda sociedad tiene una "tópica" (aludo a la noción aristotélica desplegada por Viehweg (Viehweg, Tópica y Jurisprudencia, 1964) en tanto que toda sociedad tiene un conjunto de "loccii" o lugares comunes a los que acude en la búsqueda de responder a sus permanentes necesidades de obrar, de actuar.

Así, el refranero de los pueblos antiguos, conservado como unidad mnemónica, como "meme" por los "meturgemanes" o "rabís" tenía (o tiene) esta función². Sea cual fuere el concepto de cultura que aceptemos, no cabe duda que esta capacidad de transmitir miles de sentencias de generación en generación es un arte de supervivencia.

Los textos sagrados, el Bhagavad-Gita, el Corán, la Torá, la Biblia, solo por citar los más emblemáticos, pueden ser vistos estrictamente como la recopilación de esa memoria selectiva, y, a su vez, como dogmáticas que permiten el obrar porque restringen las posibilidades de decisión, según enseña Luhmann siguiendo a Watzlawick.

1. La noción de «meme» como unidad mnemónica me fue sugerida por el Dr. Ernesto Grun en base a sus estudios sobre la memética.
2. Hasta la invención de la escritura y de los medios de su conservación, la memoria fue preservada mediante recursos mnemotécnicos, a través de ellos, basados sustancialmente en la formación de frases hechas, fáciles de recordar porque la chanson excita la memoria del verso siguiente. Es interesante observar desde esta perspectiva la discusión sobre las traducciones de textos antiguos, tomados de la tradición oral como los Libros Vedas o la Biblia. Por otra parte, como ha enseñado Schaff, muchos lenguajes originarios no pueden descomponerse en unidades del tipo de las palabras, sino siempre en frases que evocan un estado de cosas, así la lengua de los navajos, por ejemplo. Entre otras la función de un lenguaje así era la de permitir la fácil repetición que, a un tiempo, conserva la memoria individual y la colectiva. El refranero popular europeo existente en la mayor parte de Europa hasta avanzado el siglo XX, puede ser visto como un ejemplo. Los juriconsultos, por su parte, o bien adoptaron o bien crearon clisés que llegan hasta nuestro días. Muchas decisiones, apoyan inconscientemente, la presunta fuerza de su razonabilidad en ellos.

Se trata de una memoria que se incardina en el operar, en el actuar, que se dirige funcionalmente hacia la prevención y reencauzamiento del conflicto (no a su supresión como pensaba la teoría veteroeuropea), que es como decir hacia la preservación de la homeostasis y las comunicaciones que la hacen posible.

Un breve análisis de los textos dogmáticos, y aún de los específicamente referidos a ellos nos permitiría observar dos cosas: su número incierto y generoso y su asistematicidad interna, a menos que observemos no su contenido sino su función, tal como ocurre con los gases en la atmósfera.

La Tópica de la Dogmática, en el Derecho Occidental moderno, parece estar condensada en lo que la Ciencia del Derecho, los propios textos legales, y aún los antiguos, han denominado *Principios Generales del Derecho* y estos le permiten llenar vacíos y/o salvar contradicciones.

En efecto, si observamos sus contenidos, en paralelo, observaremos, por ejemplo, que pueden colocarse como premisas dos principios tan opuestos como *dura lex sed lex* y *summum ius summa injuria*, o, a la par de la cláusula *pacta sunt servanda*, la que indica *rebus sic stantibus*; en suma podremos observar que todo el *thesaurus* de principios juega una función: *permitir otra decisión, bajo condiciones de otra argumentación razonable*.

El Código Civil argentino, por ejemplo, autoriza a los jueces a morigerar el principio rector del derecho de daños, denominado de *reparación integral*, a través del principio de *equidad*³, el que permite atender, al fijar la reparación, no ya el daño producido a la víctima, sino las relativas condiciones económicas de *víctima* y *victimario*.

Ahora bien, frente a ello, que es lo que permite estabilizar, el sistema de derecho moderno? Insisto en mi trabajo en esta idea central: en el principio de analogía o si se quiere de *igualdad* (aún si de qué se

3. Introducido por la reforma de 1968 en el art.1069: "El daño comprende no sólo el perjuicio efectivamente sufrido, sino también la ganancia de que fue privado el damnificado por el acto ilícito, y que en este Código se designa por las palabras "pérdidas e intereses". Los jueces, al fijar las indemnizaciones por daños, podrán considerar la situación patrimonial del deudor, atenuándola si fuere equitativo; pero no será aplicable esta facultad si el daño fuere imputable a dolo del responsable".

trate la analogía o la igualdad sea un tema que posee enorme dificultad y en el que se muestra el carácter, precisamente, de la decisión).

En esa tarea, los *textos* cumplieron un rol fundamental, como señala Luhmann pues la aparición de la escritura debió suponer una catástrofe cultural, desde que permitió que ausentes fueran tratados como presentes, pero no sólo esto.

La misma idea de crear derecho, de dictar leyes, es una idea que viene de la mano de la escritura, tecnología sin la cual es difícil pensar en la instauración voluntaria de nuevas reglas. Aunque la idea de tipo (type o token en Aristóteles) no precisa necesariamente de la escritura, ella facilita su uso, su función.

Ya en el derecho pretoriano romano se da la aparición, bien que casuística, de la resolución de problemas jurídicos mediante fórmulas generalizadoras, es el inicio de aquello que conocemos, precisamente, como doctrina.

En la Edad Media esta técnica se desarrolla, como sabemos, a partir del trabajo de Glosadores y Postglosadores, que en base a ciertos textos, particularmente del *Corpus Iuris* justiniano, fueron construyendo el modo pensar exegético.

Hacia los siglos XVII y XVIII, esa forma de trabajo se ve alterada fuertemente por la influencia del racionalismo, que lleva a pensar que todo un sistema pueda ser construido y derivado mediante las reglas de la razón. En realidad el racionalismo puede ser visto como una exaltación de la forma sobre la materia.

Pero que ésta oposición no puede ser tal, se prueba a través de la confluencia de aquella tradición (la romana) y de esta confianza en la razón, mediante la cual se construye, con distintas vertientes, durante el siglo XIX, las líneas principales de lo que entenderemos como "Dogmática Jurídica".

Así, por ejemplo, los juristas romanos produjeron, a través de los *responsa*, una especie de mediación, entre la legislación —escasamente desarrollada— y la solución de los conflictos concretos, mediante la construcción de reglas intermedias que posibiliten la resolución de conflictos concretos (Sampaio Ferraz Jr., 1980, pág. 25).

Esto ya fue advertido por Luhmann, como recuerda el profesor de San Pablo, si bien esta práctica tenía relación con la dialéctica y la

retórica griegas, constituye el desarrollo de un saber de naturaleza práctica que caracterizó a la evolución de la sociedad romana, aún si los juristas que se propusieron teorizar sobre esta práctica apelaron, probablemente, a los modelos griegos. Con esta evolución se crean las condiciones de posibilidad para que el comportamiento desviado también tenga su lugar, dice Luhmann, permitiendo al infractor una argumentación con los mismos valores y reglas en el intento de neutralizar, simbólicamente, su propio comportamiento (Luhmann, *Rechtssoziologie*, 1972, págs. 145 y ss.).

El juez se aparta de la figura del mago o del sacerdote (aún si podríamos recordar algunas analogías que traza Weber en cuanto sus funciones) en tanto el Derecho asume la forma de un programa decisorio en el que se formulan las condiciones para una decisión correcta, justamente aquí es donde surge el pensamiento prudencial con sus reglas propias, principios, figuras retóricas, medios de interpretación e instrumentos de persuasión (argumentación), etc.; de allí que el derecho deja de ser visto como una forma de lucha, para ser un escenario de debate, donde todos poseen validez a priori para discutir y argumentar, de allí que la dogmática pasa a ocupar ese *lugar de mediación entre el orden jurídico y las decisiones concretas* (Luhmann, *Rechtssoziologie*, 1972, págs. 179-181).

