



Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM

www.juridicas.unam.mx

www.derecho.unam.mx



NINO, Carlos Santiago, *Consideraciones sobre la dogmática jurídica*. México, UNAM. 1974, 116 pp.

En el capítulo I llamado *¿Es la dogmática jurídica una ciencia?* Carlos Santiago Nino presenta una atractiva exposición sobre la dificultad de la aplicabilidad de la palabra ciencia en razón de que este vocablo constituye un caso de ambigüedad denominado de proceso-producto. La palabra se usa para significar tanto a la actividad como al producto de esta actividad. Esta dificultad se acrecenta en virtud de que la palabra posee un significado vago en dos sentidos: por un lado, las características definitorias aparecen en los objetos como un continuo y los usos semánticos no determinan la medida o cantidad que debe presentarse para la aplicación de la palabra ciencia. Por otro lado, las características que hacen posible la aplicación de la palabra ciencia no son, individualmente consideradas, suficientes o necesarias para recibir el nombre de ciencia. Destaca Nino el significado emotivo de la palabra, haciendo alusión al problema que originó el trabajo de Julius Hermann von Kirchmann sobre si la Jurisprudencia es o no una ciencia.

En el capítulo II denominado *¿Es la dogmática jurídica "dogmática"?* expone Nino un tema que, a nuestro juicio, es bastante ignorado por los dedicados a la

ciencia del Derecho, consistente en determinar el carácter con que es aceptado el Derecho positivo, esto es, la manera como el jurista acepta el Derecho. Carlos Santiago Nino se pregunta si esta aceptación es dogmática o es una aceptación racional. Para llegar a encontrar una solución al respecto el autor hace, como el mismo lo dice, una discreción previa relativamente extensa que comienza con una exposición del jusnaturalismo y del positivismo jurídico referente concretamente al problema de la aceptación. Dentro del sistema del jusnaturalismo se destaca la idea de que la aceptación del Derecho positivo era una aceptación racional en virtud de su coincidencia con los presupuestos auto-evidentes del Derecho natural, particularmente el Derecho natural teológico. En cambio en el caso del positivismo el Derecho positivo tenía una aceptación dogmática en tanto cuanto que se aceptaba por el simple hecho de ser Derecho.

Estas dos posturas bastante distintas y antagónicas coincidieron a juicio de Carlos Santiago Nino cuando el desarrollo del Derecho natural moderno llegó a la concepción de que el Derecho natural no sólo consistía en máximas generales sino que también podía ir al detalle de las hipotecas, a las sucesiones, al derecho de familia, etcétera, es decir, una invasión completa a la actividad legislativa. Esto dio como resultado que se produjera un Derecho ideal al lado del Derecho positivo.

Señala Nino que esta actitud influyó de una manera decisiva en la codificación de los siglos XVIII y XIX. El sistema jurídico ideal que existía en contraposición al orden positivo pasó a concretizarse en forma legislativa. Este hecho trascendental modificó la actitud de los jusnaturalistas hacia el orden positivo puesto que con él aceptaba el nuevo orden racional ante la idea de que correspondía a las máximas de la naturaleza racional del hombre. De esta manera los revolucionarios, creadores de esta codificación, se convirtieron, al ver completados sus ideales, en los más severos conservadores. Así nació la escuela exegética y la actitud reverente ante el Derecho escrito.

Años después se desarrolló la idea de que no todo estaba dicho en los códigos y, que por tanto, la actividad jurisprudencial era también relevante. El conceptualismo jurídico así como la escuela del Derecho libre y la jurisprudencia de intereses marcaron críticas severas a esa concepción exegética. Estas nuevas corrientes explicaron que la sentencia judicial no es la conclusión de un silogismo puesto que, primeramente no todo se encuentra previsto y que, además, el juez dicta una sentencia como resultado de la apreciación de una serie de factores, etcétera. Sin embargo —nos dice Carlos Santiago Nino— este tipo de críticas no fueron suficientes para alterar sustancialmente la adhesión de los juristas a los principios básicos asentados por la exégesis consistente en la alabanza a la ley, el sometimiento a la ley, el sometimiento a la ley (*lex est lex*). Esta actitud de alabanza al Derecho legislado se mantiene constantemente en nuestros días y constituye —dice el autor— una característica distintiva de la labor dogmática del jurista.

