

INTRODUCCIÓN AL DERECHO



JUAN JOSÉ BENTOLILLA

COORDINADOR

JUAN JOSÉ BENTOLILLA

MARIO EUGENIO CHAUMET

JUAN PABLO CIPRÉ

MIGUEL ÁNGEL CIURO CALDANI

MARÍA ISOLINA DABOVE

ALEJANDRO ALDO MENICOCCHI

RUBÉN CÉSAR PAVÉ

EZEQUIEL RESNIK

GABRIEL MAURICIO SALMÉN

LA LEY

Bentolilla, Juan José

Temas de introducción al derecho. - 1a ed. - Buenos Aires : La Ley, 2009.
208 p. ; 24x17 cm.

ISBN 978-987-03-1387-8

I. Derecho. I. Título

CDD 340

Copyright © 2009 by La Ley S.A.R.L. e I.

Tucumán 1471 (C1050AACG) Buenos Aires

Queda hecho el depósito que previene la ley 11.723

Impreso en la Argentina

Printed in Argentina

Todos los derechos reservados

Ninguna parte de esta obra puede ser reproducida o transmitida en cualquier forma o por cualquier medio electrónico o mecánico, incluyendo fotocopiado, grabación o cualquier otro sistema de archivo y recuperación de información, sin el previo permiso por escrito del Editor y del autor.

All rights reserved

No part of this work may be reproduced or transmitted in any form or by any means, electronic or mechanical, including photocopying and recording or by any information storage or retrieval system, without permission in writing from the publisher and the author.

Tirada: 400 ejemplares.

I.S.B.N. 978-987-03-1387-8

PRÓLOGO

La presente obra es resultado del trabajo elaborado de un grupo de docentes de las Cátedras "A" y "E" de la asignatura "Introducción al Derecho" de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Rosario.

La finalidad que perseguimos al enfrentar nuestra tarea, fue la de acercar determinados temas que forman parte del programa, que --creemos-- no hallan un particularizado tratamiento en la bibliografía hoy disponible.

En efecto, recorriendo el camino perfilado por Werner Goldschmidt, quien abrió los fecundos cauces de la teoría trialista del mundo jurídico, se desarrollan cuestiones que se vinculan con aquellas primigenias cuestiones.

No resulta éste, por ende, un libro que agote la temática abordada, sino que, por el contrario, busca abrir determinadas problemáticas a los fines de su planteamiento en el plan de estudios.

De tal suerte, confiamos en que el estudiante sentirá la relevancia crítica de su propio pensamiento, arribando a interrogantes que surgirán del estudio de cada uno de estos trabajos, reformulando y recreando el material brindado. Es que, creemos, no corresponde a la tarea docente la implantación de conocimiento, sino la fértil generación de la pregunta en el educando, logrando de este modo la extensión del horizonte del propio saber.

Por todo ello asumimos que, con independencia del enfoque de las materias desarrolladas, se ha pretendido que todo discurso cuente con la profundidad de la pregunta filosófica, con la esperanza de que tales interrogantes no pasen desapercibidos para quien debe formar su perspectiva en relación a la construcción del objeto de estudio del Derecho.

El éxito o fracaso de esta empresa sólo podrá ser evaluado a la luz del bienvenido aporte de los receptores, quienes en definitiva juzgarán la obra por su valor formativo, retroalimentando cualquier iniciativa asumida por los autores.

Sobre tales bases, y con la expectativa razonable de la utilidad de este aporte, es que presentamos esta "Introducción al Derecho". Vaya en provecho de quienes, en diferentes momentos de su vida académica, se dedican al estudio de esta apasionante disciplina.

JUAN JOSÉ BENTOLILLA

Coordinador

TEMA 3

PANORAMA SISTEMÁTICO DE LOS GRANDES PARADIGMAS PARA LA CONSTRUCCIÓN DEL CONOCIMIENTO JURÍDICO (*)

MARIO EUGENIO CHAUMET

1. PRINCIPALES PARADIGMAS DEL OBJETO DE LA CIENCIA DEL DERECHO

Tradicionalmente, dos han sido los paradigmas jurídicos más desarrollados y cuyos seguidores han pugnado por las respuestas acerca del objeto del derecho: el *jusnaturalismo* y el *positivismo*. Todavía en nuestros días se producen extensas discusiones entre los teóricos del derecho, con el solo fin de demostrar si la posición de un autor puede ser caracterizada de una u otra manera. Lo cierto es que ambas expresiones, conforme al uso que le han dado y le dan hasta sus propios partidarios, no tienen un significado unívoco establecido. En este sentido, sostenía Bobbio que "*las expresiones 'jusnaturalismo' y 'positivismo jurídico' han sido adoptadas con significados tan diversos que las relaciones entre las dos corrientes se colocan en diversos planos según que se trate de uno y otro significado*" (1).

Paralelamente estas doctrinas son el resultado de una larga y rica historia, por lo que es difícil establecer sus contornos sin ubicarlas en un contexto temporal. De igual modo, resulta también difícil indicar teóricos del Derecho cuyas obras tengan todas las variadas características que en un tiempo o en otro han sido etiquetadas como jusnaturalistas o positivistas. Es más, hay pensadores clásicos cuya obra es caracterizada en forma diversa, como por ejemplo, Thomas Hobbes.

(*) Corresponde a la Unidad I (Nociones básicas), punto II (Los grandes paradigmas para la construcción del conocimiento jurídico y sus significados sociales), apartado 2.2 (Panorama sistemático. Principales Paradigmas del objeto de la ciencia del Derecho), del programa de las Cátedras "A" y "E" de Introducción al Derecho, Facultad de Derecho, Universidad Nacional de Rosario.

(1) BOBBIO, Norberto, "El problema del positivismo jurídico", traducción Ernesto Garzón Valdés, Buenos Aires, Eudeba, 1965, págs. 67 y ss.

En nuestros días el panorama se dificulta, dado que no son pocos los casos de pensadores que tradicionalmente invocaron su pertenencia a una de las posturas y que son caracterizados por otros partidarios de ésta como firmes ejemplos de la contraria, tal es la situación de muchos autodenominados "positivistas incluyentes" que otros positivistas señalan como justanaturalistas.

No obstante la significación que tiene el análisis de estas posiciones, creemos que, en mucho, la discusión tradicional de "etiquetas" debe ser superada por la de "temas específicos". Es que la referencia a estos marcos teóricos en no pocas ocasiones está revestida de una carga emocional de pertenencia a grupos tan grave, que resulta difícil el intercambio de ideas con un mínimo deseable de neutralidad. Muchas veces la invocación de estos términos resulta ser un recurso argumentativo que tiene como móvil trasladar las cargas positivas o negativas que en determinados contextos tienen ambos vocablos. De allí que en algunos encuentros de la materia hemos propuesto la "teoría del paraguas": dejar de lado el uso de las denominaciones e intercambiar ideas sobre presupuestos concretos.

En función de ello no daremos ninguna definición genérica de los citados paradigmas. En su lugar, seleccionaremos las tesis acerca de la naturaleza del Derecho que, a nuestro entender, posibilitan caracterizar de la forma más "tradicional" ambas posturas, para luego anotar unas breves referencias sobre sus variantes actuales.

2. EL JUSNATURALISMO

Con el término genérico *jusnaturalismo* se ha pretendido identificar a teorías y pensadores pertenecientes a diversos períodos de la historia occidental que se remontan a la antigüedad, se desarrollan con el pensamiento cristiano en la medievallidad, modifican sus postulados (pero no su significación) en la modernidad, y mantienen su vigencia —aunque a veces se altere su designación— en la actualidad.

Para muchos, la idea básica del *jusnaturalismo* consiste en el reconocimiento de que en toda sociedad hay un conjunto de valores o de pretensiones humanas legítimas que no tienen su origen en una norma jurídica emanada de la organización política, por ejemplo del Estado. Ese derecho natural tiene validez y establece límites a la propia normatividad estatal.

En virtud de ello, podríamos decir que, para caracterizar la concepción *jusnaturalista*, generalmente se han utilizado con distinto énfasis las siguientes tesis:

- a. existen principios morales y de justicia universalmente válidos, y procedimientos intersubjetivos y racionales para determinar su validez;

- b. para la identificación del derecho positivo de una sociedad es necesario determinar si sus normas satisfacen dichas exigencias morales y de justicia;
- c. un sistema normativo y una norma no pueden ser calificados de jurídicos si contradicen (o traspasan un determinado umbral) lo que especifican dichas exigencias.

Según Goldschmidt, la doctrina del Derecho Natural tuvo dos elaboraciones: la aristotélica-tomista y la estoica. Se ha señalado que Aristóteles tenía una concepción diferente del derecho natural de la que desarrollaron los estoicos. Éstos concibieron una ley de la razón. Sus fuentes eran reglas generales de validez universal. El método de ese tipo de derecho natural fue el deductivo. Se lo especificó como un derecho natural racionalista (2).

El estagirita puso énfasis en observar la naturaleza de las cosas. La diferencia con el otro modelo es que tenía en vista lo justo concreto, la situación justa antes que las reglas organizadas en un sistema. El método llegaba a proponer soluciones determinadas para problemas de una generalidad desigual, pero no una construcción deducida de un principio racional básico. La naturaleza de ese derecho natural no consistía en reglas abstractas sino en la búsqueda de soluciones justas para el caso concreto.

La doctrina aristotélica fue renovada por Santo Tomás. La forma de determinar las bases del derecho natural lo fue en función de una visión teológica cristiana. Pudo parecer que también cambió la metodología, sin embargo la inspiración aristotélica subsistió en tanto la búsqueda de la naturaleza de las cosas partía de la observación y no intentó ofrecer un sistema deducido "totalmente" a partir de un principio racional. Los principios primeros que señaló (hacer el bien y evitar el mal) eran de carácter formal, en tanto no permitían ser considerados como algo suficiente para construir un sistema completo de soluciones. Concordamos que no es este aspecto del pensamiento tomista el que han privilegiado muchos de sus seguidores preocupados por subrayar lo que asegura la firmeza de las normas, haciendo hincapié en la certeza de los principios y la seguridad de las deducciones (3).

La versión racionalista fue retomada en la modernidad. Con el progresivo reconocimiento de la dignidad del ser humano por el solo hecho de ser humano, la reforma protestante y la formación de los Estados Nacionales, creció un ambiente cultural menos sumiso a una referencia divina y, así, se reconoció el Derecho como fundado en la razón. Grocio postulaba la elaboración de un Derecho natural que existiera aunque Dios no existiera o no cuidara de las cosas humanas, que se descubriera por la naturaleza social y racional del hombre y el consenso de los pueblos.

(2) GOLDSCHMIDT, Werner, "Introducción filosófica al Derecho", 6ª ed., 5ª reimp., Buenos Aires, Depalma, 1987, págs. 382 y ss.

(3) BATIFFOL, Henri, "Filosofía del Derecho", traducción Lilia Gaffuri, Buenos Aires, Eudeba, 1964, págs. 57 y ss.

Si no se podía derivar el derecho positivo sobre una base teológica aceptada por todos, era necesario lograr una construcción racionalmente aceptable por todos.

El jusanaturalismo pasó a ser racionalista en cuanto sostenía que a partir de principios evidentes (de un sistema de verdades análogas a la matemáticas) se podían descubrir los derechos que son, por naturaleza, asimismo universales e impersonales, y que no estaban referidos a la autoridad de Dios sino a la autonomía del sujeto explicable por la razón.

Se admitía la existencia de derechos naturales innatos, propios del individuo, previos al Estado. Su base racional, en la que se partía de axiomas autoevidentes, permitía que se dedujera el derecho que debía positivizarse.