Así el establecimiento de los hechos, por ejemplo, pasa a ser una cuestión jurídica y no una cuestión inherente a los hechos mismos.

Pero la fijación de una doctrina, operación basal de la dogmática, se relaciona en Roma con tres conceptos: potestas, auctoritas y gravitas. La *potestas* está ligada al hacer y orientada al futuro (al output diría Luhmann), la *auctoritas* en cambio está ligada al pasado; de allí que la *gravitas* sea la específica condición del que decide y si bien posee algo de ambas, tiene más que ver con la proximidad al pasado, a la estructura de poder, de allí que Augusto escogiera a los juristas que tendrían el *ius respondendi* de entre los senadores (Sampaio Ferraz Jr., 1980, págs. 29-30), de donde vienen confundidas la figura de *autor* y de *competencia* que rematan en la de *autoridad*.

Ahora bien, el pensamiento dogmático propiamente dicho hay que encontrarlo en la evolución del pensamiento jurídico desarrollado en Bolonia a partir del siglo XI. Sin abandonar aquella fórmula romana,

pero mediante el desenvolvimiento de la reseña crítica del código justiniano (*littera boloniensis*), transformando sus contenidos en textos de enseñanza universitaria mediante los recursos de los estudios del Trivium (Gramática, Retórica y Dialéctica), se pasa de considerar a los casos problemáticos como casos paradigmáticos que se insertan en un sistema que pretende ser armónico; allí se pasa entonces, al mismo tiempo, de utilizar a los recursos prudenciales como método para la apreciación de los intereses en juego, a los recursos sistémicos como principios y reglas mediante los cuales se puede siempre reconstruir el *Corpus* (Sampaio Ferraz Jr., 1980, págs. 32-33).

Esta misma técnica va a permitir la aparición de los Principados, desde que todas las actividades del estado pasan a ser auxiliadas por los juristas, lo que va a permitir la construcción del estado moderno, no sólo por la actividad de los tribunales, sino por conceder una fundamentación jurídica a la pretensión de soberanía de los príncipes. En efecto: a partir de la interpretación del propio *Corpus* que provee incluso técnicas para la resolución de casos en el ámbito privado, se concentran y racionalizan las formas de dominio a través de la impersonalización de los cargos y la instauración de aparatos administrativos que se ponen por encima de los intereses personales. El pensamiento dogmático contribuyó a ello como los canonistas a construir la Iglesia (Sampaio Ferraz Jr., 1980, pág. 36).

A medida que la práctica se aleja del texto, la dogmática se hace más abstracta para hacerse más libre, lo que le permite seguir produciendo los mismos efectos sin romper con el *Corpus*: "El humanismo renacentista modifica la legitimación del Derecho Romano, purificando y refinando la interpretación de los textos y, con esto, se abren las puertas de la ciencia moderna en la teoría jurídica", ahora no se indaga más sobre las relaciones entre el bien y la vida, sino sobre las condiciones efectivas racionales de sobrevivencia (Sampaio Ferraz Jr., 1980, pág. 37).

Dogmática y Sistema

De allí que sea necesaria una cierta formalización y positivización del Derecho Natural, que viene ligada al pensamiento sistemático,

justamente entre las críticas que se le formulaba a los glosadores estaba la de su falta de sistematicidad y es precisamente en esta época que se introduce el término sistema.

Este pensamiento comienza a manifestarse claramente en el siglo XVII, en conexión con el problema de la certeza en la discusión teológica, la que se traspuso para la Teoría de la Música y la Astronomía, para la Teología, la Filosofía y la Jurisprudencia y si bien, como en el caso de la actividad de los glosadores los textos perseguían facilitar la enseñanza, se produjo una transformación que podríamos llamar "ontológica", cuando la misma Teología se ve precisada de tratar los problemas de la contingencia y la certeza en el plano de la creencia, lo que produjo una confusión —afirma Sampaio Ferraz— entre el concepto de sistema y el de conocimiento, en tanto el sistema fue entendido como medio de orden y clasificación y ello como forma de asegurar el conocimiento. De este modo el pensamiento sistemático participa del proceso de autonomización de la teoría del conocimiento moderno.

Es con Christian Wolf, quien domina la ciencia de la época con su terminología, que el término sistema se vulgariza, al tiempo que se lo concibe como un agregado ordenado de verdades, que presuponen la corrección y la perfección formal de la deducción, concepto que ha de ser reelaborado por Lambert quien concibe al sistema como un mecanismo: partes ligadas las unas a las otras, presuponiendo una totalidad (Sampaio Ferraz Jr., 1980, pág. 39); una totalidad en la que, agregado, no es difícil encontrar rasgos teológicos.

Es que subsisten en ello, como dirá Michel Foucault, recursos propios de la tradición clásica al definir la *identidad* (igualdad/analogía) por medio de la red clásica general de las diferencias específicas.

Ahora bien, el concepto de sistema es la mayor contribución del iusnaturalismo moderno al Derecho Privado europeo, y a partir de allí, su teoría de la exégesis que era una teoría de la interpretación de textos singulares, se auto-transforma en un método lógico-demostrativo para trabajar presentando un conjunto como un sistema que se presupone cerrado, con una doctrina que se justifica (y se debe justificar) ante la razón por eso mismo. (Sampaio Ferraz Jr., 1980, pág. 41).

Pero allí mismo percibimos un nuevo “*bucle*”: el iusnaturalismo es él mismo una teoría sobre la dogmática, una teoría que va a dar un lugar a la dogmática, por eso Pufendorf va a dividir las normas del Derecho Natural en categóricas e hipotéticas, las primeras que son válidas con prescindencia de las instituciones establecidas por el hombre, las segundas que admiten una variación, es decir una adecuación a la evolución temporal. Esto permite, a su vez, secularizar la teoría jurídica, lo que coincide con la ruptura de la Reforma, que precisa de la desaparición de la autoridad romana, lo que constituye otro de los fundamentos de la aparición del estado moderno.

El siguiente paso, ya en el siglo XIX, lo darán Hugo y Savigny; al dotar al iusnaturalismo de una historicidad inmanente, al pasar de la ley al *espíritu del pueblo* como fuente primaria del derecho, dotarán a éste de la posibilidad de adaptación a la contingencia que el diseño primitiva le privaba (Sampaio Ferraz Jr., 1980, pág. 53), esta cualidad se transformará en virtud esencial de su estructura, aún si un examen riguroso demostrará, como en toda institución, su presencia en épocas más remotas.

La *anti-paradoja* presente en la tesis de Savigny es que el *espíritu del pueblo* equivale bis a bis con aquello que los sabios y los juristas de un pueblo producen, lo que termina equiparando dicho concepto con la dogmática, y así podemos observar cómo —reiteraré muchas veces el concepto— es en ese “*bucle*” en el que la dogmática se autofunda, es su *autopoiésis*, hablando en términos luhmannianos. Se trata de aquello que Koschacker ha denominado el “*derecho de los profesores*”, que se desarrolla dejando atrás, paradójicamente, ahora sí, la idea “historicista” originaria y dando centralidad a las ideas de sistema y concepto.

Esta operación también invisibiliza la disputa ideológica que sucede al interior de la teoría, algo que recién reaparecerá con la disputa entre las escuelas de la jurisprudencia de conceptos y la de intereses.