En el apartado cuatro de este capítulo Santiago Nino expone el muy interesante problema de la aceptación dogmática del Derecho positivo haciendo notar que al lado del jusnaturalismo abierto que descalifica como Derecho al orden positivo cuando éste no cumple con ciertos cánones valorativos, se encuentra un jusnaturalismo encubierto y conservador que juzga todo orden coactivo como portador de determinados valores positivos. A esta actitud se le ha denominado positivismo ideológico o pseudo positivismo proceder que Santiago Nino expone con detalle y abundancia de ejemplos.

Volviendo al tema principal de la aceptación del Derecho positivo, Carlos Santiago Nino dice que la aceptación del Derecho positivo por parte de los juristas tiene características específicas porque consiste en avalar lo que otra persona ha prescrito; a este lo llama una prescripción enfática.

El jurista dogmático subraya Nino no tiene como función central describir o predecir los fallos judiciales sino, simplemente, se trata de avalar la actividad de un órgano creador del Derecho; el jurista dogmático realiza una actividad que tiende a indicar a los órganos jurisdiccionales cual es la solución correcta para un caso genérico. Ante esa situación Carlos Santiago Nino se decide por pensar que la aceptación del Derecho, por parte del jurista es una aceptación dogmática y no simple hecho de estar frente a un orden positivo. Así fue constituyéndose, pues, la ideología positivista o pseudo-positivismo que describen claramente Norberto Bobbio y Alf Ross.

No obstante lo anterior esto no quiere decir que el jurista dogmático deba tener la misma ideología contenida en el Derecho vigente o que la ideología de los juristas dogmáticos coincidía con la ideología que se manifieste en el Derecho legislado. Es obvio que entre los juristas puede haber una gran cantidad de divergencias ideológicas, pero lo cierto es que los dogmáticos, generalmente, estiman conveniente, como un importante ideal de su actividad, dejar al lado sus opiniones personales cuando realizan esta actividad, es decir, "describir" el Derecho de una manera "objetiva", sin embargo demuestra con claridad Nino esta "descripción objetiva" encierra casi siempre, directivas (órdenes encubiertas dirigidas a los jueces para que apliquen el Derecho positivo tal y como "es", es decir, tal y como ellos estiman que es de acuerdo con el Derecho legislado".

De manera que, de acuerdo con Nino, aún en los juristas más revolucionarios en relación al orden vigente, se advierte que consideran altamente valioso que el Derecho positivo por parte de los juristas no impide —dice Nino— que éstos, por vía de estos Derechos, es decir, busquen la adecuación del Derecho legislado a determinadas pautas que establezcan soluciones valiosas para nuevos lugares, nuevas circunstancias y nuevos problemas. Esta función de composición o reformulación del Derecho que aparentemente es incompatible con la aceptación dogmática del Derecho positivo se concilia con ella en virtud de que los juristas recurren a diversos procedimientos retóricos para ocultar el carácter *original* de su opinión tratándola de conciliar con la idea del respeto al Derecho positivo haciéndola parecer como si derivara de algún principio que, de alguna forma u otra que estuviera ya incorporado en el orden positivo.