Para muchos el jusanaturalismo pasó a ser la Teoría del Derecho que, asociada al iluminismo, dio sustrato jurídico y filosófico a muchas de las conquistas del mundo moderno, entre ellas la limitación del poder del Estado, la creencia de que el ser humano posee derechos naturales como un espacio de integridad y de libertad que debe ser respetado por el propio Estado.

Por diversas razones que escapan al desarrollo del presente trabajo, se alimenta la idea según la cual posturas jusanaturalistas del siglo XX intentaron retomar la versión aristotélica en cuanto a que la observación de los hechos dan un punto de partida que permite explicar el derecho natural. Así, Michel Villey sostenía que el descubrimiento del derecho de cada uno no puede ser alcanzado por una vía puramente racional y metafísica, deducido de una idea general de la esencia del Hombre, y señalaba que el método clásico para descubrir el Derecho natural, que había que retomar, reposaba sobre la experiencia y la observación (4).

Por su parte, John Mitchell Finniss, considerado como el principal exponente actual del jusanaturalismo anglosajón, entiende el sistema jurídico como necesariamente abierto a la razonabilidad, entendida ésta como saber práctico (5). Considera que esta pretensión de explicar al hombre y a la sociedad sobre la base de la llamada "razón práctica", muestra que el Derecho es algo más amplio que la ley, que los valores no pueden quedar reducidos al ámbito de la pura subjetividad y que cabe una discusión racional acerca de ellos.

Destaca la importancia del punto de vista práctico en la ciencia jurídica, con una perspectiva de acción y decisión. Pensamiento práctico es pensar acerca de lo que uno debe hacer. Razonabilidad práctica es razonabilidad en la decisión, en la adopción de compromisos, en la elección y ejecución de proyectos, centrar la atención en la acción. La filosofía práctica es una reflexión sobre los bienes que deben ser realizados en la acción humana.

(4) VILLEY, Michel, "Philosophie du droit", Paris, Dalloz, 1978-79, puede v. Pamplona, EUNSA, 1979-81.

(5) FINNIS, John Mitchell, "Natural Law and Natural Rights", Oxford, Clarendon, 1996.

Con el advenimiento de regímenes totalitarios (especialmente, el nazi-mo), se resignificó la tesis según la cual, cuando en un régimen las normas traspasan un determinado umbral de injusticia, pierden su carácter jurídico. Su variante más conocida es la fórmula radbruchiana por la cual se establece que una norma pierde su carácter jurídico cuando la injusticia alcanza una medida insuperable. Muchas veces se la presenta con la expresión *el extremo injusto no es Derecho*.

Este recurso ha sido especialmente considerado para justificar y analizar decisiones de tribunales que han tenido que resolver casos del derecho nazi o surgidos después de la unificación de Alemania. Así, por ejemplo, mucho se ha discutido desde la Teoría Jurídica el caso de los "ladrones del muro". Precisamente, para ejemplificar la tesis, transcribimos un párrafo de una sentencia del Tribunal Constitucional alemán, al decidir un caso de un abogado judío que había perdido su ciudadanía alemana al emigrar, por razones de una ley que así lo prescribía con relación a judíos emigrados, citada por uno de los pensadores que más ha difundido el tema, el Profesor Robert Alexy: "El derecho y la justicia no se encuentran a disposición del legislador. La concepción según la cual un 'legislador constitucional puede ordenar todo lo que quiera' significa una recaída en la actitud intelectual de un positivismo legal valorativamente neutro, superado desde hace tiempo en la ciencia y en la praxis jurídicas. Justamente la época del régimen nacionalsocialista en Alemania ha enseñado que también el legislador puede imponer lo injusto... Por ello, el Tribunal Constitucional Federal ha afirmado que hay que negar a las disposiciones 'jurídicas' nacionalsocialistas fundamentadas de la justicia que el juez que quisiera aplicarlas o aceptar sus consecuencias jurídicas dictaría no-derecho en vez de derecho. La 11ª Ordenanza violó estos principios fundamentales. En ella, la contradicción con la justicia alcanzó una medida tan insuperable que debe ser considerada nula ab initio" (6).

Por otra parte, en las últimas décadas se recurre a posturas jusanaturalistas ante la necesidad de justificar los derechos humanos y frente a posturas que descartan la posibilidad de establecer premisas racionales para justificarlos. Estas últimas limitan su tratamiento a las técnicas formales de positivación a través de las cuales estos derechos alcanzan rango normativo en los distintos sistemas políticos, mas sucede que uno de los principales cuestionamientos se genera, precisamente, cuando no están positivados. Este nuevo recurso al Derecho natural se presenta como conjunto de tesis metafísicas que coinciden en afirmar la necesidad de que todo sistema jurídico reconozca unos derechos básicos de quienes lo integran y defienden también la posibilidad de conocer y justificar racionalmente tales derechos. Por eso pensadores como Macpherson o Pérez Luño sostienen que cual-

(6) ALEXY, Robert, "El concepto y la validez del Derecho", traducción J. M. Peña, Barcelona, Gedisa, 1997, págs. 15 y ss.

quier doctrina de los derechos humanos debe constituir, en algún sentido, una doctrina de los derechos naturales (7).

Asimismo, en nuestros días y especialmente en los países herederos del Derecho continental, impacta el desarrollo del denominado *Estado constitucional y democrático de Derecho*. Sus derivaciones condicionan la formulación de ambos paradigmas en estudio. El nuevo modelo supone, entre otras características, que el orden jurídico infraconstitucional es concebido como un desarrollo positivo de los derechos fundamentales; su normatividad está plagada de normas indeterminadas, principios, directrices y juicios de valor que forman parte de derecho positivo; el aumento progresivo de normas supone el reconocimiento de expectativas positivas (v. gr., derechos sociales); las decisiones judiciales deben "concretar" las exigencias constitucionales, etc.

Para muchos este modelo supone una rematerialización de la Constitución y del Derecho positivo. Estamos frente a "la era de los derechos", por cuanto muchos de los que usualmente se consideraban consagrados en el Derecho natural, hoy forman parte del Derecho positivo. Inevitablemente, todo ello deriva en nuevas "lecturas" desde las perspectivas jusnaturalistas. El modelo ha originado posiciones denominadas *neoinstitucionalistas*, muchas de las cuales se autocalifican como "positivismo crítico" (8) y otras que defienden algunas de las tesis del jusnaturalismo, en especial la vinculación entre el Derecho positivo y las exigencias de moralidad y justicia, que a veces se autodenominan posturas no positivistas (9).

3. EL POSITIVISMO

La atmósfera filosófica del siglo XIX ejerció una significativa influencia en el positivismo jurídico. Toda postura positivista debe su impulso, en forma expresa o implícita, a Augusto Comte, en cuanto consideró vana toda actividad científica que pretenda sobrepasar la observación de los fenómenos que tienen lugar en el tiempo y en el espacio. De esto resulta la condena a cualquier pretensión de utilizar el método metafísico y, en el campo jurídico, la censura de toda búsqueda de un Derecho natural, al que se entiende como una especulación metafísica cuya falacia surge de las conclusiones opuestas a las que llegan sus sostenedores. Las normas positivas son las que se desarrollan en el tiempo y en el espacio, de allí la posibilidad de realizar desde ellas un estudio científico.

Esta influencia se vio reflejada en Francia en la metodología de la Escuela de la Exégesis, en cuanto limitó el papel del jurista a explicar los textos

(7) PEREZ LUÑO, Andrés E., "La fundamentación de los derechos humanos", en "Revisita de Estudios Políticos", N.º 35, págs. 2 y ss.

(8) FERRAJOLI, Luigi, "El garantismo y la filosofía del Derecho", Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2000.

(9) ALEXI, Robert, op. cit.

legales. Esta Escuela no negó al Derecho natural pero en mucho afirmó que los textos legales lo expresaban.

En Inglaterra, la teoría predominante fue elaborada por John Austin y sus raíces se remontan a los trabajos de Jeremy Bentham de fines del siglo XVIII. Este último estableció la separación tajante entre lo que el derecho "es" y lo que "debe ser" y dentro de esa tradición Austin formuló su teoría imperativista del derecho (10).

El positivismo jurídico sostiene que el Derecho es un fenómeno social —una construcción humana— basado en hechos sociales complejos y, en última instancia, fundado en convenciones.

Todas las teorías positivistas tienen en cuenta que lo que es Derecho depende de normas válidas y eficaces. A los fines de este trabajo, entendemos que el primer caso (*validez*) implica que lo que es norma jurídica depende de normas que se derivan de otras normas que establecen quién y de qué manera está autorizado para dictarlas.

A su vez, y del mismo modo, el elemento de la *eficacia* social del Derecho importa que para identificar lo jurídico hay que verificar aquello que miembros de una comunidad reconocen como normas de esa convivencia, como el grado de regularidad del cumplimiento de una norma.

Una de las grandes divisiones entre las teorías del positivismo jurídico es la relevancia que se da a estos dos elementos. De allí que existen teorías positivistas que han acentuado uno de ellos, aunque de ello no se deriva que hayan excluido totalmente al otro. En este entendimiento creemos que es útil distinguir entre un *positivismo normativista* y otro que denominaremos *sociológico*. En el primer caso han centrado su visión del derecho en el primer aspecto (*validez*), en cambio las posturas que se encuentran notablemente orientadas a la eficacia son las que encuadramos como *positivismo sociológico*.

3.1. El positivismo normológico

Es quizás el paradigma jurídico que mayor influencia ha tenido durante el siglo XX. Basta a título de ejemplo citar las obras de Kelsen, de Hart y, en nuestro país, de Alchourrón y Bulgín.

Las tesis positivistas normativistas han sufrido, en muchos de sus seguidores, significativas variantes que han originado distintas denominaciones: "*softpositivism*", "*positivismo inclusivo*" (Moreso), "*positivismo excluyente*"

(10) Para esta perspectiva el derecho es el conjunto de órdenes respaldados por amenazas dictadas por el soberano en ejercicio de su poder legislativo. Austin entendía que para que exista un sistema jurídico es necesario que haya alguna persona o cuerpo de personas que emitan órdenes generales respaldados por amenazas y que estas órdenes sean generalmente obedecidas. Agregaba que tiene que existir la creencia general de que estas amenazas serán probablemente hechas efectivas en el supuesto de desobediencia.

(Raz), positivismo "simple" y "sofisticado" (Shiner), positivismo "negativo" o "incorporacionista" (Coleman), "positivismo delegado" (Schauer), "positivismo ético" (Campbell), "post positivismo" (Calsamiglia), "positivismo crítico" (Ferrajoli). Muchas investigaciones se han detenido en demostrar lo diferentes que resultan ser las variantes positivistas e incluso lo contradictorias que pueden presentarse en puntos claves. De allí la dificultad que encierra el describir el paradigma.

Para reconstruir el perfil positivista haremos abstracción someramente a algunas tesis que, en mayor o menor medida, con distinto énfasis, permiten a nuestro entender caracterizar de modo general el paradigma y considerar algunas de las diferencias entre sus partidarios.

Una de las principales tesis que sostiene el pensamiento positivista es, en la terminología de Hart, el de las fuentes sociales del Derecho o tesis del Derecho puesto. Sólo es Derecho el "puesto" por seres humanos. Para que exista el Derecho debe haber alguna práctica social (que puede incluir a constituyentes, legisladores, jueces, ciudadanos en general), y es ésta la que determina en cualquier sistema jurídico cuáles son las fuentes del Derecho. Para Raz ésta es la tesis fundamental del positivismo a la cual se debe precisamente el nombre.