Claro que, contemporáneamente, como ha señalado Hannah Arendt, la historia misma se ha transformado de algo que “le ocurre” al ser humano, a algo que es “hecho por los humanos”, este concepto de factura (o “hechura”) de la historia, que está presente en el mismo concepto de revolución de Lutero o Marx, es algo que no podemos perder de vista para entender esta transformación.

Y en ese mismo momento sucede otra transformación en el que la dogmática ha de jugar un rol decisivo: se trata del pasaje del estado absoluto al estado de derecho, en el que se crea la doctrina clásica de la división de poderes con la finalidad de derruir la teoría fundante del sistema político jerárquico. En ella es necesario neutralizar el poder judicial, esto es quitarlo —al menos en el nivel del discurso legitimante— del juego político, y esto es lo que permite substituir la unidad jerárquica constituida alrededor del *rex*, por una estructura compleja de comunicación y control de comunicación entre fuerzas interligadas (Sampaio Ferraz Jr., 1980, pág. 65). Así el derecho también se desvincula de sus bases y queda disponible para las transformaciones necesarias. Transformaciones que, sin embargo, ahora deben ser pasadas por el filtro de los procesos que justifican las innovaciones, es decir por el mismo filtro de la dogmática. De la dogmática que ha elaborado el concepto de laguna y de primacía de las fuentes, dogmática que ha establecido la prohibición del non liquet para que el sistema pueda funcionar según ella misma ha establecido que funciona. Nuevamente el *bucle*.

Esta función central no varía porque la jurisprudencia de intereses o la escuela de la libre interpretación cuestionen el modelo exegético, la Dogmática elabora un material cada vez más abstracto.

La Dogmática hace que el derecho sea delimitado por sus propias construcciones, ligadas al Derecho Positivo, claro, pero proveyéndole la unidad sistemática necesaria para su actuación, es así que Ihering llega a hablar de “jurisprudencia inferior” para referirse a las formas jurídicas originalmente *dadas* y “jurisprudencia superior” a aquellas construcciones que transforman aquella materia original en nociones o abstracciones más altas (Sampaio Ferraz Jr., 1980, pág. 74).

Esta jurisprudencia superior es la que permea todas las elaboraciones dogmáticas de comienzos del siglo XX y hasta avanzada su segunda mitad. Los tratados de derecho aparecen como obras monumentales ocupadas, podría decirse *al modo de Savigny*, de procurar un ordenamiento de los conceptos mediante procesos de abstracción lógica, orientados por la preocupación en la completitud y el orden sistemático, en el sentido que describía más arriba, proporcionado por la misma evolución epistemológica.

En esta evolución cumple un rol relevante la teoría de las "naturalezas jurídicas", ella misma una metateoría, pero que es funcional a esta idea: los conceptos no son invenciones sino propiedades naturales, el científico del derecho no inventa sino que descubre estas categorías que al propio tiempo "encajan" en una compleja taxonomía generalmente bipartita: privado/público; comercial/civil.

El siglo XX es también, en este campo, "el siglo de Kelsen", en el sentido que la meta-descripción del derecho va a estar influenciada por su "teoría pura", en tanto primer intento serio de estructurar una descripción científica del derecho tal como lo proponía el paradigma epistemológico del Círculo de Viena. Su teoría de los conceptos jurídicos fundamentales, básicamente, es a un tiempo el intento de reducir al mínimo común denominador justamente toda aquella gama polimorfa de instituciones que la práctica del derecho había generado hasta el presente y, paralelamente, construir un lenguaje suficientemente acotado desde el punto de vista semántico que pudiese cumplir con los parámetros del Círculo. Es decir: era necesario analizar lógicamente el lenguaje del derecho para así delimitar y construir un lenguaje propio minuciosamente preciso que desalojara toda ambigüedad y error, se buscaba "des-ocultar" su sintaxis lógica.

La discusión con Kelsen se extendió hasta avanzada la segunda mitad del siglo, ya por la influencia de sus elaboraciones, ya por la pertinacia y honestidad intelectual con que éste siguió trabajando hasta el fin de sus días, como puede verse en sus siempre agudos y consistentes escritos colectados en su obra póstuma, la Teoría General de las Normas. Por ejemplo, en el capítulo primero de esta obra, Kelsen realiza, como sugieren los autores de la nota introductoria, una verdadera "anatomía" de la norma jurídica a través del análisis de los términos conexos o los diversos sentidos del mismo término (en ese capítulo despeja el sentido de norma en sentido jurídico en un modo que recuerda netamente en lo metodológico al capítulo primero del no menos célebre Norma y Acción de Von Wright). Éste fue, tal vez, el sentido más preciso de un intento teórico que procuraba construir una teoría jurídica "científica" y por lo tanto, en los términos de aquella escuela⁴, "no ideológica". (Kelsen, 1994).

4. No puedo tratar aquí mis reparos frente a esa pretensión, cuando menos ingenua, pero contra la que cabe argumentar que las condiciones de

Dogmática y Teoría de Sistemas

No puedo desarrollar aquí las ideas básicas de la Teoría de los Sistemas, a partir de la cual hace lo propio con su teoría de la Sociedad y el Derecho, Niklas Luhmann, pero sí puedo recordar que tres conceptos fundamentales la constituyen: a) los sistemas sociales son operacionalmente cerrados y cognitivamente abiertos (lo que lo diferencia de las tesis de Bertalanffy o Parsons); b) todo sistema está en relación con otros sistemas, que son su entorno y de los cuales es su entorno (donde también podemos encontrar una diferencia con Bertalanffy) y c) los individuos, los seres humanos individuales, son entorno del sistema de la sociedad, sociedad que está constituida básicamente por las comunicaciones que esos aparatos psíquicos producen.

Todo ser humano está siempre "en situación" y cada situación, lo quiera o no, "comunica", transmite mensajes, de donde se sigue que comportarse es un "intercambio de mensajes" y este intercambio es el elemento constitutivo de la sociedad.

Aunque parezca innecesario subrayarlo a esta altura, el derecho es un fenómeno de comunicación, y la dogmática es una parte de él, por lo que procuro abordarla como tal.

Ello por cuanto una concepción basada en estos supuestos implica una tesis sobre el conocimiento humano de carácter constructivista, tesis que pone en tela de juicio ciertos conceptos como objetividad y subjetividad, arrancados de la teoría clásica del conocimiento que fincaba el conocer en un proceso enteramente individual y la distinción radical sujeto-objeto.

Dicotomía Teoría y Praxis

En el mito de la caverna de Platón, dice Sampaio Ferraz (recordando la lectura de Hannah Arendt) está presente la dicotomía

producción del discurso científico son per se, en sentido marxiano, "ideológicas" y cabría aplicarles la prevención de Bakunin contra la "nueva religión", aquella que Comte había anunciado: "En tanto que forma una región separada, representada especialmente por el cuerpo de los sabios, ese mundo ideal nos amenaza con ocupar, frente al mundo real, el puesto del buen dios, y con reservar a sus representantes patentados el oficio de sacerdotes".

entre teoría y praxis, basada en la confianza que, luego de la muerte de Sócrates (que lo hará desconfiar para siempre de la persuasión), aquél deposita en la razón (para encontrar *la verdad*) como guía de la acción (Sampaio Ferraz Jr., 1980, pág. 11).

Pero, para *ver* la verdad, según Platón, el filósofo ha de apartarse de sus compañeros de la caverna, con quienes ya no podrá compartir el saber por una abismal diferencia de condición, una diferencia que adquiere en soledad (aspecto que ha de marcar su filosofía política elitista y es el origen de su concepción del modelo de gobernante: el rey filósofo).