En el apartado número cinco se expone el tema de *Kelsen y la reconstrucción de la ideología dogmática*. Al respecto Carlos Santiago Nino opina —siguiendo muy de cerca las ideas de Alf Ross— que Kelsen ha racionalizado las bases ideológicas de la dogmática jurídica y ha logrado hacer explícitos muchos de los supuestos que siempre han permanecido latentes en la labor de los juristas, Carlos Santiago Nino considera que en relación a la aceptación del Derecho Kelsen se coloca dentro de los positivistas ideólogos que consideran que el Derecho positivo vale por el hecho de ser positivo y que de esta idea de positividad del Derecho se deriva el deber de obedecerlo. En la medida en que la validez en Kelsen representa la fuerza obligatoria de la norma sucede —según Nino y Ross— que los individuos deben comportarse conforme a esa norma. Esto es, se hace derivar del concepto de validez —así entendido— el deber de obediencia al Derecho positivo. Esta idea

conduce a Nino a pensar que Kelsen sigue la tendencia de la jurisprudencia dogmática de aceptar el Derecho positivo por el simple hecho de serlo. A efecto de demostrar estas afirmaciones sobre la aceptación dogmática de Kelsen Nino transcribe los argumentos de Alf Ross donde se trata de destacar la idea de que la norma fundamental hipotética es una manifestación de la aceptación de la voluntad general. En este momento Carlos Santiago Nino reproduce los argumentos de Ambrosio Gioja quien considera que la norma fundamental hipotética no es más que una voluntad presupuesta y general que hace posible la objetividad y la validez o fuerza obligatoria de las normas jurídicas. De allí deriva Kelsen la validez de las normas; por tanto, según Nino, Kelsen continúa adherido a las ideas dogmático-jurídicas de la aceptación del Derecho positivo como manifestación de la voluntad general. Es, en este aspecto en que la teoría kelseniana constituye una continuación de la ideología básica de la dogmática jurídica, tal y como lo expone el racionalismo del siglo XVIII, en que la voluntad general se expresaba a través de parlamentos populares.

En el capítulo III, titulado: *La reformulación del sistema legislado mediante la interpretación dogmática* Carlos Santiago Nino explica con gran claridad que, pese a la adhesión dogmática del Derecho positivo, los juristas conservan, en un plano subyacente la función de modificar el sistema positivo.

Comienza esta demostración ejemplificando con la búsqueda de la acción que se describe en los tipos penales; para tal efecto utiliza, primeramente, el artículo 79 del Código penal argentino que se refiere a la acción de matar. En este caso —dice Nino— no hay ningún problema en la búsqueda de la acción descrita. Sin embargo, contrariamente a este tipo sencillo existen otros tipos penales que describen un conjunto de acciones, o acciones en disyunción, que hacen difícil la búsqueda de la acción típica como el que encuentra en el artículo 169 segunda parte del Código penal argentino. Ahora bien, el jurista dogmático tiene como tarea observa Nino la búsqueda de la “verdadera” acción típica descrita por el legislador. Nino cita los trabajos de varios juristas a efecto de demostrar cómo estos autores, si bien adheridos dogmáticamente al sistema del Derecho positivo, tratan de reformularlo al buscar la “verdadera” acción que se encuentra contenida en el tipo.

El autor toma también como ejemplo el artículo 173 del mismo código penal antes de la entrada en vigor de la ley 17567 en que la acción típica la constituye la retención indebida. Sin embargo los autores de la especialidad han entendido o “descrito” la “verdadera” acción típica como una apropiación, etc., aquí también demuestra Nino de qué manera los autores han buscado la posibilidad de reformular el Derecho si bien se hayan adherido dogmáticamente al Derecho positivo.

Carlos Santiago Nino demuestra perfectamente que la búsqueda de la acción descrita es una inconsciente formulación o reformulación del Derecho positivo. Encuentra que la actividad del jurista en esa vana búsqueda “esencias” o “naturalezas jurídicas”, significados verdaderos o voluntad del legislador, etc., se debe a una falta de comprensión del funcionamiento del lenguaje y de su relación con la realidad.