Dentro de la tradición positivista, por ejemplo, Austin formulaba la *tesis imperativista del Derecho* (siempre que exista un sistema jurídico es necesario que haya alguna persona que emita una orden general respaldada por amenazas y que éstas sean generalmente obedecidas) y el criterio de identificación de las reglas jurídicas estaba en el hábito de los ciudadanos de obedecer al soberano. Hart y el mismo Kelsen rechazaron la tesis imperativista pero igualmente sostuvieron que el derecho existente surge de una práctica social.

En nuestros días algunos críticos del positivismo normativista entienden que se trata de una tesis admitida por la gran mayoría de los teóricos del Derecho, quizás su gran conquista, pero también "su única tesis exitosa" (11).

Otra de las tesis con que se ha caracterizado al positivismo jurídico es la separación tajante entre lo que el derecho "es" y lo que "debe ser", entre una teoría descriptiva y una teoría crítica. Son ejemplificativas las palabras de Bentham: "*obedecer puntualmente, criticar libremente*" (pero la crítica es externa al Derecho, proveniente de la moral o de la política), o de Austin "*la existencia del Derecho es una cosa, su mérito o demérito otra*".

Una directa consecuencia de esto es la tesis de la separación conceptual entre Derecho y moral. La diferenciación entre lo que es Derecho y lo que debe ser, entre descripción y valoración, conlleva en mucho la distinción

conceptual entre Derecho y moral. El respeto por la distinción entre el Derecho existente y el que debería ser tiene como consecuencia dispensar al jurista de introducirse en la incertidumbre que conllevan los juicios de valor.

Así es como se sostiene que no hay una conexión necesaria (lógica o conceptual) entre Derecho y moral. Esto es generalmente considerado como un rasgo que define al positivismo jurídico. El concepto de Derecho no incluye elementos morales. Supone que no existe ninguna conexión conceptual necesaria entre el Derecho y la moral, entre lo que ordena el Derecho y lo que exige la moral, entre el Derecho que es y el Derecho que debe ser. Cualquier contenido puede ser Derecho (12).

La tesis de la separación no debe interpretarse como afirmación que para un positivista el Derecho y la moral carecen de puntos de contacto, que el jurista deba ser moralmente indiferente. Lo que en definitiva se sostiene con ella es que al Derecho y a la moral se los identifica en forma separada y que tienen que ser analizados en sus propios términos. Aunque las reflexiones en ambos ámbitos puedan ser realizadas por la misma persona, no pueden ser ejercidas a partir de los mismos métodos, ni en el marco de la misma disciplina (13). Así es como muchos hacen referencia a un positivismo jurídico conceptual o metodológico.

La forma de entender la tesis de la separación entre el Derecho y la moral ha originado la división entre positivistas excluyentes y positivistas inclusivos.

Otra de las tesis que se ha invocado como característica del positivismo normativista es la de la discrecionalidad judicial. La misma está especialmente presente en las posturas tanto de Kelsen como de Hart. El primero sostenía que toda norma de grado superior determina en cierta forma la norma de rango inferior. Ocurre que la determinación nunca es completa, hasta las órdenes que pretenden llegar al detalle tienen que dejar al ejecutor una multitud de indeterminaciones. Por eso el acto judicial era para Kelsen una decisión, y no una actividad puramente cognitiva, pues una norma inferior (como la sentencia) no puede ser lógicamente deducida de otra superior (como la ley); es necesaria siempre la mediación de una voluntad humana y, por ende, la presencia de una conducta que puede ser profundamente política. Por su parte Hart resaltaba la vaguedad o "textura abierta" del lenguaje jurídico. Manifestaba que existen casos de penumbra en toda expresión lingüística, que determina que en estos casos los jueces tienen discrecionalidad para escoger la interpretación que consideran más apropiada.

3.2. El positivismo sociológico

Es una de las orientaciones enfrentada al positivismo normativista, que llamaremos sociológica porque busca las vinculaciones sociales del Dere-

(11) ATIENZA, Manuel, "El Derecho como argumentación", Barcelona, Ariel, 2006, págs. 27 y ss.

(12) *Ibidem*.

(13) CABE V. ATIENZA, Manuel, "Entrevista a Ricardo Guilbong", en "Doxa", 26-2003.

cho y utiliza material sociológico en su construcción. Pero se trata, aún, de pensamiento jurídico y no de sociología jurídica.

Para esta posición, la ciencia del Derecho se debe ocupar fundamentalmente del ser, de la conducta humana entendida como un conjunto de fenómenos o hechos eficaces o reales. El objeto de estudio del Derecho no está constituido fundamentalmente por normas ni por valores, sino por hechos. Es cierto que las normas jurídicas son trascendentales para conocer el Derecho, pero su importancia no radica en sí mismas por ser normas formales ni en su contenido justo, sino en las actitudes y conductas humanas que derivan de ellas.

Dentro de lo que aquí denominamos positivismo sociológico se pueden ubicar las escuelas realistas, tanto la escandinava (14) como la norteamericana. Quizás sea este último uno de los movimientos teóricos más preocupados por considerar al Derecho en su eficacia (15).

Los realistas también diferencian entre el derecho que es y el que debe ser, admitiendo la separación conceptual entre el Derecho y moral. La gran diferencia con el *positivismo normativista* —particularmente en la versión norteamericana— es que cuando se refieren al Derecho que es, éste no es visto como un conjunto de normas generales y abstractas sino como *la conducta efectiva de los funcionarios y jueces que lo aplican*. No les interesa mucho analizar la estructura formal del sistema jurídico y describir lo que prescriben las normas formalmente válidas, sino las prácticas reales de sus operadores, especialmente las de los jueces, investigando cuáles son los factores que realmente inciden en sus decisiones.

Quizás por ejemplificativas, son repetidas las palabras de Holmes en cuanto sostenía que lo que realmente le importa a un abogado no es tanto lo que digan las leyes en sí mismas sino poder predecir qué va a pasar con su pleito: *"las profecías acerca de lo que los tribunales harán de hecho, y nada más pretencioso, es lo que yo, entiendo por Derecho"* (16).

El Derecho es visto como un instrumento, importando conocer su real funcionamiento para poder predecir las consecuencias jurídicas de nuestras conductas y, de esta manera, actuar en consecuencia. Los realistas destacaron la importancia de los factores extranormativos (económicos, creen-

(14) El fundador de este movimiento fue Axel Hägerström, quien junto a su discípulo A. Vilhelm Lundstedt y otros representantes de esta corriente, como son Karl Olivecrona y Alf Ross, identifican la naturaleza del derecho con un conjunto de hechos en lugar de un conjunto de normas: el derecho no es otra cosa que hechos sociales. A diferencia del realismo norteamericano, tiene un acercamiento metodológico mucho más especulativo sobre temas como la validez del derecho y su crítica a los juicios de valor, prestándole menos atención al significado de las decisiones judiciales.

(15) Hay quienes distinguen el realismo norteamericano en *sentido amplio*, en el cual incluyen a pensadores como Oliver W. Holmes, Roscoe Pound y Benjamin Cardozo y en *sentido estricto* cuyos principales representantes serían Karl Llewellyn y Jerome Frank.

(16) HOLMES, Oliver W., "La senda del Derecho", traducción Carlos A. Garber, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1959.

cias morales, intereses políticos) incluso inconscientes (como prejuicios, estados de ánimo) para conjeturar sobre la decisión judicial.

Desconfiaron del formalismo normativista, en cuanto concepción que pretende describir la normatividad como reglas de predicciones generalizadas sobre lo que harán los tribunales. Pretendieron señalar las reglas que describen la regularidad fáctica en las decisiones reales de los tribunales, que son las que permiten hacer predicciones sobre las futuras decisiones.

4. BALANCE

Como lo hemos señalado las polémicas entre el jusnaturalismo y el positivismo involucran nociones muy multívocas. Sin perjuicio de ello, la juridicidad actual —especialmente signada por los enormes desafíos que presentan, por ejemplo, cuestiones como la conciencia de los derechos humanos, la ingeniería genética, etcétera— evidencia la necesidad de desarrollar manifestaciones superadoras (17).

Creemos que las posibilidades de superación de la discusión entre el jusnaturalismo y el positivismo se logran mediante respuestas que permitan describir el fenómeno jurídico con cuantos métodos sean necesarios para conocerlo mejor. Estamos convencidos de que las posturas integrativistas —que ponen el acento en considerar en cada fenómeno jurídico los hechos, las normas y los valores en juego— respondan satisfactoriamente al gran reto del pensamiento jurídico actual.

(17) CIURO CALDANI, Miguel Ángel, "Las posibilidades de superación de la discusión entre el positivismo y el jusnaturalismo a través de la teoría tripartita del mundo jurídico", en "Revista de Ciencias Sociales", Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de Valparaíso, 1996, N° 41, págs. 85 y ss.

ENRIQUE R. AFTALIÓN
JOSÉ VILANOVA
JULIO RAFFO



665-4444

INTRODUCCIÓN AL DERECHO

CONOCIMIENTO Y CONOCIMIENTO CIENTÍFICO
HISTORIA DE LAS IDEAS JURÍDICAS
TEORÍA GENERAL DEL DERECHO
TEORÍA GENERAL APLICADA

NUEVA VERSIÓN

TERCERA EDICIÓN



ABELEDOPERROT
BUENOS AIRES

CAPÍTULO 10

CONSTITUCIÓN DE LA CIENCIA JURÍDICA

10.1. LA CONSTITUCIÓN DE LA CIENCIA JURÍDICA EN INGLATERRA. EL *COMMON LAW*

Al principio del siglo XIX, la sanción de los códigos y la tarea de la ciencia jurídica restringida al comentario de los mismos dieron en Francia al iuspositivismo un carácter *estatal y legalista*. Detrás de los códigos, se encontraba la voluntad reciente, todavía viva, del legislador y de aquí que las indagaciones de los juristas tuviesen un carácter *empírico*: la ley era la expresión de la voluntad real del legislador y esto último era un hecho de experiencia.

En Alemania, la recepción del Derecho Romano, de acuerdo con las recopilaciones justinianeas dio también al iuspositivismo un *carácter estatal y legalista*. El Derecho derivaba de una autoridad estatal y se encontraba en ciertos textos, es decir las leyes. No obstante, no existía un hecho empírico, tal como la voluntad del legislador, al cual remitirse en el estudio del Derecho, ya que no podía pretender seriamente ese carácter la figura, remota e indiferente, de Justiniano. Los textos, desglosados de la voluntad de legisladores dogmáticamente aceptados, eran todo, y como no eran sino palabras, toda su significación eran conceptos, de donde surgió el conceptualismo propio de la ciencia jurídica germana decimonónica. Pero puesto que a los conceptos se los conoce con el puro pensamiento, con la razón, la actitud iuspositiva de la ciencia jurídica alemana se hizo, así, *racionalista*.

En Inglaterra, en cambio, no existía un hecho determinado —tal como la recepción del Derecho Romano en Alemania o la sanción de los códigos en Francia— que permitiese derivar de él todo un sistema de leyes, aceptándolo dogmáticamente y concretando así en dichas leyes la dirección iuspositivista impresa a la ciencia por el siglo XIX. De Inglaterra cabe afirmar que es el país en que —como en su hora en Roma antes de la codificación de Justiniano— mejor se cumplían los postulados y los

ideales de la escuela histórica: el derecho inglés surgía de toda su historia, vivía en el "espíritu del pueblo" con formas e instituciones propias, primero en las costumbres y luego en los estrados de los tribunales, independientemente de toda legislación estatal.