El remedio de Platón es conocido por su cinismo: el gobernante deberá crear o sostener mitos donde apoyar la sociedad; así como la tierra se apoyaba sobre cuatro tortugas o cuatro elefantes, los gobernantes de Platón, en tanto que son los únicos que ven, deberán construir mitos apropiados. Esos gobernantes son como el personaje central de Ensayo sobre la Ceguera donde la clave de la lectura está en contrastar lo que los ciegos creen ver con lo que ve la mujer que finge ser ciega ve, aún si lo que ella ve está limitado al estrecho campo de su percepción directa porque también sus otros órganos de ver, los medios de comunicación (aunque estos sean también otros que “ven por ella”), están bloqueados por la epidemia (Saramago, 2000).

La cultura de Occidente está marcada por esa dicotomía platónica entre el saber y el hacer (y por esa la metáfora del saber como *visión*), revelando un punto que no por obvio debemos dejar de señalar: el cómo la cuestión epistemológica está en la base de toda discusión sobre el diseño de las instituciones sociales y sus instrumentos.

Dice Sampaio que no pretende que la ciencia posea una suerte de teleología, es decir que realice una suerte de control social, en términos de *proposiciones-fines*, sino que se preocupa por ver ese mínimo de intención que se atribuye a los hechos para organizar el comportamiento. Mirándolo así, el conocimiento es un actividad capaz de servir como una mediación entre los datos de la *realidad*⁵ (no está en cursiva en el original, pero la resalto para destacar una diferencia epistemológica fuerte) y la respuesta en el comportamiento de los

5. Para hacer ver que lo que llamamos *la realidad* es también una construcción social.

individuos, pues en este sentido —señala— el conocimiento genera *expectativas cognitivas destinadas a disminuir o controlar la angustia humana por ante la complejidad social* (Sampaio Ferraz Jr., 1980, págs. 8-9).

Agrega que Luhmann ve a la sociedad como un sistema de interacciones, interacciones que pueden ser infinitas, de allí que la función principal de los sistemas sociales sea el de la reducción de la complejidad, aún si en todo sistema las interacciones seleccionadas no se deriven en el sentido esperado, realizándose en otro, por lo que todo sistema asume es *riesgo*, el riesgo de la *contingencia*, lo que implica que siempre puede ocurrir lo que se espera que ocurra o cualquier otra cosa (lo que es completamente análogo a lo que ocurre en la comunicación entre dos aparatos psíquicos), contingencia que se traduce en la angustia por las desilusiones posibles. El conocimiento disminuye esta angustia, permite tratar las desilusiones con recursos que nos permiten continuar actuando; esa es básicamente la *función* del derecho en la sociedad (aunque no sólo del derecho).

Derecho: memoria y dogmática

Dice Raffaele De Giorgi, en un trabajo imprescindible sobre el derecho y la memoria⁶, que la actividad del derecho está continuamente determinada por la percepción de los eventos individuales, o sea, por la comunicación de las expectativas jurídicas. El derecho se acopla con el ambiente a través de la especificación de las expectativas jurídicas que el sistema usa convenientemente. Afirma que esta especificación depende de la memoria de la sociedad y la reacción del derecho se manifiesta como decisión, en tanto que la reactivación de la memoria, el empleo de la redundancia, se torna manifiesto en la argumentación. En la argumentación, el derecho se auto-observa con auxilio de la

6. El título original es “Das Gedächtnis des Rechts” y fue traducido del alemán al portugués por Guilherme Figueiredo Leite Gonçalves, por entonces doctorando en sociología de la Universidade de Lecce, y al español por el autor del presente trabajo. El artículo reproduce un texto de un seminario que el Profesor de la Universidad del Salento (Lecce-Italia) dictara en el Max-Planck-Institut für Europäische Rechtsgeschichte, en Frankfurt am Main.

distinción entre recordar y olvidar que es la función de la memoria (De Giorgi, A memoria do direito, 2006) .

En ello consiste, afirmo, el trabajo de la dogmática.

Pero ¿cómo funciona la dogmática, quiénes son los dogmáticos, qué son los dogmáticos?

Los textos sirven para superar los problemas de validez y argumentación que se derivan de la contingencia, que de otro modo se volvería insoportable. El acoplamiento se produce a través de textos, de textos que deben ser interpretados, pero ellos no son depósitos, dice De Giorgi, no son informaciones, pues solamente la interpretación produce información: en otras palabras, a través de la memoria del derecho se produce sentido y, por lo tanto, comunicación y, por lo tanto, presente. Así los textos, la doctrina (pero no sólo la doctrina), posibilitan que el sistema represente sus estados internos.

Todas las operaciones del derecho, dice De Giorgi, utilizan la distinción conforme a derecho/no conforme a derecho, pero esta distinción es usada simultáneamente por diversos observadores, que no pueden ver la distinción que ellos mismos emplean, pues “...no se consigue, en la distinción, observar la distinción de la distinción y las operaciones con las cuales se indica una parte de la propia distinción. Los observadores son observados continuamente a través de otros observadores que observan como los observadores observados emplean la distinción, mas ellos mismos no pueden ver la distinción que emplean (De Giorgi, A memoria do direito, 2006)”.

En el curso de su evolución el derecho introdujo un valor que no tiene valor, pero que es un símbolo que circula constantemente en el sistema y que se llama *validez*. El símbolo, dice De Giorgi, justifica la capacidad de mudanza, de combinación, de conexión, lo que constituye una capacidad adquirida evolutivamente, al pasarse de los sistemas jerárquicos a los temporalizados. El derecho siempre puede recomenzar de sí mismo, lo que lo vincula al tiempo, así puede producir episodios, series, doctrinas, como actos individuales mediante a los cuales reacciona frente a su entorno (ambiente), acomodándose continuamente, produciendo su propia homeostasis.

Pero el ambiente es lo que es, no produce informaciones, sino irritaciones que el derecho percibe como eventos comunicativos, en todo

caso como *informaciones en tanto que irritaciones*. El derecho resulta así conmovido, obligado a modificarse por las estructuras de expectativas que se dirigen al derecho (no podemos aquí extendernos pero esto necesariamente nos lleva a una teoría del estado, de la comunicación, de la opinión pública y la democracia).

Allí se inserta la tarea de la dogmática como una función específica, tal vez la más específica de las tareas del derecho. Ella trabaja con la idea de validez en los temas específicos, permite que el sistema recuerde y olvide al mismo tiempo, permite la previsión y la retrospectión: la memoria es el punto ciego de la distinción, ella es *la autorreferencia del cálculo de las descripciones que son elaboradas por el derecho. El carácter de adquisición evolutiva de esta memoria puede ser visto a partir del hecho que ahora el derecho se puede especificar en la función de elaboración de cálculo de los cálculos, o sea, de producción de derecho a partir del derecho, y, consecuentemente, en el uso de su código, que se torna un código universal*”. (De Giorgi, A memoria do direito, 2006).

La memoria, va a decir Luhmann, funciona como restricción de aquello que puede ser tratado como premisas futuras del tratamiento de un caso. El derecho organiza el acceso a la información, que no puede recomenzar siempre de nuevo, aún cuando en cada ocasión el sistema se enfrente a una nueva situación y la resuelva bajo el par conocido/desconocido, por eso podemos decir que el sistema aprende de sí mismo y —como dice el mismo autor recordando a Heinz Von Foerster— *“la memoria retiene en disposición los específicos valores de la esfera de producción recursiva del sistema”*.