De acuerdo con Carlos Santiago Nino lo que se considera “esencia” o “naturaleza” de una cosa o fenómeno consiste simplemente en el significado del término que utilizamos para nombrarlo. En los dos ejemplos que desarrolla Carlos Santiago Nino se hace patente una concepción utilizada por la dogmática, que consiste en pretender que los tipos penales indican acciones que pueden ser identificadas por medios *distintos* a los significados por los nombres o descripciones que el tipo contiene. Se

trata de significar una acción típica con independencia de los instrumentos del legislador, es decir, mediante otros signos, construcciones o implicaciones que le son ajenos.

Así, por ejemplo, cuando en un tipo penal el legislador indica una conjunción de acciones los penalistas hacen de una de las acciones la principal, o núcleo del tipo y hacen de las otras unas simples acciones periféricas o acciones secundarias de la principal. Esto demuestra que no utilizan los instrumentos que el legislador usa para la descripción de la acción típica sino una gran cantidad de elaboraciones ajenas con objeto de buscar en ese "Derecho positivo" la solución que encaja de acuerdo a su reformulación. Así pues, de acuerdo con Nino la verdadera actividad de la *sogmática* jurídica consiste en encontrar un determinado significado que sugiera al juez la manera de aplicar el Derecho legislado, actividad que conduce, propiamente, a una reformulación del sistema legislado.

Carlos Santiago Nino considera que la actividad de la *dogmática* jurídica cumple funciones extraordinariamente relevantes puesto que va produciendo un cambio continuado del Derecho positivo. Cuando un legislador, por ejemplo, ha significado acciones conjuntivas en un tipo penal y cuando los juristas *dogmáticos* han interpretado que estas acciones no son propiamente del mismo nivel sino que unas son principales y otras secundarias, resulta, de acuerdo con la *dogmática* jurídica, que el autor del acto típico penal es aquel que realiza la acción principal y no el que realiza las acciones secundarias. Gracias a esta distinción se han podido construir las teorías sobre la *complicidad*, la *participación delictiva*, la *coactoría*, etc.

En fin, de esta interpretación o significación *dogmática* de los tipos penales se derivan consecuencias bastante constructivas que completan o transforman el Derecho positivo, es decir los juristas *dogmáticos* participan en la formulación o transformación del Derecho positivo derivando consecuencias normativas de significaciones distintas a las usadas por el legislador. Es justamente en la significación que la *dogmática* da a la acción penal descrita en el tipo donde reside la reformulación del Derecho positivo. Así pues de acuerdo con Carlos Santiago Nino, puede decirse que los resultados que obtiene el *dogmático* constituye una técnica de los juristas que presupone, en la mayoría de los casos, el haber introducido en el sistema del legislador significaciones no incluidas por el propio legislador y que tiene como función latente y subyacente completar el Derecho legislado.

En virtud de que la *dogmática* jurídica está constituida no sólo ni sustancialmente de interpretaciones de la norma jurídica sino además, junto a estas, de construcciones y elaboraciones que trascienden la interpretación de un sistema positivo. Carlos Santiago Nino analiza en el capítulo IV estas construcciones.

Estas elaboraciones o construcciones *dogmáticas* que trascienden la interpretación de un orden positivo son llamadas por los juristas teorías; por ejemplo la teoría del acto de comercio, la teoría del enriquecimiento ilegítimo, la teoría de la nacionalidad, la teoría de la causa en los contratos, etc. A pesar de su "reconocida" finalidad como descripciones del Derecho positivo las teorías *dogmáticas* demuestra Nino poseen realmente una dimensión reformulativa del Derecho positivo, es decir tienen, en cierta medida, un carácter normativo. No es sencillo establecer las causas por las cuales estas teorías normativas se presentan bajo un ropaje descriptivo, sin embargo sucede que una de las formas como la *dogmática* jurídica reformula el sistema legislado, no obstante su decisiva adhesión al Derecho positivo, es mediante estas teorías. Estas teorías *dogmáticas* no van a describir el Derecho positivo (sistema legislado)

bien que esa sea su finalidad "reconocida" o el sentido subjetivo que les proporciona el propio autor sino que, buscando lo que comúnmente denominan la "naturaleza" o la "esencia" de un instituto jurídico, van a modificar el sistema al incorporar elementos no incluidos por el legislador.