No un hecho determinado sino toda la historia —y no solamente la historia política— de la nación inglesa permitía comprender en su origen y evolución, paso a paso con las transformaciones sociales, las instituciones propias de su Derecho. El *common law* no deriva de acto estatal, cual es la legislación; no existe para ese Derecho un acto formal de producción centralizada por un órgano determinado. Los jueces deben extraer el fundamento de sus sentencias de otras sentencias pronunciadas en casos similares por otros jueces y, en última instancia, de los antecedentes más remotos. El *common law* rige desde tiempo inmemorial —se confunde en sus orígenes con la costumbre— y es declarado por los jueces en cada caso concreto, con el que a la vez se va a enriquecer ese acervo jurídico indefinido. Incluso cuando se dicta una ley sobre determinada materia (*statute law*) no se considera que desplaza al *common law* sino, más bien, que lo integra. Por otra parte, en el derecho anglosajón las leyes cobran su alcance efectivo cuando los jueces lo definen en sus casos y en la medida en que lo hacen (*judge made law*). El derecho consuetudinario judicial, sigue, así, teniendo una importancia mayor que la del legislador.

Así emergente de los casos concretos, con la plenitud emocional valorativa que se encuentra en ellos, sin cristalizar en normas abstractas, sin derivar formalmente del Estado ni de autoridad constituida determinada, remitido en su fundamento a un pasado inmemorial en cuyo trasfondo acentuaba la encarnación viva de los grandes principios del Derecho Natural, la positividad del derecho inglés asumió características muy peculiares y no podía reducirse a la aceptación dogmática de ciertas leyes o autoridad. La dirección positivista de la ciencia jurídica, el iuspositivismo con el que se instaura en el siglo XIX la ciencia jurídica, no podía, en consecuencia, adoptar en Inglaterra los caracteres de estatal y legalista que presentaba en Francia. Por otra parte, frente a ese Derecho que vivía en los casos judiciales—en el cuerpo del *common law* ya descrito, en íntimo contacto con la tradición y con el pasado más remoto y, al mismo tiempo en la plenitud emocional valorativa de los casos concretos— no cabía adoptar una actitud racionalista (apta para los conceptos legales que aquí faltaban) ni tampoco empirista (ya que aquí los hechos, cargados de valoraciones iusnaturalistas y de historia, no podían asimilarse a los hechos naturales).

De los antecedentes referidos surgió en la doctrina inglesa, más bien que una escuela jurídica propiamente dicha, una *actitud* muy peculiar,

acuñada ya en el siglo XIX y que constituye lo que denominaríamos el *historicismo*. Este historicismo, muy adecuado a la modalidad tradicionalista de Inglaterra, se mantiene siempre subyacente en el pensamiento jurídico anglosajón, aunque aparezca más tarde desplazado del primer plano por la tendencia analítica de Austin o por el sociologismo americano. Así como en el racionalismo alemán la ciencia jurídica toma como modelo a la lógica y a la matemática, en el empirismo francés el pensamiento jurídico toma como modelo a la historia. Con arreglo a esta modalidad to jurídico toma como modelo a la historia. Con arreglo a esta modalidad historicista que, como dijimos, se encuentra en el pensamiento jurídico inglés desde el siglo XVI hasta nuestros días, los nuevos datos se comprenden a la luz del pasado. No constituyen puntos de partida que pongan fin a algo anterior, sino modulaciones y desarrollo de lo que siempre ha existido, al menos *in nuce*. Incluso las leyes nuevas, por ejemplo, suponen un cuerpo de Derecho no escrito que les es preexistente, a modo de telón de fondo, que no está en sus manos suprimir y del cual constituyen meras ampliaciones o modificaciones parciales. Debe acentuarse también el hecho de que este pensamiento ha sido influyente en la vida del derecho inglés, puesto que al tiempo que constituía la teorización sobre el *common law* constituía también el sistema de precedentes que confería a este cuerpo de Derecho sus perfiles. En el desenvolvimiento de este pensamiento debe mencionarse, en primerísimo término, al gran juez inglés, Sir Edward Coke (1552-1634), que fijó las líneas fundamentales del *common law*, del pensamiento historicista y, a la vez, sostuvo la supremacía del Derecho Natural—fuente prístina del *common law*—sobre toda norma emanada del Rey o del Parlamento. Sir William Blackstone (1723-1780), en su gran obra *Comentarios sobre las Leyes de Inglaterra*, añadió al pensamiento de Coke la doctrina sobre la supremacía del Parlamento, la cual, a primera vista resultaba contradictoria con la idea del imperio de un sistema no escrito de derecho superior a las autoridades constituidas; no obstante se ha integrado con la misma. Debe mencionarse también a Lord Mansfield, a quien se debe una importante tarea precursora tendiente a suavizar, en atención a las ideas racionales de equidad, algunos de los principios estrictos del derecho consuetudinario y judicial inglés primitivo. Debe tenerse presente que la actitud historicista se encuentra en forma difusa en los teorizadores del *common law*—impuesta en realidad por las modalidades de éste—y que dicha mucho de constituir una verdadera es-

¹ Cossio, C., *Teoría...*, cit., pág. 30. De este autor hemos tomado la idea de calificar de *racionalismo*, *empirismo* e *historicismo* las actitudes adoptadas por el iuspositivismo en Alemania, Francia e Inglaterra, respectivamente.

cuela de la ciencia jurídica pues le faltan los perfiles netos necesarios para caracterizarla como tal. En cambio, es importante destacar que una auténtica escuela aparece con Austin y sus discípulos que practican la llamada jurisprudencia analítica. Más adelante estudiaremos esta importante y original manifestación del pensamiento jurídico inglés que ejerció también vasta influencia en los Estados Unidos. Aquí debemos señalar que su orientación es dogmática y racionalista —paralela a la jurisprudencia conceptual alemana— y que la escasa repercusión que tuvo en un primer momento la obra de Austin en Inglaterra se explica, precisamente, por su total divorcio de la modalidad historicista imperante.

10.2. LA CONSTITUCIÓN DE LA CIENCIA JURÍDICA EN ALEMANIA

Casi simultáneamente en Alemania y Francia, en los primeros años del siglo XIX, se abondonaron los planteos iusnaturalistas —tanto los del iusnaturalismo clásico como los de la escuela racional o formal— y tiene lugar la fundación de la ciencia jurídica moderna mediante estudios referidos fundamentalmente al derecho positivo. En Alemania, la superación se lleva a cabo por el corifeo máximo de la escuela histórica, Federico Carlos de Savigny, quien enfila sus estudios al Derecho Romano (vigente entonces en Alemania), señalando que es necesario dirigir la mirada hacia la historia para encontrar allí el objeto sobre el que debe versar el conocimiento jurídico. En Francia, entre tanto, la superación de la escuela iusnaturalista se lleva a cabo a través de un proceso muy diferente: triunfante con la Revolución el ideario iusnaturalista, se procede a la redacción de textos legales sistemáticos que aspiran a constituir la acabada realización, por vía racional, de dicho ideario. La empresa codificadora —no sin algunas impurezas y concesiones necesarias a lo histórico— culmina con la redacción del célebre Código Civil de los franceses, más conocido por Código Napoleón (1804), pero por una curiosa paradoja, a partir de la sanción del *Code* el pensamiento jurídico en Francia se desentiende de toda especulación sobre el Derecho Natural para centrarse en el comentario interpretativo de sus textos, actitud que caracteriza, en términos generales, a la *escuela de la exégesis*².

La moderna ciencia del Derecho nace así, tanto en Francia como Alemania, bajo el signo del *iuspositivismo*, en el sentido de que deja de lado la problemática iusnaturalista y dirige su interés a manifestaciones históricas tales como las *Pandectas* justinianas y el Código napoleónico. Este

² AFTALIÓN, Enrique R., "Los principios generales del Derecho y la reforma del Código Civil", en Apéndice a *Crítica del Saber de los Juristas*, pág. 29. Sobre la escuela de la exégesis, ver *infra*, 10-3.

signo se conserva en todos los desarrollos posteriores y domina el pensamiento jurídico universal hasta nuestros días. Algunas direcciones en las que se pretende encontrar como una resurrección del pensamiento iusnaturalista —tales el movimiento del derecho libre o la teoría de la institución— no representan en verdad un ataque contra el núcleo mismo del sentido iuspositivista de la tendencia dominante, sino una reacción contra algunas de sus manifestaciones aberrantes como, por ejemplo, la de equiparar el Derecho a la ley o la de derivar todo Derecho del Estado, etcétera.

10.2.1 La escuela histórica. Los orígenes. Gustavo Hugo

Al ocuparnos en el Capítulo 9 de los jurisprudenciales filólogos, señalamos que no se limitaron a estudiar el Derecho Romano en los textos sino que, considerándolo como el producto de la vida social y económica de aquel pueblo, sacaron provecho de todos los elementos que pudieran iluminar su estudio: historia, leyendas, literatura, etcétera. Entre esos jurisprudenciales se destacaron Alciato (1392-1540) en Italia y Cujacio (1522-1590) en Francia: sobre todo este último a quien se considera hoy como un importante antecedente de la escuela histórica del Derecho, ya que las doctrinas de Savigny se hallarían en germen en él³.

A principios del siglo XIX, a consecuencia del extraordinario auge de la escuela racional, se había desarrollado en toda Europa una concepción del Derecho que consideraba a éste como un producto de la razón humana expresada por boca del legislador. La Revolución Francesa fue el triunfo del racionalismo en el derecho público y las cuatro constituciones (1791, 1793, año III y año VIII) que precedieron al Imperio son claros exponentes de esa concepción, que creía que la ley era la única fuente del Derecho y que ella podía establecerlo, enmendarlo e improvisarlo. En derecho privado esta concepción imperó igualmente y se encargaron a Cambaceres tres proyectos consecutivos de Código Civil, ninguno de los cuales tuvo éxito porque eran excesivamente lacónicos (695 artículos el primero, 297 el segundo y todavía más breve el tercero). En estos proyectos se prescindía de todo el antiguo Derecho, como si un código pudiera apartarse de las tradiciones jurídicas y del Derecho elaborado por un pueblo. "Era el principio jacobino de la Revolución Francesa aplicado al Derecho: destruir las tradiciones para crear, según los dictados de la razón, el mejor

³ También suelen citarse como precursores del historicismo jurídico, al pensador napolitano Vico (1668-1744), al inglés Burke (1729-1797) (quien en su obra *Reflexiones sobre la Revolución Francesa* [1790] sostuvo que la constitución de un Estado no puede hacerse derivar de principios racionales porque es fruto de un largo proceso histórico), y al alemán Herder (1744-1803), filósofo de la historia.

Derecho posible, y crearlo con eficacia en códigos completos y sistemáticos, que abrogasen las leyes y costumbres del pasado y establecieran el Derecho y la justicia del porvenir⁴.

La escuela histórica del Derecho nació en Alemania como una reacción contra el exceso de ese racionalismo vigente⁵. Gustavo Hugo (1768-1834) formuló por primera vez los principios que habían de constituir las nuevas escuelas. Hugo escribió un *Manual del Derecho Natural como una Filosofía del Derecho Positivo* y otro trabajo titulado *¿Son las Leyes las únicas Fuentes del Derecho Positivo?*. En la primera obra sostiene que en todos los pueblos el Derecho se ha formado fuera de la autoridad legislativa, ya en la costumbre y el derecho pretoriano (Roma), ya en el *common law* (Inglaterra). En la segunda formula su difundida comparación entre el origen del Derecho y el lenguaje. Así como se ha comprobado que el lenguaje no ha sido inventado por Dios ni creado por los hombres de mutuo acuerdo, sino que ha sufrido una transformación progresiva a través de siglos y siglos, así también la costumbre y el Derecho se han producido y desenvuelto gradualmente, sin la intervención de Dios o un pacto entre los hombres. Las necesidades y usos de los pueblos han sido las verdaderas causas de la formación paulatina del Derecho, que viene a ser un producto de la historia. Interesa destacar, además que Gustavo Hugo tenía a honra proclamarse fiel discípulo de Kant. Como tal, llevó al estudio del Derecho la distinción entre *forma y materia* del conocimiento y se la enseñó a su discípulo Savigny⁶.