Agrega De Giorgi, que esta disposición reduce la cantidad de información necesaria para el tratamiento de los casos, porque torna accesibles las invariabilidades que son producidas en los cálculos efectuados por el derecho. Esta operación, la que realiza la dogmática, permite recordar y olvidar, permite producir identidad y desigualdad, precisamente porque el caso es observado a la “luz” de la dogmática que permite ver a través de las diferencias (sea remarcándolas u olvidándolas). Y esto se obtiene a partir de observaciones de observaciones, lo que permite condensar conceptos, que, a su vez permiten la organización del acceso a la información y así nuevamente en un “*bucle*” siempre creciente.

La función de la dogmática en la decisión

La característica más importante de toda dogmática, dice Luhmann, es la prohibición de la negación, es decir que no se pueden negar los puntos de partida de las cadenas de argumentación, citando a Julius Kraft afirma: «Una disciplina se denomina dogmática siempre que considere proposiciones, en sí y por sí arbitrarias, como por encima de toda crítica y de este modo abandone el postulado de la investigación independiente» (Luhmann, Sistema Jurídico y Dogmática Jurídica, 1983, pág. 27).

Sin embargo, aclara, los sociólogos saben que algo «en sí y por sí arbitrario» no existe en absoluto en la vida social y también que toda comunicación humana presupone no-negabilidad⁷, por lo que no sirve para caracterizar a la dogmática su mera función de bloqueo de la crítica, sostiene que la función positiva de la dogmática podría consistir en la manera de distribuir las prohibiciones de negación, en que la exploración de textos y experiencias se lleve al nivel requerido de flexibilidad.

Según Luhmann la historia enseña que tanto la dogmática teológica como la jurídica demuestran no el encadenamiento del espíritu, sino el aumento de las libertades en el trato con experiencias y textos (Luhmann, Sistema Jurídico y Dogmática Jurídica, 1983, pág. 29).

El pensar y el interpretar dogmáticos refieren, dice, su vinculación a materiales, textos sagrados, revelaciones, normas jurídicas, de modo que la libertad de la dogmática deriva de la misma vinculación, esta diferencia entre material e interpretación, indica que la dogmática tiene que vérselas con *inseguridades* que solo aparentemente son superadas por la vinculación. Así, la dogmática permite el *aumento de las inseguridades soportables* (Luhmann, Sistema Jurídico y Dogmática Jurídica, 1983, pág. 30) y para Luhmann el aumento de la tolerancia a la inseguridad es una cualidad de sistema muy esencial para sociedades complejas⁸.

7. Confirma esta idea, según Luhmann, los estudios de la Escuela de Palo Alto: Paul Watzlawick/Janet H. Beavin/Don D. Jackson en *Pragmatics of Human Communication: A study of Interactional Patterns, Pathologies and Paradoxes*, New York, 1967, esp. pág. 102.

8. En otra parte he sostenido la relación entre los pares seguridad-inseguridad de la antropología filosófica y autoritarismo-democracia como modelos

Desde mi punto de vista es esto lo que permite ver a la Dogmática como la constructora de un sistema de principios para un modo de proceder *tópico*, como puede verse en la obra de Viehweg ya citada. Distinta consideración merece la tesis de Dworkin, acerca de la complementariedad entre reglas y principios, en tanto éstos últimos, en su obra, parecen estar constreñidos a un catálogo cerrado, de lo contrario no podría sostenerse su tesis de la *única respuesta correcta*. No obstante, la tesis de Dworkin puede verse ella misma como una *Dogmática* al estilo kelseniano, no por su contenido, sino por su función teórico-epistemológica (y a la postre política), esto es como una teoría que permite construir una tesis aceptable sobre las decisiones.

Las inseguridades del sistema jurídico

Como vemos, entonces, la dogmática jurídica trata de aumentar el número de inseguridades soportables que son compatibles con dos exigencias centrales del sistema jurídico: la vinculación con normas jurídicas y la necesidad de tomar decisiones en casos de conflictos jurídicos, tal como dice Luhmann, y agrego: permite atender la necesidad de tomar decisiones en base a esas mismas normas, aunque aún debemos resolver qué signifique *tomar decisiones en base a normas*.

El surgimiento de la dogmática, dice Luhmann, presupone un cierto nivel de organización del sistema: la posibilidad concreta de tomar decisiones vinculantes acerca de cuestiones jurídicas: es decir la aparición de la obligatoriedad para el juez de ceñir sus fallos a una lógica hermeneútica, tal como la doctrina de la *exégesis a comienzos de la vigencia del Code* o bien el establecimiento de la doctrina del *stare decisis*, en el sistema del *common law* desde el siglo XVII.

La dogmática, entonces, cumple con el rol de encauzar el ir y venir de la mirada del jurista de hechos a normas y viceversa, sujetando de alguna manera su decisión e impidiendo que el sistema jurídico se aparte del ordenamiento jurídico contingente al cual sirve. Es decir, sostiene Luhmann, que *“La dogmática ya no podrá situarse como una*

político-sociales, siguiendo una idea de Martin Buber, en *Qué es el Hombre*. FCE, México, 1985.

rótula en el eje «fijación de normas-aplicación de normas», ni tampoco podrá ser limitada a la función de una elaboración detallada de unos supuestos de hecho legales indeterminados, ni a la construcción jurídica de realidades para hacerlas subsumibles.

Su función es transversal, es un control de consistencia con vistas a las decisiones de otros casos. Por ello, los análisis dogmáticos de las regulaciones legales no solamente permiten reducir la indeterminación de las regulaciones legales, sino que permiten también aumentarla, en concreto cuando la dogmática ha de generalizar y problematizar normas para la inclusión de otras posibilidades de decisión.

La dogmática jurídica define dentro del marco de esta función, las condiciones de lo jurídicamente posible, en concreto las posibilidades de la construcción jurídica de casos jurídicos. Así, la dogmática jurídica, constituye el plano más elevado y más abstracto de las posibles determinaciones de sentido del derecho dentro del propio sistema jurídico. (Luhmann, Sistema Jurídico y Dogmática Jurídica, 1983, pág. 34).

La decibilidad es el problema básico de la dogmática, para ello articula diversos instrumentos y modelos conceptuales, en la elección de los cuales cabe un decisivo rol a las ideologías.

Para Sampaio Ferraz en las operaciones de la dogmática se entremezclan cuando menos tres modelos: el *analítico* que encara la cuestión de la decibilidad como una relación hipotética entre hipótesis de conflicto e hipótesis de decisión; el *hermenéutico* que la encara como la misma relación pero teniendo en vista *el sentido*, y el tercer modelo, el *empírico*, la encara como una cuestión de condiciones empíricas de posibilidad de una decisión hipotética frente a un conflicto hipotético. En los tres modelos se percibe la existencia de estas funciones: *previsional*, *heurística*, *organizatoria* y *evaluatora*, donde se acentúa el rol heurístico, como coordinador de modelos y recursos. (Sampaio Ferraz Jr., 1980, págs. 120-122) En esta clave es que hemos de interpretar la transformación del “*método jurídico*” en las distintas escuelas de la interpretación jurídica.

Los conceptos de la dogmática sirven para reducir la complejidad, para permitir realizar la reflexión y también para que la misma reflexión sea más leve; y pueden usarse, dice Luhmann, a un tiempo como

preguntas y como respuestas (Luhmann, Sistema Jurídico y Dogmática Jurídica, 1983, pág. 41). No garantizan la perfección (este sería el grave error de la jurisprudencia de conceptos) sino que organizan las posibilidades de decisión, negando varias adjudicaciones de sentido, reduciendo las opciones de adjudicación pero también haciendo la decisión más difícil, hay que razonar contra razones y entonces cobra, como dice Esser, emergencia la tarea valorativa, donde cobra relevancia el tema metaético, pero esa es ya “otra cuestión”.