Las teorías dogmáticas —dice Nino— que pueden describir al Derecho positivo en la medida en que constituyen sólo términos teóricos. Ahora, bien, los términos teóricos son aquellos que no hacen referencia a ninguna entidad observable sino que se refieren a objetos, fenómenos o procesos que, en principio, son producidos por la teoría, como sucede, por ejemplo, con el campo magnético, etc. Estos términos teóricos no pueden ser entendidos fuera de la teoría que los define si cambia la teoría entonces se modifica en sus términos teóricos. Pues bien, la "naturaleza" o la "esencia" de ciertos fenómenos que explican las teorías jurídicas no son observables en el derecho legislado sino que es deducida y entendida única y exclusivamente en relación inmediata con la teoría que los define y que, prácticamente, los crea.

Sin embargo —dice Nino— las teorías dogmáticas se presentan, habitualmente, como una descripción de "hechos" cuyos autores suponen se encuentran en el Derecho legislado o que son producto de la "voluntad del legislador" o que resultan es la "naturaleza" de la institución. Pero ocurre que estos "hechos" no son verificables experimentalmente, esto es, no se encuentran analíticamente en la descripción del legislador. De la inclusión de estos "hechos" al sistema del legislador se deriva el carácter normativo de la teoría que se encubre detrás de una apariencia descriptiva. Este encubrimiento —dice el autor— no responde, generalmente, a un propósito consciente en los juristas sino a la adhesión sincera a la concepción que acepta dogmáticamente el Derecho positivo. De modo que la elaboración de teorías dogmáticas sirve muy bien para la conservación de la ideología básica de la dogmática jurídica.

Con la inclusión de hechos nuevos al sistema del legislador las teorías dogmáticas, en la búsqueda de la "naturaleza" jurídica de las instituciones, propician un hallazgo de soluciones no establecidas por el legislador. Si bien que sus autores las presenten como implicadas de algún modo misterioso por las disposiciones legisladas. El carácter creativo de la labor dogmática se manifiesta justamente con la deducción de reglas, soluciones o atributos que los autores creen desprender del Derecho legislado y que, a fin de cuentas, son tomados en cuenta por el juez, el administrador y el futuro legislador.

Los autores de Derecho penal, por ejemplo, han elaborado la teoría del bien jurídico protegido sosteniendo, por lo general, que el bien jurídico protegido está siempre implicado en la descripción de un tipo penal. No obstante la diversidad de teorías que explican o que tratan de otorgarle un significado a la expresión de bien jurídico protegido, la dogmática penal considera que todo delito lesiona un bien jurídico. Para la dogmática penal no es concebible un delito que no lesione un bien jurídicamente protegido. El bien jurídico protegido que se lesiona con el delito es, de acuerdo con la doctrina penal, un objeto diferente al objeto material afectado por el delito. Sin embargo —dice Nino— tenemos que considerar que, generalmente, el bien jurídico protegido no se encuentra descrito en la legislación. No obstante esta omisión verificable, todos los autores de Derecho penal lo encuentran implicado o incluido de una u otra manera en la descripción del tipo.

Lo que sucede con el bien jurídicamente protegido es que —dice Nino— constituye

un término teórico que no tiene verificación en la experiencia, esto es, en nuestro caso, dentro del Derecho legislado. Es una elaboración teórica que tiene, aparte de su fin explicativo, una función reformulativa. Así, por ejemplo, la teoría del bien jurídicamente protegido ha permitido explicar dos causas de justificación: el estado de necesidad y el consentimiento del sujeto pasivo. En efecto, la no punibilidad en caso de estado de necesidad supone que a ocasión de un conflicto de intereses desaparezca el bien jurídicamente protegido o que lo desplace otro de mayor jerarquía; asimismo, en el caso del consentimiento del sujeto libremente desprotege al bien que la norma garantizaba. De esta manera, la teoría del bien jurídicamente protegido juega un papel importante en la inferencia de reglas, principios, o soluciones no incluidos en el sistema legislado.