⁴ BUNGE, Carlos O., *El Derecho*, 5ª ed., Buenos Aires, 1920, pág. 122.

⁵ La escuela histórica es un producto típico del siglo XIX, así como la escuela clásica y racional del Derecho Natural tiene su filiación en el siglo XVIII. El siglo XIX trae una reacción romántica destacando lo concreto, peculiar, nacional y popular en contra de lo abstracto, genérico, universal y académico que dominaba el racionalismo clásico del siglo XVIII.

⁶ Según Carlos Cossio, el mérito más destacable de Savigny consiste en señalar que el jurista debe ir a la *experiencia jurídica*, tempo-espacial, si quiere conocer el derecho. Esta luminosa idea, tomada de Kant por vía de su discípulo Hugo, coloca a Savigny en el egregio papel de fundador de la ciencia (moderna) del Derecho, superando las desviaciones iusnaturalistas. Sin embargo, el tema se pervierte ya en manos de Savigny, quien consideró a la experiencia jurídica (paralelamente a la experiencia natural analizada por Kant) integrada solamente por dos elementos: uno formal y necesario (la norma) y el otro material y contingente (las relaciones de hecho). Olvidó Savigny, de este modo, la existencia de un tercer elemento característico de la experiencia jurídica y que la diferencia de la natural, la *valoración jurídica*.

10.2.2. Federico Carlos de Savigny. Su polémica con Thibaut

Hugo sentó las bases de la nueva escuela, pero el mérito de haberla desarrollado en forma completa y de haberle dado extraordinaria difusión pertenece a Federico Carlos de Savigny (1779-1860), figura estelar en la historia del pensamiento jurídico.

Savigny publicó en 1803 su *Tratado de la Posesión*, célebre no sólo por su mérito intrínseco sino también por la crítica que luego le hiciera Ihering. En 1810 fue nombrado profesor en la Universidad de Berlín, desempeñando además importantes cargos oficiales. En 1814 publicó su famoso opúsculo *De la Vocación de Nuestro Siglo para la Legislación y para la Ciencia del Derecho* que, aunque escrito con un fin polémico, fijó las bases de la escuela histórica.

Interesa evocar el momento histórico en que Savigny escribió su opúsculo ya citado, que tanta repercusión alcanzó. Corría el año 1814. Alemania acaba de desembarazarse de la dominación napoleónica, que no sólo había propagado sino que también había llegado a aplicar en algunas partes el Código Civil de los franceses. Se planteó entonces el problema de si había que conformarse con el derecho alemán prenapoleónico o si se dictaba un código nuevo.

Por una parte, la introducción del derecho francés extranjero mostró a los alemanes las insuficiencias del suyo, compuesto por estatutos de alcance local y por la adaptación del antiguo Derecho Romano. Por la otra, la exaltación del espíritu patriótico los llevaba a anhelar la centralización federaliva, la unidad nacional. La unificación del derecho nacional, la sanción de un código común a todos los países germánicos, sería un gran paso hacia la ansiada unidad nacional. El juriconsulto Thibaut —profesor de Heidelberg— haciéndose eco de ese proyecto, que halagaba doblemente los espíritus en el deseo de mejorar el derecho local y unificar la patria común; escribió en 1814 un opúsculo acerca de *La Necesidad de un Derecho Civil para Alemania*. Demostraba en esta obra que la legislación prenapoleónica vigente en Alemania era anticuada, defectuosa, contradictoria, mezcla del viejo Derecho Romano con el derecho germánico. Además, el Derecho Romano aplicado en Alemania era un derecho extranjero compilado, de la época de la decadencia de la jurisprudencia romana, por lo que planteaba frecuentemente a los estudiosos arduas cuestiones a causa de las oscuridades y contradicciones que encerraban sus normas. Era, pues, urgente sancionar un código para Alemania toda y, en este sentido, aconsejaba reunir un congreso de juristas, teóricos y prácticos. Estos argumentos y la elocuencia con que los exponía, además del patriotismo que guiaba su obra, hicieron que con Thibaut estuviere la mayoría de la opinión de la nación alemana.

En ese momento, en que el sentimiento patriótico del pueblo alemán estaba exaltado por el deseo de que se dictase un código que contribuyese a la unidad del país, Savigny se atreve valientemente a refutar e impugnar el alegato de Thibaut con su *De la Vocación de Nuestro Siglo para la Legislación y para la Ciencia del Derecho*.

En la introducción de este opúsculo se yergue contra la opinión profusada por la mayoría de los juriconsultos de la época, según los cuales el Derecho tenía como única fuente a la ley, sólo emanada de la potestad suprema del Estado. Impugna asimismo la tesis según la cual era necesario dictar códigos racionales, perfectos, libres de toda influencia histórica, tesis para la cual el derecho consuetudinario quedaba relegado a desempeñar el papel de un vago e insuficiente complemento.

Savigny dirige la mirada a la historia para esclarecer el problema del *origen del derecho positivo* y comprueba que en cada pueblo ese Derecho reviste caracteres peculiares, de modo análogo a lo que acontece con la lengua, las costumbres y la constitución política. Queda así excluida la posibilidad de un origen meramente "accidental y arbitrario": el Derecho, lejos de ser una creación arbitraria del Estado, está condicionado históricamente, es un producto del *espíritu del pueblo* (*Volksgeist*), del cual es expresión inmediata la *costumbre*. Todo pueblo tiene un espíritu popular propio que se refleja en el lenguaje, en la moral, en el Derecho, en el arte, etcétera, "esa natural dependencia del Derecho de la costumbre y del carácter del pueblo, se conserva también con el tiempo, no de otro modo que con el lenguaje. Al igual que para éste, para el Derecho no hay un solo instante de reposo..."⁷ Es claro que en los pueblos de mayor cultura no puede decirse que la suma infinita de detalles que presentan sus derechos positivos vive en el común conocimiento del pueblo. Pero ello es cierto con relación a los rasgos fundamentales del Derecho, sin perjuicio de que las complicaciones que genera la civilización hagan que tome un aire científico y se convierta en materia de la competencia de los juristas, que vienen a representar al pueblo. En síntesis, "el Derecho se crea primero por las costumbres y las creencias populares, y luego por la ciencia del Derecho; siempre, por tanto, en virtud de una fuerza interior, y tácitamente activa, jamás en virtud del arbitrio de ningún legislador"⁸.

De acuerdo con las afirmaciones acerca del origen del derecho positivo, según Savigny la *codificación* sólo puede consistir en la formula-

⁷ DE SAVIGNY, Federico Carlos, *De la Vocación de Nuestro Siglo para la Legislación y para la Ciencia del Derecho*, Madrid, pág. 26.

⁸ DE SAVIGNY, F. C., *op. cit.*, pág. 28.

ción del derecho ya vigente, hecha por el Estado con sólo aquellos retoques que aparezcan como necesarios.

Sobre estas bases plantea el problema de si se estaba o no en condiciones de dictar un código para Alemania. La respuesta de Savigny es negativa. Antes de abordar la codificación considera indispensable propender a una "organización progresiva de la ciencia del Derecho", la cual podía ser común a toda la nación. Mientras se progresara en la teoría y en las investigaciones jurídicas, los Estados que tuvieran un código (aludé a la compilación prusiana y al Código austriaco, y no al Código francés al que considera como una transitoria "enfermedad política"), continuarían aplicándolo; en los que sólo existía un derecho común y un derecho municipal eran necesarias tres condiciones para que prosperase el derecho civil:

- 1º) fuentes suficientes de Derecho fundadas en una profunda y bien difundida ciencia del derecho;
- 2º) magistrados de probidad experimentada;
- 3º) una forma de procedimiento bien entendido y uniforme para evitar la diversificación del derecho común.

La tesis dilatoria de Savigny en materia de codificaciones se impuso sobre la de Thibaut. Los más grandes juriconsultos alemanes adhirieron a ella y Savigny, Eichorn y Goeschen fundaron en 1815 la *Revista de la Ciencia Histórica del Derecho*, en la que colaboraron Hugo, Dirksen, Grimm, Haase y otros. La ciencia jurídica alemana progresó paulatinamente gracias a la labor de los juristas y de los magistrados. Recién después de la guerra francoprusiana, ya conseguida la unidad política del nuevo Imperio, se comienza en 1874 a redactar el Código Civil alemán, que Guillermo II promulgó en 1896 y que se puso en vigencia el 1º de enero de 1900. Transcurrieron, pues, ochenta y seis años antes de que se realizase la idea de Thibaut, lo que confirmó plenamente en el hecho la tesis del historicismo jurídico que sostenía que era menester un largo proceso de elaboración antes de dictarse el Código Civil. El fruto de ese proceso constituye hoy uno de los monumentos máximos de la ciencia jurídica.

10.2.3. Los continuadores

Entre los continuadores de Savigny, además de los ya citados, es menester no olvidar a Jorge Federico von Puchta (1798-1846), su primer discípulo. Su contribución más importante fue la objetivación y personificación del espíritu del pueblo (*Volksgeist*) —al que consideró como una

fuerza independiente de la conciencia de los individuos que componen la colectividad—y sus estudios sobre el derecho consuetudinario (v. *infra*, 19.1.4).

En Francia las concepciones de la escuela histórica fueron difundidas, aunque con cierto eclecticismo, por Eugenio Lemnier, cuya *Introducción General a la Historia del Derecho* (1830), y cuya *Filosofía del Derecho* (1852) circularon profusamente en Europa y llegaron hasta el Plata, influyendo fuertemente en el pensamiento de Alberdi.

En el Prefacio de su *Fragmento Preliminar al Estudio del Derecho*, Alberdi declara textualmente: "Abrí a Lemnier, y sus ardientes páginas hicieron en mis ideas el mismo cambio que en las suyas había operado el libro de Savigny" (Alberdi, Juan Bautista, *Escritos Jurídicos*, T. I, Buenos Aires, 1920, pág. 5). Una de las ideas que más agita Lemnier, y que debe a los románticos, es la de que todo movimiento filosófico legítimo debe salir de la conciencia nacional. La filosofía es una ciencia nacional estrechamente vinculada con la política. Como se ve, era éste precisamente el programa que Echeverría y el joven Alberdi iban a elaborar en el *Dogma Socialista*.

10.2.4. Dogmática jurídica. Jurisprudencia⁹ de conceptos.

Examen crítico

Bajo el nombre de *dogmática* se pueden abarcar aquellas direcciones de la ciencia del Derecho que arrancan de la escuela histórica e imperan en Alemania e Italia hasta nuestros días. La culminación de la dogmática se lleva a cabo por la denominada "jurisprudencia de conceptos", que representa el desarrollo pleno y unilateral de los supuestos contenidos en la posición dogmática.¹⁰ Contra esa exageración se han elevado precisamente las voces de las escuelas propiamente modernas (jurisprudencia de intereses, escuela de derecho libre, etc.). Sin embargo, la dirección dogmática, si bien no en la posición extrema de la "jurisprudencia de conceptos", sigue siendo el común denominador general de la ciencia jurídica en

⁹ La palabra, jurisprudencia se usa acá como sinónimo de ciencia del Derecho, a la usanza alemana de donde son oriundas estas escuelas.