Sin embargo, debo advertir aquí, sobre la incidencia de la constitucionalización del derecho, fenómeno contemporáneo según el cual la ley deviene controlada siempre por unos criterios valorativos contenidos en la cúspide del sistema. Tal concepto torna más poroso al sistema, más aún cuando en algunos casos, como en el argentino, la constitución introduce, sin más, el derecho internacional como derecho positivo del sistema nacional, con fuerza vinculante directamente operativa⁹.

La Dogmática y la Memoria

Como dice De Giorgi, la memoria no es una invención reciente. Reciente es, en cambio, la reducción de la memoria, y su consecuente decadencia, a simple facultad de conservación del pasado y a la capacidad de renombrarlo, de ordenarlo, de recordarlo así como ha sido (De Giorgi, Roma come memoria, 2007).

El sistema del derecho realiza estas operaciones continuamente, a cada paso, en cada paso, distingue en base a distinciones olvidadas o recordadas, o nuevas distinciones, que luego vuelve a olvidar, lo importante es tratar el problema en base a distinciones que puedan ser aceptadas por los receptores del mensaje del decisor, como dijera J. Esser, según recuerda E. P. HABA, *en ninguna parte nuestros problemas constructivos son solucionados por una respuesta conceptual que meramente «se nos «presente» como tal nunca el finalmente concebido instrumento*

9. Estoy señalando el caso del art.75 inc.22 de la Constitución Argentina reformada en 1994, mediante la cual se introdujeron al derecho nacional como directamente operativos con rango superior a las leyes los once pactos de derechos humanos suscriptos por la Nación.

dogmático constituye per se la garantía de una aplicación «correcta» (Haba, 1975, pág. 385).

Evidentemente el sistema del derecho no puede renunciar a construir conceptos mediante distinciones constantes, no al menos hasta ahora, siempre debe reconocerse lo que en ellos queda incluido y a lo que no se refieren.

De alguna manera la primera función de la memoria es permitir olvidar o recordar el criterio por el cual se hizo una distinción, a partir de la cual por una marca, hecha con el estilete más fino, algo quedó del "otro lado".

Así Bovino y Courtis, recordando conceptos de Carlos Nino, han señalado que la dogmática es: "...un tipo de razonamiento deductivo análogo al que utilizan las ciencias empíricas, que utiliza criterios y principios que, al mismo tiempo que permite la inferencia de soluciones no contenidas en el texto legal, no se oponen abiertamente al sistema de derecho positivo. Esta circunstancia permite contar con criterios racionales para resolver una controversia o evaluar una conclusión con mucha más amplitud de lo que es posible en relación con la moral. Por ello, a pesar de que la dogmática no es una ciencia descriptiva empírica ni una ciencia formal, no se puede negar su racionalidad o la posibilidad de controlar intersubjetivamente sus soluciones (Bovino & Courtis, Consideraciones sobre la dogmática jurídica, pág. 189)".

En tanto, para Viehweg los catálogos de tópicos de una disciplina especial permiten pensar su transformación en un sistema deductivo, más en una época en que se encuentran alicientes para pensar en él. Y afirmaba que si bien los esfuerzos de la dogmática tienen un origen pedagógico, es decir un origen fuera del objeto mismo, esos esfuerzos permitan allanar el camino hacia un sistema deductivo (Viehweg, *Tópica y Jurisprudencia*, 1964). En mi parecer lo que ha sucedido luego no parece abonar el optimismo del profesor alemán, aún cuando, paradójicamente, los sistemas informáticos actuales permitan allanar el camino de la construcción de un sistema coherente, basado en inteligencia artificial.

El valor justicia y la dogmática: reclamos sistémicos

El punto es, sin embargo, que la operación dogmática suele permanecer oculta tras el velo de la *verdad*, y la operación de

envelamiento u opacidad como diría Cárcova (Cárcova, 1998.), se refuerza con el concepto de *justicia*, que cumple la función de legitimación por excelencia del entero sistema: "*fundar la legitimidad de la vigencia de un sistema jurídico es explicar el principio o la combinación de principios ideológicos que reside en su base. De tal manera es posible fundar la legitimidad de la vigencia de un orden jurídico en cualquier argumento político y, desde allí proceder en consecuencia sosteniendo la vigencia de las reglas que lo integran razonando intrasistémicamente, lo que ha dado en llamarse en nuestro tiempo y con referencia a la reformulación del derecho positivo, con razón, dogmática jurídica. Lo que no es posible es elevar a la categoría de verdad, el argumento fundante mismo. Del hecho de que un principio ideológico o político no sea una verdad científica sino un punto de vista acerca de la correcta organización social según intereses predominantes no se desprende su indignidad y mucho menos la indiferencia frente a él. Los hombres han dado la vida por siglos para defender esta clase de principios* (Maier, 1999)".

Ahora bien, cuál sea el concepto de justicia, es problema que desde la aparición del estado constitucional, se resuelve a través del recurso a la noción de *Constitución*, mientras que en el modelo previo, como muestra Legendre, se fundaba de un modo inaccesible en la autoridad del Papa: "*El conjunto del Derecho canónico erigido en la Edad Media en Derecho pontifical, no puede ser aislado de esta abertura necesaria: el reconocimiento del pontífice. Se comenzará por ahí con los comentaristas clásicos, considerando el enunciado bruto de una representación simbólica consideradas por todos como fundamental, pues envuelve a todo el sistema; luego será necesario tener en cuenta un corte de la máscara e intentar recuperar, al menos en parte, una realidad así resguardada* (Legendre, 1969)".

Según la teoría de Luhmann la Constitución es el punto de *irritación*, podríamos decir, para usar una metáfora biológica, el punto sináptico entre derecho y política. En la Constitución quedan definidos los ideales o estándares de justicia del concreto sistema. ¿Pero es esto suficiente?

La Constitución puede no ser más que una hoja de papel, como decía Lasalle (Lasalle, 1997) (bien que la metáfora se la había tomado prestada al Kaiser), en un doble sentido, tanto literal como literario;

pero, por otra parte, *hoja de papel* o costumbre inmemorial, o condiciones materiales de poder, la Constitución no es un estándar fijo; la Constitución padece como el conjunto del sistema jurídico de la misma insoportable levedad. Ella es en sí misma el Barón de Münchhausen. Desde ella se iza por su propia coleta el entero sistema.

Desde ella se procesa lo material y lo formal del mismo.

Desde la Constitución se inventó, por ejemplo, la división de poderes, la *división del poder*, en una operación simbólica de la mayor importancia. Es la operación que hace legítima la intervención de la fuerza física, porque hace legítimo el sistema del derecho: "*La vida social cotidiana está determinada en un grado mucho mayor por el poder normalizado, es decir, el poder legal, que por el ejercicio brutal y egoísta del poder. Las excepciones limitadas a ciertas áreas, realmente sirven para clarificar este estado de cosas. La intervención por medio de la fuerza legítima es más considerable; simplemente no se la puede descartar sin alterar y transformar toda la vida social normal. La brutalidad y el egoísmo son fenómenos compatibles con muchas condiciones sociales, en tanto que no debiliten el dominio del poder institucionalizado. Por supuesto, este argumento no justifica ningún acto brutal y, además, no justifica el tolerarlo o aceptarlo, como se sabe que ocurrió en la historia de la religión y en la distribución del bienestar* (Luhmann, Poder, 1995, pág. 125)".

La Constitución es entonces *el instante de levedad*, a partir del cual se construye el sistema, diferenciándose, a partir de su función e identificando operaciones de su actuar (otra será la cuestión de señalar esas operaciones, como observador externo o interno, siguiendo la conocida diferenciación de Hart (Hart, 2004).