¹⁰ No obstante que el origen próximo de la moderna dogmática arranque de la escuela histórica, cabe destacar que su actitud—en cuanto centra la ciencia del Derecho en el estudio de las normas generales expresadas en los textos legales—debe ser entroncada con la de los glosadores de la escuela de Bolonia. Los glosadores dejaron así impreso en el pensamiento jurídico continental europeo el cuño de una orientación distinta de los juristas romanos clásicos y de los anglosajones, que anteponen a las normas formales y las teorías abstractas el *ius quod est*: las reglas que efectivamente tienen curso en los tribunales y la vida cotidiana.

los países de Europa continental, de derecho escrito y tradición romanista, llegando con este carácter hasta nosotros y en general a Latinoamérica.

La dogmática, como ya lo hemos señalado, guarda un notable paralelismo con la escuela francesa de la exégesis. Así, mientras para la escuela francesa el Derecho es la *ley* (emanada de un poder determinado de acuerdo con el principio de la división de poderes), para la dogmática el Derecho son las *normas positivas*. La ley no es más que una especie dentro de las normas, de modo que la perspectiva dogmática es menos estrecha que la exegética. Pero en ambas la tendencia iuspositivista se pervierte al ver el Derecho en las leyes o normas generales desentendiéndose—al menos en teoría—de su aplicación. Se apartan de este modo de la vida social, de las relaciones humanas en que encarna el Derecho como realidad. Debe tenerse presente, no obstante, que esta tendencia es más acentuada en la dogmática alemana, puesto que en la escuela de la exégesis se encuentra mitigada por la indagación empírica de la voluntad del legislador. En la dogmática los conceptos legales son entes de la lógica, en la exégesis son entes de la psicología.

Para la dogmática, el Derecho está en los *textos* de la ley, en sus *palabras*, las normas no son otra cosa que las *significaciones* o conceptos expresados por esas palabras y, en la medida en que el jurista debe sobre pasar la tarea meramente previa del estudio gramatical o filológico de las palabras, su tarea consistirá precisamente en estudiar dichas *significaciones* o conceptos. De aquí el nombre de "jurisprudencia de conceptos" que se da a la más acabada culminación de la tendencia dogmática. Tal es también el sentido más propio de la imputación de racionalismo que se hace a esta tendencia aún dominante en la ciencia jurídica: la ciencia jurídica propio de estudio son los conceptos o significaciones, la ciencia jurídica resulta ser "lógica". La tarea propia del jurista, en efecto, no es otra que la de integrar en un todo *no contradictorio* el material que le suministran las normas positivas ya dadas. La culminación de su tarea es la *constitución jurídica* mediante la cual se muestra el principio general unificador contenido en un conjunto de normas.

Hemos dicho que la *dogmática* arranca de la *escuela histórica*, lo que resulta verdaderamente paradójico ya que la escuela histórica precisamente postula un acercamiento a lo real, a la vida y a lo histórico, lo que parece lo más alejado que pueda imaginarse de la lógica pura a la que va

¹¹ Esta dimensión lógica de la dogmática no es hallazgo nuestro: ha sido reiterada por los más conspicuos representantes de ella, como Ihering y Windscheid y por sus críticos más caracterizados, como Ehrlich y Geny. Cfr. HERNÁNDEZ GIL, A., *op. cit.*, pág. 103 y sus citas.

a parar la "jurisprudencia de conceptos". Sin embargo, los gérmenes del dogmatismo, como lo hemos adelantado, estaban ya contenidos en la escuela histórica y en la obra de Savigny. Señalemos algunos de los más importantes: 1°) el principio *iustificativista* se manifiesta en la escuela, pero unido a un análisis incompleto de la experiencia jurídica en el que se ignora la valoración. En efecto: si el contenido material de esa experiencia lo da el legislador en la norma jurídica, la tarea del jurista tiene que limitarse a estudiar y sistematizar dichos contenidos normativos; 2°) *el romanticismo*, que se observa ya en Savigny y en sus discípulos más destacados y que ya motivó la crítica de la rama germanista y nacionalista de la escuela. Por más perfecto que fuesen los procedimientos históricos, lo cierto es que el Derecho Romano no llegaba hasta la escuela como un Derecho viviente sino en forma dogmática, a través de textos dados, particularmente las grandes codificaciones de Justiniano; 3°) el papel destacado que en la concepción de la escuela histórica se adjudica al jurista como técnico especializado en la elaboración —incluso creadora— del Derecho. Este papel no se compaginaba muy bien con el principio postulado por esta escuela que parecería requerir una elaboración menor técnica y más popular. Se dijo que los juristas tenían que actuar como representantes del pueblo, pero en la realidad lo sustituyeron y elaboraron, como verdaderos artifices, una ciencia del Derecho puramente técnica que resultó lo más alejado que se pueda imaginar de un Derecho popular.

La tarea del jurista dogmático es lograr la clarificación conceptual de un material ya dado por las normas positivas, *formular su sistematización lógica* de modo tal que se hagan evidentes los primeros principios y las últimas consecuencias del sistema así clarificado. Sobre el material normativo positivo dado, nada tiene que decir el jurista para aceptarlo o rechazarlo: nada tiene que hacer su tarea con una investigación sobre el Derecho Natural o la justicia. Con relación a la obra hecha por el legislador, la tarea del jurista es meramente *reproductiva*; con relación al material que el legislador le suministra —la norma positiva— el jurista nada tiene que objetar: lo acepta *dogmáticamente*, su tarea consiste en ordenarlo.

De acuerdo con estos postulados, la ciencia del Derecho jugará un papel modesto y el dogmatismo conceptualista no diferirá demasiado de la sencilla escuela de la exégesis. Efectivamente, frente a un legislador presente, que todo lo puede solucionar, la labor de la ciencia es muy menguada. Como sagazmente advirtió Kirchmann, "tres palabras rectificadoras del legislador y bibliotecas enteras se convierten en papeles inútiles"¹².

¹² Cfr. KIRCHMANN, José G., "El carácter científico de la llamada ciencia del Derecho", en *La Ciencia del Derecho*, Buenos Aires, 1949, pág. 268.

Pero, ya hemos dicho que el conceptualismo floreció en la obra de los pandectistas, con sus estudios sobre el *Corpus Iuris Civilis* de Justiniano. De este modo, ante un legislador que ya no podía dictar las palabras rectificadoras, los juristas dogmáticos tuvieron un ancho campo abierto a elevadas y sutiles especulaciones que pretendían mantenerse dentro de un campo de raciocinios estrictamente "lógicos", "dogmáticos", pero que en la realidad rebasaban a menudo esas limitaciones. El objetivo más elevado de esta escuela era elaborar, sobre los distintos temas e instituciones, rigurosas *construcciones jurídicas*; logradas las cuales se obtenían luego, por vía de *deducción* sistemática, *nuevas normas* no conferidas antes en el material positivo elaborado. Este papel *creador* que se atribuyó de hecho a sí misma la ciencia dogmático-conceptista —papel que se encuentra expresamente enunciado en Ihering en su exposición sobre el método de la escuela— era en realidad manifestamente contradictorio con el postulado dogmático positivo de que se había partido. La verdad es que se introducía de contrabando —afortunadamente— una *adaptación* de las viejas normas jurídicas a las necesidades sociales de la actualidad. Dicho en términos más directos: el Derecho Romano, con la heterogeneidad de sus disposiciones muchas veces contradictorias, era una materia perfectamente maleable para sacar de él, por vía de "interpretación" —operación pretendidamente de pura lógica—, normas jurídicas adecuadas para regir efectivamente la compleja vida social. Así el jurista técnico realizaba, y aun superaba el ideal de Savigny al formular el Derecho para su pueblo. Los adversarios de la escuela histórica ya habían señalado, en su oportunidad, que de este modo se arrebataba el poder legislativo de manos del poder público en beneficio de los juristas. Pero la jurisprudencia de conceptos se apartó también del ideal de Savigny, por lo que el aspecto puramente técnico conceptual prevaleció en esta tarea y los juristas no procuraron ser fieles intérpretes y portavoces del espíritu del pueblo, como era el programa original de la escuela histórica.

Como ya hemos dicho, la fundación de la dogmática se debe al propio Savigny, y su primera continuación se la encuentra en la rama romanista de la escuela histórica, cuyo representante más destacado fue Puchta. Pero la consagración máxima del principio dogmático y de la jurisprudencia de conceptos se encuentra en la obra de los *pandectistas* —así llamados por la atención que dedicaban al estudio de las *Pandectas* o *Digesto* de Justiniano— que florecen cuando la investigación histórica y filológica había fijado ya en cierto modo las fuentes romanas que en adelante tomaría en cuenta la ciencia. A este grupo pertenecen, entre otros, Arndts, Wendt, Dernburg y Bernard Windscheid, quien mereció el glorioso epíteto de "príncipe de la dogmática" y cuyo "Derecho de *Pandec-*

Contemporáneamente se ha adelantado mucho en la superación del dogmatismo. En el campo estricto de la ciencia jurídica han aparecido escuelas modernas, como la del derecho libre o la jurisprudencia de intereses, que han puesto de relieve todas las falacias y peligros encerrados en el método presuntamente lógico-exacto de la dogmática. Por otra parte, un mejor conocimiento de la concepción angloamericana del Derecho, ha ampliado los horizontes del pensamiento jurídico-romanista continental. En el campo de la filosofía jurídica Hans Kelsen, al tomar como punto de partida, para elaborar su teoría general del Derecho, la concepción iuspositiva tal como la sustentaba la escuela dogmática (Derecho-normas positivas), ha iniciado —sin proponérselo— el camino para la superación del dogmatismo, pues la teoría general edificada sobre tales bases —la teoría pura del Derecho— ha venido a poner de relieve y al desnudo la insuficiencia de los fundamentos de ese dogmatismo. Por su parte, la teoría egológica ha consumido una superación del conceptualismo, con su posición realista y valorativa.

Crítica de la escuela histórica del Derecho. La escuela histórica del Derecho nació como una saludable reacción contra los excesos en que había incurrido la corriente del Derecho Natural y racional, que no tenía en cuenta la circunstancia de que el Derecho es siempre un producto social, histórico, en estrecha relación con las condiciones particulares de cada pueblo. En este sentido la influencia de la concepción histórica fue benéfica, pues propugnó el estudio del material jurídico histórico, el desarrollo concreto del derecho positivo, y explicó la variabilidad de los ideales jurídicos como respondiendo a las peculiaridades de cada época y cada pueblo. Debe señalarse, además, que la figura de Savigny trasciende hoy ampliamente el papel de jefe de la escuela histórica. Puede decirse que le corresponde el título magno de *fundador de la moderna ciencia del Derecho*. Pues al sostener la tesis de que los juristas han de tomar contacto con la experiencia jurídica histórica, da un paso gigantesco en el proceso de aproximación hacia el auténtico y propio objeto de la ciencia jurídica, cuyos perfiles no se percibían con claridad en las especulaciones iusnaturalistas hasta entonces prevalentes. De aquí que se considere que con él empieza la moderna ciencia jurídica, pues le son deudoras, en mayor o menor grado, todas las corrientes y escuelas posteriores. Carlos Cossio ha destacado el *significado ontológico* de este formidable llamado de Savigny por el Derecho históricamente vigente, explicando así su papel de fundador de la ciencia jurídica.¹⁴ Por otra parte, las extraordinarias dotes

¹⁴ Cfr. Cossio, C., *La Teoría...*, cit., págs. 20, 32, 61, 138 y pág. 636; *El Derecho...*, cit., págs. 70 y 71; "La valoración...", cit., pág. 39; *Teoría...*, cit., pág. 22.

de pensador y de juristas de Savigny le permitieron llevar concretamente a cabo en su *Sistema de Derecho Romano Actual*, la obra fundamental y de gran envergadura que mostraba con la elocuencia de los hechos la realidad de la ciencia jurídica.

Pero al lado de estos aciertos, la escuela histórica incurrió en graves errores, que conviene puntualizar.

El historicismo de Savigny aparece como la versión jurídica de una tendencia *romántica*, patente en la tesis de que el Derecho emana del espíritu del pueblo (*Volksgeist*) a través de oscuros procesos inconscientes en los que, antes que la razón, interviene el sentimiento y el instinto. Esta mística concepción del alma del pueblo como entidad real es inaceptable. Sólo puede atribuirse a la expresión "espíritu popular" un valor de metáfora para designar la resultante de los espíritus o conciencias individuales. Por otra parte, ya Ihering señaló que la teoría del crecimiento espontáneo del Derecho, según la cual éste se desarrollaría sin esfuerzo ni dolor —como la hierba en la fértil pradera—, no responde a la realidad pues no explica la lucha que se produce contra los intereses creados, lucha en la que interviene la voluntad consciente orientada finalmente. Stammler, por su lado, destaca que la creación revolucionaria de Derecho queda sin explicación dentro de la escuela histórica.

Por lo que hace a la teoría de las fuentes del Derecho, ya hemos explicado que la escuela histórica exalta el valor de la costumbre —expresión espontánea de espíritu popular— relegando a la ley a un papel secundario. Esta tesis, si bien es exacta en relación a pueblos que se encuentran en un estado primitivo de desarrollo, no refleja ni con mucho la situación actual de la mayoría de los países civilizados, que se rigen primordialmente por leyes y códigos.¹⁵

Cabe destacar también, que la escuela histórica no acierta a dar cuenta de la esencia de lo jurídico, a elaborar un *concepto* del Derecho. Por cierto que le corresponde el mérito enorme de haber señalado a la *experiencia del Derecho* históricamente dado como el *dato*, el punto de partida inexcusable para todo intento de definición del Derecho. Este certero golpe de vista de Savigny le acercó a tal punto a la esencia de lo jurídico que, pese a no haber definido en ningún momento esta esencia, a no haber formulado el concepto del Derecho, sin embargo, a partir de él, no queda ninguna duda a los juristas sobre cuál es su objeto de estudio: el Derecho tal

¹⁵ Refiriéndose a la generalización alcanzada por el movimiento codificador en Europa, Gierke señaló hace ya tiempo que significaba el singular fenómeno de la "victoria material" de la escuela del Derecho Natural, después de su derrota formal (GIERKE, Otto, *Naturrecht und Deutsche Recht*, Frankfurt, 1833, pág. 24).

como se da en la experiencia, vale decir el *derecho positivo*. Y esta visión genial del sabio de Berlín —que Cossio denomina “*ontologización*” del derecho positivo— es la que permite la fundación de la ciencia jurídica moderna sobre dicha base, en la que van a coincidir con la escuela histórica todas las corrientes ulteriores, comenzando por el positivismo en todas sus manifestaciones. Pero la escuela histórica no alcanza en ningún momento a explicitar este acierto prematuro en una verdadera definición del Derecho. En su lugar aparece la metafísica del “*espíritu del pueblo*”, con la que no se hace sino oscurecer el excelente punto de partida ganado y eludir la verdadera tarea filosófica sobre el tema.

En cuanto al *problema deontológico* o valorativo del Derecho, la escuela histórica exhibe otra serena deficiencia, pues pretende superarlo afirmando que el único criterio de justicia está en la conciencia jurídica histórica, en el espíritu popular de cada pueblo. Pero Savigny no se limitó a ver en el Derecho un objeto real, que está en la experiencia —lo que era correcto— sino que lo consideró como algo bueno en sí: los ideales de justicia serían inasequibles a la mente teórica y a los métodos racionalistas; su expresión la hallamos en el Derecho histórico de cada pueblo y de cada época. De allí que existan tantas formas de ideales jurídicos como pueblos y momentos históricos. En otros términos el Derecho, por lo mismo que surge de la conciencia popular, no puede ser distinto e lo que es. Se exalta así, sucesivamente, a la historia y a la vez se la deforma considerándola como un proceso orgánico cuya evolución está presidida por fuerzas vitales con carácter de fatalidad.

Hugo y Savigny, como ya indicamos más arriba, tuvieron el gran acierto de llevar la distinción kantiana entre *forma* y *materia* de la experiencia científica natural ¹⁶ al campo del Derecho. Sostuvieron que en toda relación de Derecho había una *materia* —un conjunto empírico, o sea un elemento de hecho, material, plásticamente regulable—, y una *forma* —la norma reguladora de esta relación—. La escuela histórica ponía en crisis de este modo los fundamentos mismos de la escuela clásica de Derecho Natural, que propugnaba la existencia de un sistema jurídico absoluto, invariable en el tiempo y en el espacio ya que, según ese análisis de la experiencia *sólo la forma normativa podía señalarse como un elemento invariable* de la misma; en cuanto al *contenido material*, necesariamente se trata en todos los casos de un elemento *variable y contingente*. Pero el análisis de los datos jurídicos que ensayó Savigny, sin ser del todo inexacto, padecía de una *grave insuficiencia*: el no haber advertido que, en el dato jurídico, *además* de un ingrediente normativo formal y de

un ingrediente material contingente, había un *ingrediente axiológico*, a la vez *material y necesario*. Toda proposición jurídica significa, siempre, un punto de vista sobre la justicia, el orden y la seguridad. Toda teoría del Derecho que lo olvide no puede llegar sino a resultados trunfos e insatisfactorios, como efectivamente sucedió con la escuela histórica, con la dogmática y con el positivismo a ultranza del siglo XIX, que se atenea al hecho de la ley ¹⁷. *Este déficit del historicismo, y de todo positivismo avalorativo, explica que la idea iusnaturalista renazca una y otra vez en la historia del pensamiento* bajo nuevas formas y con otras vestiduras, después de cada derrota aparentemente decisiva. Mientras la teoría jurídica no afronte con toda honestidad el dato de la *valoración jurídica* —con el que tiene que manejarse constantemente el abogado, el juez y el jurista— no quedará superada esta oposición en las ideas jurídicas.

Finalmente, resta por aclarar cómo el historicismo de Savigny, que se definió como un acercamiento a la experiencia histórica, real, desembocó paradójicamente en una posición dogmático-conceptista, esto es, racionalista, logicista. Esto se debe a que, si bien Savigny entendió que el objeto de estudio de la ciencia jurídica, esto es, el Derecho, es un objeto empírico e histórico, implantó para el estudio de dicho objeto un método no empírico sino lógico-racional ¹⁸. Un factor decisivo de esta desviación dogmática y conceptualista —apartada del historicismo que constituía toda una declaración de principios— se encuentra en una circunstancia especial: la recepción del Derecho Romano, cuyos textos regían con enorme prestigio en tiempos de Savigny. El Derecho Romano vigente en Alemania era, al fin de cuentas, el que surgía de la recopilación de Justiniano, especialmente del *Digesto*. Se trataba, en suma, de textos, de palabras o leyes aceptadas en forma dogmática, de una vez para siempre, y no de la indignación histórica acerca del espíritu del pueblo y de las costumbres que cabía esperar de la escuela. De aquí que apareciesen los textos, las palabras, como el sustrato del que se debía extraer el sentido jurídico —todo ello en forma muy semejante a como ocurrió en Francia con el Código Napoleón y la escuela de la exégesis—. El sentido de las palabras obviamente lo constituyen significaciones, conceptos, por lo que se hace visible la derivación racionalista de la escuela ya que fundamentalmente —pese a sostener que el Derecho es un objeto de la realidad— trabajó con conceptos —entes de razón— tal como surgían de los textos romanos ¹⁹.

¹⁷ AFTALÓN, E. R., *Crítica...*, cit., pág. 126.

¹⁸ COSSIO, C., *Teoría...*, cit., pág. 26.

¹⁹ VILANOVA, J., *Idea...*, cit., nota 6.

¹⁶ Sobre el pensamiento de Kant, ver *supra*, 9.7.

10.3. LA CONSTITUCIÓN DE LA CIENCIA JURÍDICA DE FRANCIA: ESCUELA DE LA EXÉGESIS. EXAMEN CRÍTICO

La escuela exegética nace en Francia con motivo de la codificación napoleónica del derecho privado y tiene un largo desenvolvimiento durante todo el siglo XIX, perdurando en algunos representantes hasta la actualidad. El iuspositivismo aparece en ella en forma ingenua y dogmática (y no temáticamente y en forma polémica contra el antiguo iusnaturalismo como en la escuela histórica). Ello, unido a la estrechez filosófica de sus miras, hace que su gravitación universal no pueda parangonarse a la que ha ejercido la *escuela histórica* alemana en el pensamiento jurídico moderno. Sin embargo, la importancia de sus grandes obras y el papel activo que ha ejercido lógicamente en el campo del derecho privado —al menos en todos los países en que se llegó a la codificación civil siguiendo los pasos del Código francés (entre ellos el nuestro)— le asignan un lugar de honor en la historia de la ciencia jurídica moderna.

Para la escuela de la exégesis el Derecho es la *ley escrita*. Podríamos decir que se retoman las cosas (con otra hondura y otra sistematización) en el punto en que dejaron los glosadores y posglosadores antes del gran florecimiento iusnaturalista²⁰. Lo que para los glosadores era el *Corpus Iuris Civilis* de Justiniano, fue para los exégetas el Código Napoleón. La exégesis consiste en el estudio directo, principalmente analítico, de los textos legales.

Para la escuela de la exégesis el principio iuspositivista, toma la forma de un positivismo avalorativo, estatal y legalista:

—*positivismo avalorativo*: no hay más Derecho que el que se encarna en la ley, considerada como un hecho o suceso, con criterio crudamente naturalista, "positivista".

—*estatal*: el derecho positivo emana del Estado;

—*legalista*: el Estado establece el derecho positivo por una sola vía o fuentes: la ley.

Como consecuencia de ese dogma: 1º) se niega todo valor de Derecho a la costumbre; 2º) se niega al juez toda labor creadora (debiendo limitarse por vía de un razonamiento deductivo a *aplicar* el Derecho que ya está hecho en la ley); y 3º) se circunscribe la acción del jurista como intérprete a: a) sacar las consecuencias que lógicamente están incluidas ya en los textos legales; b) acudir, en caso de necesidad, a la *intención del legislador*, como último recurso para suplir la oscuridad o deficiencia del texto legal desnudo.

²⁰ Ver 9.3.3., Escuela de los glosadores y posglosadores.

Tanto para los exégetas como para los representantes de la dogmática alemana y la jurisprudencia de conceptos, el punto de partida son palabras, los textos del Código Napoleón o del *Digesto* de Justiniano, respectivamente; las palabras expresan pensamientos, conceptos. Pero aquí divergen las escuelas, pues mientras para la escuela francesa dichos conceptos tienen un sentido eminentemente psicológico —son los pensamientos realmente pensados por el legislador concreto que constituye el correspondiente poder de un Estado estructurado de acuerdo al principio de la separación de poderes—, para la escuela alemana, en cambio, los conceptos tienen un sentido eminentemente lógico: son pensamientos que se han desprendido por completo del acto real y concreto de pensarlos y conservar, no obstante, su puro significado lógico como menciones, independientemente del ánimo real y efectivo que haya podido tener, en su hora, el legislador real y concreto (Justiniano, p. ej.), que los sancionó. Para la escuela conceptista alemana ninguna importancia tienen los hombres o el hombre que desempeñe efectivamente el papel de legislador: legislador es solamente el punto de partida de un sistema de normas o conceptos que se aceptan dogmáticamente. Fuera de esta acepción dogmática ningún papel juega esa figura en el estudio del Derecho. Para la escuela francesa, por el contrario, las palabras de la ley expresan o traducen el pensamiento del legislador y su voluntad y estos últimos constituyen la "mente", "*ratio*", o "espíritu" de la ley al que es preciso acudir ante cualquier oscuridad o deficiencia de las palabras de la misma.