Las Constituciones modernas dividen simbólicamente al Poder y crean/instituyen la función Judicial como estructura diferenciada del sistema social respecto del sistema de poder político discrecional, asegurando su autonomización, como mecanismo de legitimación del entero sistema.

Podríamos acotar, que el estado de derecho no es el primero en *inventar* esta solución, ya Federico II de Prusia remitía los problemas del orden inferior del sistema del estado a los jueces, declarándose prescindente de sus soluciones.

Esta estrategia autolimitativa puede ser vista como *la* estrategia de diferenciación del estado moderno.

Y esa estrategia, por seguir la enseñanza de Pierre Legendre, y parafraseándolo, es la estrategia de dividirse para hacerse amar. Pero, ¿amor a qué?: amor a la presunta lógica subyacente de la *verdad*, encarnada en el punto final del proceso judicial: la sentencia, de una verdad que habla por una sola boca: "*Hagan laico el aforismo freudiano y tendrán, convengan en ello, la máxima de un Estado napoleónico. Digo: napoleónico, como diría: cristiano; en ambos casos (el símbolo está allí), de un Mediador que ocupa el lugar de la Verdad.* (Legendre, 1969, pág. 30)".

El mismo Legendre, parangona el método del derecho con el del psicoanálisis, advierte que la principal contribución al entendimiento del fenómeno de la cultura hecha por Freud es la noción de superyó, y en ello, dice, tenemos como ausente *el origen* del analista, y culpa a algunos de operar como los viejos maestros, arreglando el *casus* conforme las reglas de las *cuestiones* (quaestio) (Legendre, 1969, pág. 36).

Así la sentencia recurre al arte de la *inventio* según la vieja clasificación de la retórica, pero ocultada tras la inaccesibilidad de los principios, en su autopoiesis. Así, la sentencia es mostrada como culminación de un proceso de averiguación de la verdad, como reconstrucción del pasado, la sentencia como émulo fidedigno del proceso de la ciencia; bien que, como sugiere Foucault en *La verdad y las formas jurídicas*, el proceso seguido haya podido ser el inverso: del *quid* de la inquisición se obtuvo el método de la indagación científica: la teoría de la reconstrucción del pasado, que es como decir, y así se dice en los códigos procesales, la reconstrucción *del hecho*.

De allí que el derecho precursor de la ciencia, luego se vuelva *científico* cuando esta sustituye a la religión en el lugar de la verdad.

Las relaciones entre el positivismo filosófico y el jurídico son tantas y tales, que es innecesario enunciarlas aquí. Pero sí podremos recordar, para tener presente el paradigma bajo el cual nos desplazamos, que la filosofía de la ciencia y la filosofía del derecho positivista del siglo XIX, se acuñan ambas bajo el modelo newtoniano del universo finito y reversible.

Bajo esa inspiración el proceso se orienta hacia un pasado bien fijo y determinado en base a reglas tan invariantes como las de la Naturaleza, así Linneo como Demolombe, podríase decir y además presuponiendo una *télesis*, un *Plan*.

Bajo esa inspiración, como bien dice Luhmann, la dogmática jurídica, producida en el intento de hacer ciencia jurídica, se orienta mucho más hacia el input, que hacia el output del sistema. El sistema jurisprudencial se orienta hacia el input, es decir hacia el ingreso de datos de la facticidad, con la mirada puesta en las construcciones de la dogmática que sirven para reducir la complejidad de lo social.

Ahora bien, hemos afirmado que si el derecho es alguna otra cosa que un recurso retórico para el dominio, un mero artilugio nietzscheano del nudo poder, es un procedimiento para resolver conflictos basado en el principio de igualdad dice Luhmann, en el de la analogía dice Levi (Levi, 1967), fórmula, esta última, que me resulta preferible, por cuanto analogía supone para mí, más que el reconocimiento de una igualdad (que de algún modo vuelve a llamar a *la verdad*), el de *otra decisión*: la decisión de establecer que un algo —en el sistema del derecho pueden ser tanto una acción como una cosa— es *análoga/a* de otro/a, decisión en base a la cual son *imputadas*, luego, ciertas consecuencias.

Pero la exigencia de igualdad *ante la ley* como exigencia explícita (que ya estaba implícita en el sistema de derecho moderno), deriva como es lógico en exigencia de veracidad o verosimilitud de los hechos que son tenidos por *iguales o análogos*, lo que remite el problema a la *epistemología jurídica*. Nótese por ejemplo que los procesos no basados en títulos formales de ejecución —vgr: los papeles de comercio o las mismas sentencias— son llamados (por oposición) *procesos de conocimiento*, en los que se describe como la principal ocupación del juez *la averiguación de la verdad*, y cuando esta averiguación de la verdad se devela ficcional, cuando reclama porque *lo que no está en las actas, no está en el mundo*, desde la misma dogmática, pragmáticamente, se le pide al juez que vaya en búsqueda de la *verdad material*, que realice esa compleja operación, tan bien descripta por Michel Foucault (Foucault, 1983).

Sin embargo durante el siglo XX, en particular a partir del fin de la segunda guerra mundial, el sistema viene orientándose crecientemente hacia las consecuencias, ello implica una profunda transformación del sistema como tal, que hace infinitamente más compleja la función de estabilización de las expectativas de que habla la tesis de Luhmann.

Y esta diferencia entre, podría decirse, una función retrospectiva y una consecuencialista, tiene también una indudable influencia en el campo de un fenómeno que ha dado en denominarse *politización de la justicia y la judicialización de la política*.

Una dogmática “concientemente política”

Por ello, aunque no solo por ello, es que, tal como proponen Bovino y Curtis, la teoría general del derecho debe prestar atención a la dogmática y viceversa: “*La dogmática jurídica constituye la actividad central de los juristas o doctrinarios —se trata, desde el punto de vista cuantitativo, de la producción teórica y bibliográfica más importante generada en el campo disciplinario del derecho, excediendo notoriamente el volumen de publicaciones de otras disciplinas jurídicas como la filosofía del derecho, la sociología del derecho o la historia de derecho—. Sin embargo, pese a esa ostensible preeminencia, la filosofía del derecho se ha dedicado poco al conocimiento producido por la dogmática, tal vez por considerarlo contingente y poco riguroso. La paradoja que produce esta situación es doble: la filosofía del derecho desatiende la producción dogmática —producto principal de la actividad de los juristas— y la dogmática tiene poco interés por los temas de investigación de la filosofía del derecho*”. (Bovino & Curtis, *Por una Dogmática concientemente política*, 2008).

Con este propósito, recuerdan que Carlos Santiago Nino fue uno de los que mejor estudió el rol de la dogmática, destacando que prefería la denominación “dogmática jurídica” para esta actividad porque ella ponía de manifiesto la aceptación precisamente dogmática de determinados presupuestos, uno de ellos —quizás el principal— es que en el contexto de la teoría dominante (la kelseniana precisamente) las prescripciones o normas no pueden ser calificadas como verdaderas o falsas, y que su aceptación no deriva del hecho de haberlas confrontado con criterios de justicia, conveniencia, oportunidad, sino que deriva de criterios formales de validez vinculados al modo de su acto de producción, esto es a recomendar su adhesión porque es lo que el Legislador estableció, pues, citando textualmente a Nino: “*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 legislado... (y así) "la aceptación por parte del jurista es dogmática y basada en criterios puramente formales".

Nino destaca así, según advierten, la utilidad de la teoría de Kelsen para develar que esa posición comporta un iusnaturalismo encubierto denominado "positivismo ideológico", que considera valiosa toda norma positiva por el hecho de pertenecer a un orden coactivo, con lo cual el criterio de aceptación coincide con el criterio para afirmar su validez.