Bonnetas distingue tres períodos en la escuela de la exégesis: *fundación* (1804-1830), *apogeo* (1830-1880) y *decadencia* (1880-1900). Menciona como representantes del primero a Delvincourt, Proudhon, Toullier, Melville; del período de florecimiento a Duranton, Aubry y Rau, Marcadé, Laurent, Troplong, etcétera, y del último período a Baudry-Lacantinerie y a Guillaud²¹. No debemos nosotros olvidar a Pothier, preexégeta, verdadero precursor del pensamiento jurídico francés moderno, y a Demolombe, que figura sin desmedro entre los más grandes maestros de la escuela.

Examen crítico. Pocas corrientes del pensamiento jurídico científico han sufrido ataques más acerbos y concluyentes de la escuela que la exégesis. Ello no obstante, en Francia dominó el pensamiento jurídico durante casi todo el siglo XIX, al punto que recién a principios del presente siglo François Gény, fundando la *escuela de la libre investigación científica*, superó los métodos exegéticos. Se critica a la escuela de la exégesis

²¹ BONNETAS, Julien, *L'École de l'Exegesis en Droit Civil*, París, 1924, citado por HERNÁNDEZ GIL, A., *op. cit.*, pág. 56.

sis, entre otras razones, por la inmovilidad social y por su desduido de los aportes de la jurisprudencia. Todos estos reproches exactos se pueden aplicar también a la llamada *jurisprudencia de conceptos*, con la cual la escuela de la exégesis guarda algunos puntos de contacto. Sin embargo, hay defectos propios de la exégesis: en el plano de los métodos de interpretación, ella se limita a un análisis de los textos muy apegados siempre al *método gramatical*. En cambio, la escuela alemana de la jurisprudencia conceptual lleva a cabo operaciones lógicas de más envergadura, sistematizando y recomponiendo textos dispersos, operaciones que culminan en la *construcción jurídica*. Por otra parte, el Código Napoleón, cuya sanción relativamente reciente manifestaba la voluntad del legislador en una forma actual, daba a la escuela de la exégesis una libertad mucho menor para su tarea interpretativa de la que dejaba a los pandectistas germanos el *Digesto* de Justiniano.

Pese a todas las críticas y a su formal derrota en el terreno científico, la postura exegetica renace con una vitalidad notable toda vez que los juristas se encuentran en una situación semejante a la que constituyó el punto de partida de la escuela: una ley recientemente promulgada por el Estado. Es que, como ocurrió a la escuela de la exégesis, el dogma positivista, en su más estrecha fórmula de estatismo y legalismo, es todavía un supuesto mental corriente entre los hombres de Derecho. La escuela de la exégesis tiene aún hoy una influencia muy grande, mucho mayor de lo explícitamente confesado, especialmente en el campo del derecho civil.

10.4. ESCUELAS MODERNAS

10.4.1. Jurisprudencia de intereses

El precursor: Ihering. Rudolf von Ihering es, indudablemente, una de las figuras más extraordinarias de la ciencia jurídica. Su nombre está ligado a la escuela histórica. Aparece además como representante eminente de la dogmática, cuyos métodos escribe en el *Espritu del Derecho Romano* (v. 10.2.4.). Pero el espíritu brillante e inquieto de Ihering no le permitió contener su pensamiento en el juego conceptual de la dogmática. El mismo declara que, fiel en su juventud a los principios formalistas, se convenció con el tiempo de su falsedad²². En las partes finales de su obra mencionada define el derecho subjetivo como un "interés jurídicamente protegido", definición en la que ya transparenta lo que se había de hacer tema en *El Fin en el Derecho*: la noción de finalidad o teleosis (teleología).

²² Cfr. IHERING, Rudolf von, *La Voluntad en la Posesión*, citado por HERNÁNDEZ GIL, A., op. cit., pág. 119.

De esta noción surge el denominado *método teleológico* y, con algunas variantes, la escuela que recibió el nombre de *jurisprudencia de intereses* (Max Rummel, Felipe Heck, Schwinge, Grunhut, etc.)²³.

La especificación del movimiento como *jurisprudencia de intereses* se hace remontar al año 1889, en que Heck publica su obra *La Aversión Griega*. Aparece la escuela en estrecho contacto con el derecho privado y, en oposición al conceptualismo, trata de aproximar la ciencia jurídica a la vida suscitándolo del reino de la abstracta lógica. La verdadera materia jurídica, en derecho privado, es el *interés* de los particulares. Los intereses son económicos, artísticos, científicos, etcétera. En su manipulación de las normas y conceptos jurídicos el jurista no debe desentenderse de los resultados a que conducirá su interpretación: antes bien, su verdadera misión consiste en un *cálculo de los intereses* en conflicto. Los conceptos generales quedan relegados a una misión de mero ordenamiento.

Con la jurisprudencia de intereses se inicia, pues, la reacción doctrinaria contra la ciencia jurídica dogmática racionalista imperante, reacción que sirve de común denominador a las llamadas *escuelas modernas* en general. Esta reacción se opera, en términos generales, invocando la necesidad de aproximar la ciencia del Derecho a las necesidades y problemas de la vida, alejándola de las abstractas regiones del pensamiento y de la lógica. Nótese, sin embargo, que este ataque contra el racionalismo no alcanza al principio *iuspositivista*, sólo que éste se dirige a la realidad y no a las normas. En algunas escuelas la reacción antirformalista sufrió la influencia de la sociología, dando lugar a un verdadero positivismo sociológico. Es lo que ocurrió en Francia con el solidarismo y en los Estados Unidos con la escuela sociológica.

10.4.2. Solidarismo

La influencia sociológica, que se encuentra insinuada en la jurisprudencia de intereses, se manifiesta abiertamente en el denominado solidarismo fundado en Francia a principios de este siglo por León Bourgeois (1851-1925)²⁴ y, sobre todo, por el gran jurista León Duguit (1859-1928) cuyas obras *L'Etat, le Droit Objectif et la Loi Positive* (1901) y *Le Droit Social* alcanzaron una gran repercusión.

El punto de partida de Duguit es la filosofía positiva de Augusto Comte. Para Duguit el Derecho es una rama de la sociología. Duguit es, pues,

²³ Cfr. AFTALIÓN, E. R., *Crítica...*, cit., pág. 234.

²⁴ León Bourgeois publicó, en 1902, *Essai d'une Philosophie de la Solidarité*, pero se trata más bien de una obra de economía política social y no de Derecho.

uno de los muchos que suma sus voces por una ciencia del Derecho más aproximada a la vida social, pero en este clamor llega a extremos inaceptables. Consecuente con su principio de ver al Derecho en los hechos sociales, Duguit introduce una distinción entre reglas *normativas* y reglas *consecutivas*. Estas últimas son lo que tradicionalmente se llaman normas positivas (*ley*); en cuanto a las reglas *normativas*, ellas son las que representan verdaderamente el Derecho (es decir, los *hechos sociales*). No se trata aquí de un mandar un individuo a otro, sino de un *estatuto* que obliga a todos por igual. El contenido y fundamento de estas reglas normativas lo constituye en primerísimo lugar la *solidaridad*, es decir la interdependencia social que constituye el hecho fundamental de toda sociedad. Todos los individuos tienen conciencia de este sentimiento de sociabilidad. La regla normativa postula, en su enunciando más general, el principio de que no hay que hacer nada que atente contra la solidaridad social. Esta doctrina lleva a Duguit a consecuencias "revolucionarias" en el Derecho, como por ejemplo la de negar la existencia de "derechos subjetivos", pues ante el derecho objetivo (único existente) los particulares no tendrían derechos sino "obligaciones". Consecuente también con estas ideas, el "derecho" de propiedad se transforma para Duguit en una "función social", expresión difundida que ha hecho fortuna e incluso ha encontrado eco en la legislación.

Crítica. El pensamiento de Duguit es atractivo por el vigoroso ataque que lleva a la posición tradicional y por la sencillez y claridad de que hace gala. Pero no resiste el más somero examen crítico. Su "positivismo de los hechos sociales" —relegando a la ley como regla *constructiva* a un mero procedimiento técnico tendiente a realizar el Derecho contenido en la regla *normativa*— no da la importancia debida, en la definición del concepto del Derecho, al hecho de la fuerza, de la coacción. De este modo su sistema desemboca subrepticamente en una suerte de Derecho Natural cuyo contenido es la *solidaridad social*. La diferencia con el Derecho clásico reside en que mientras éste era individualista, el de Duguit, disfrazado de positivismo, es colectivista, socialista. De aquí la pretendida desaparición de los derechos subjetivos, cosa ininteligible, puesto que el escamoteo de estos elementos normativos, formales y apriorísticos —tal como los hemos visto— no tiene sentido alguno. En realidad se trata de un ataque que aspira a impugnar la asignación de un contenido ideológico individualista a dichos derechos subjetivos, pero que no puede destruirlos en cuanto conceptos puros integrantes de la norma jurídica.

La crítica de Duguit, discípulo de Comte, nos ilustra sobre el peligro de la deformación a que es proclive el positivista cuando se desliza en él un presupuesto, un prejuicio cualquiera, pues ello es precisamente la ne-

gación del principio. En el caso del solidarismo, su presupuesto, no suficientemente clarificado radica en sostener: 1º) que el derecho es un hecho social cuyo estudio pertenece a la sociología; 2º) que ese hecho es la *solidaridad*.

10.4.3. Movimiento del derecho libre

En el siglo XIX se extiende la reacción general contra los postulados y los métodos de las escuelas clásicas dogmáticas iniciada en el siglo anterior. Dicho movimiento tiene diversas direcciones y figuras representativas tanto en Francia como en Alemania, pero siempre exhibe como denominador común el postulado de que el Derecho no se limita a las normas dadas por el legislador o autoridad determinados (Estado). Se admite a la ley o la norma estatal como fuente de Derecho, pero *junto* a ella, o aun por *encima* de ella, se colocan factores naturales o sociales que el jurista debe tener muy en cuenta.

Se ha interpretado en muchas oportunidades este movimiento como una "resurrección del Derecho Natural", pero en realidad la expresión no aclara la índole del proceso ya que entonces habría que hablar de un "Derecho Natural en forma modificada"²⁵. En verdad, lo característico es la caída del *dogma estatista* (el Derecho emana del Estado) y por lo tanto del *positivismo legalista, exegetico* (el Derecho es la ley) y, en términos generales, del *positivismo racionalista, dogmático* (el Derecho son las normas emanadas del Estado). Este ataque al dogma del *positivismo estatal* se hace, ora ampliando con el apoyo de la filosofía la perspectiva de los juristas hasta hacer ver que la ley no es nada más que una *construcción* que descansa sobre un subsuelo de *datos* previos y fundamentales (Gèny) de cuya investigación no puede desentenderse el jurista; ora mostrando sencillamente cómo el pueblo vive su Derecho al margen del Derecho estatal (como en la escuela del derecho libre alemana). De modo que lo que caracteriza en general al movimiento del derecho libre es la liberación del jurista del estatismo y, por tanto, la liberación del intérprete de la sumisión absoluta a los textos legales, que incluso podrá dejar de lado en ciertas oportunidades.

En el "movimiento" del derecho libre se engloban, sin contornos muy definidos, todas, o casi todas, las escuelas científicas modernas antidogmáticas. Constituye así un movimiento actual y vivo, en la misma medida en que subsisten en la ciencia jurídica la tendencia dogmática y la patente

²⁵ La expresión es de KANTOROWICZ, Germán, "La lucha por la ciencia del Derecho", en *La Ciencia del Derecho*, Buenos Aires, 1949, pág. 332.