Ello nos obliga a un nuevo "looping", debemos revisar cada vez la dogmática con la que trabajamos para reconstruir el camino ideológico por ella realizado, sabiendo de antemano, que también nuestro trabajo lo es y que todo lo que resta es la honestidad intelectual de reconocerlo y hacer ver que siempre es posible la construcción de otra alternativa.

Precisamente, dicen estos autores, uno de los aspectos más criticados es el carácter metafísico de sus proposiciones, aún si los operadores del sistema las toman en cuenta. Se trata de recursos que muestran acabadamente el carácter ficcional del derecho (es aquí indispensable consultar la obra de Enrique Marí), para lo cual resultan indispensables ciertos elementos como los mismos Bovino y Curtis recuerdan fueron señalados por Carlos Nino, son ellos: "a) el dogma de que los jueces deben aplicar el derecho tal como ha sido sancionado por el legislador; b) el ideal de que los jueces adecuen sus decisiones a los estándares valorativos vigentes; y c) la concepción del ordenamiento positivo como sistema coherente y unívoco de reglas jurídicas. El dogma de la adhesión al derecho positivo es incompatible, aparentemente, con la función creadora de nuevas soluciones, y para mantener la operatividad de ambos ideales se recurre a un complicado desarrollo conceptual que presenta la reformulación del derecho como un conjunto de soluciones ya contenidas en el derecho positivo (Nino, 1974)" y aún antes, una ficción indispensable: la del legislador racional.

Por ello, a renglón seguido señala que el mayor peligro estriba en la fachada supuestamente descriptiva y, en los errores conceptuales que la sostienen (la cursiva es mía); aunque la actividad de los juristas responda a pautas racionales y sus consecuencias pueden ser evaluadas

conforme a criterios intersubjetivos. Ello pues como señalan los mismos autores glosando a Nino: "...la dogmática —como razonamiento moral— es un tipo de razonamiento deductivo análogo al que utilizan las ciencias empíricas[30], que utiliza criterios y principios que, al mismo tiempo que permite la inferencia de soluciones no contenidas en el texto legal, no se oponen abiertamente al sistema del derecho positivo. Esta circunstancia permite "contar con criterios racionales para resolver una controversia o evaluar una conclusión con mucha más amplitud de lo que es posible en relación a la moral" [31]. Por ello, a pesar de que la dogmática no es una ciencia descriptiva empírica ni una ciencia formal no se puede negar su racionalidad o la posibilidad de controlar intersubjetivamente sus soluciones [32] (Bovino & Curtis, Por una Dogmática concientemente política, 2008)". A lo que debería agregar, tampoco siempre resulta expuesto el tipo de presupuesto metaético desde el cual parten los autores dogmáticos, un punto en donde, podría decirse, la historia *recomienza*, pues otro debate se abre, no es extraño encontrar allí como en las cajas chinas o en las muñecas rusas, una ficción dentro de otra ficción, aún si, como sostienen Bovino y Curtis cada vez sean más los juristas que exponen abiertamente el punto de vista ideológico desde el cual producen sus construcciones dogmáticas, lo que sin duda resulta un avance incuestionable en la dirección deseada, entiendo por ella la de una producción dogmática que parta de supuestos democráticos anclados en las valoraciones aceptadas por la comunidad internacional en los tratados de Derechos Humanos (no obstante que aquí también se presentan conflictos como los que se desarrollan en torno a la polémica universalismo-multiculturalismo).

Finalmente, glosando a Bovino y Curtis, una dogmática conscientemente política, deberá atender ciertos rasgos que le son propios: a) siempre se constituirá como una guía para la toma de decisiones; b) su orientación dependerá de estudios contextuales no sólo de la misma dogmática sino también de otros discursos científicos o no; c) es al mismo tiempo una productora de soluciones para casos problemáticos, como una inventora de *problemas a resolver*; d) existe una discusión axiológica latente, no siempre se actualiza porque el debate suele producirse al interior de un mismo modelo ideológico, pero es muy frecuente que ello no sea así, y, como decimos más arriba,

sería deseable que ese debate se diera *en la superficie del discurso* (se dan ejemplos auspiciosos en este sentido); y, e) el discurso jurídico no es unívoco, no existe la tal *uniformidad semántica* sobre la base de la cual se ha construido buena parte del debate dogmático tal como refieren los autores, aquí nuevamente la referencia es Enrique Marí (Marí, 1974, págs. 53-82).

En suma: la dogmática no podrá dejar de ser *dogmática* en el sentido propuesto por Luhmann, sólo que para pretender que realice su tarea en condiciones compatibles con un discurso democrático, deberán ponerse al descubierto las razones ideológicas de sus construcciones, que es tanto como decir que deberá arriesgarse su misma dogmaticidad.

BIBLIOGRAFÍA

- BOVINO, A., & COURTIS, C. Consideraciones sobre la dogmática jurídica.
- BOVINO, A., & COURTIS, C. (2008). *Por una Dogmática concientemente política*. (A. Bovino, Ed.) Buenos Aires: blog.
- CÁRCOVA, C. M. (1998.). La opacidad del derecho. Madrid: Trotta.
- DE GIORGI, R. (2006). *A memoria do direito* (Inédito ed.). Lecce.
- DE GIORGI, R. (2007). Roma come memoria.
- DOUGLAS PRICE, J. E. (2012). *La Decisión Judicial*. Santa Fe: Rubinzal Culzoni.
- FOUCAULT, M. (1983). La verdad y las formas jurídicas. México D.F.: Gedisa.
- GRUN, E. (2006). Grun, Ernesto. Una vision sistémica y cibernética del derecho en el mundo globalizado del siglo XXI. México DF: Unam-Lexis Nexis.
- HABA, E. P. (1975). Précompréhension et rationalité dans le travail du juge. A propos de Vorverständnis und Methodenwahl, de Josef Esser. XX. Paris: Archives de Philosophie du Droit.
- HART, H. H. (2004). El concepto de derecho. Buenos Aires: Abeledo Perrot.
- KELSEN, H. (1994). *Teoría General de las Normas*. Madrid: Trillas.

- LASALLE, F. (1997). ¿Qué es una constitución? Bogotá: Temis.
- LEGENDRE, P. (1969). El amor del censor. Ensayo sobre el orden dogmático. Barcelona: Anagrama.
- LEVI, E. (1967). Introducción al razonamiento jurídico. Buenos Aires: Eudeba.
- LUHMANN, N. (1995). Poder. Barcelona: Anthropos; Universidad Iberoamericana.
- LUHMANN, N. (1972). *Rechtssoziologie*. Hamburgo: Reinbeck.
- LUHMANN, N. (1983). *Sistema Jurídico y Dogmática Jurídica*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.
- MAIER, J. (1999). Reflexiones acerca de la vigencia del Derecho en El lenguaje del Derecho, homenaje a Genaro Carrió. Buenos Aires.
- MARÍ, E. (1974). "Moi, Pierre Riviere...y el mito de la uniformidad semántica de la ley" en *el Discurso Jurídico. Perspectiva psicoanalítica y otros abordajes epistemológicos*. Buenos Aires: Hachette.
- NINO, C. S. (1974). *Consideraciones sobre la dogmática jurídica*. México D.F.: Universidad Autónoma de México.
- SAMPAIO FERRAZ JR., T. (1980). *A função social da dogmática jurídica*. San Pablo : Revista Editora dos Tribunais.
- SARAMAGO, J. (2000). *Ensayo sobre la ceguera*. Buenos Aires: Alfaguara.
- VIEHWEG, T. (1964). *Tópica y Jurisprudencia*. Madrid: Taurus.