Ahora bien, la fecundidad de una teoría dogmática del Derecho está en relación directa con la mayor o menor posibilidad de aportación o inclusión de reglas y soluciones al sistema del legislador. Puede decirse —de acuerdo con Nino— que la característica principal de las teorías jurídico-dogmáticas consiste en su capacidad para presentar las reglas “incluidas” como si fueran derivadas del sistema legislado. Esto es una manifestación más de la adhesión o aceptación del Derecho positivo, puesto que, no obstante haber ido más allá de lo que analíticamente el legislador estableció, los principios, reglas o soluciones se presentan como contenidas de alguna forma en el Derecho legislado.

En el capítulo quinto Carlos Santiago Nino procede al estudio de lo que él llama el “modelo dogmático del legislador racional”. Sostiene Nino que es también influencia de la ideología dogmática suponer que el legislador posee una gran cantidad de propiedades.

Las propiedades que la dogmática atribuya al legislador son las siguientes: primeramente es singular, no obstante que existan cuerpos colegiados; es, además, imprecedero; en tercer lugar, es único, en el sentido que sanciona todas las normas de un ordenamiento jurídico; en cuarto lugar se tiene como consciente; en quinto lugar, es un legislador finalista; en sexto, es omnisciente; en séptimo lugar, omnipotente; en octavo, justo; en noveno, coherente; en décimo, es omnicompreensivo, es también operativo y preciso; en suma, dice Carlos Santiago Nino, el legislador racional tiene casi todas las propiedades de los dioses teológicos quizá con la única diferencia de que su tarea se agota con la legislación.

Esta hipótesis, se encuentra demasiado lejos de los legisladores reales, mortales, de carne y hueso; sin embargo tiene un papel relevante dentro de la dogmática. Ahora bien, ¿Cuáles son las funciones de la hipótesis de la racionalidad del legislador? En la medida en que el legislador racional no puede ser verificado en el discurso del legislador sugiere Nino que se trata de un término teórico. Es una teoría que permite justificar un conjunto muy amplio de soluciones jurídicas muy propias de la dogmática haciendo compatibles gran cantidad de ideales parcialmente distribuidos dentro del Derecho legislado. De manera que la hipótesis del legislador racional permite atribuir un conjunto diverso de soluciones a una misma voluntad, de la cual *deben* derivar todas las soluciones jurídicas positivas.

La hipótesis del legislador nacional también responde —dice Nino— a razones un poco más profundas pero propias de la dogmática jurídica. Existe la pretensión por parte de los autores, aunque de manera más o menos inconsciente, de que detrás del Derecho debe haber una voluntad de un tipo especial, que no yerra, que siempre es recta, etcétera.

Los autores de dogmática jurídica imputan a esa voluntad la menor cantidad de errores, y, si a veces, se equivoca es solo apariencia puesto que esa voluntad no se contradice es cuestión de encontrar la "verdadera voluntad del legislador". Cuando el autor dogmático interpreta los textos legales produce —dice Nino— una optimización de la ley, es decir, intenta reconstruir a partir de las prescripciones legales las mejores normas posibles desde el punto de vista de la exigencia de las doctrinas moral y política dominantes. De acuerdo con Santiago Nino los juristas no sólo presuponen la racionalidad del legislador sino también le atribuyen determinados conocimientos y ciertas preferencias valorativas. Pero lo que realmente sucede es que el intérprete trata de respaldar sus propias concepciones u opiniones con el nombre de una autoridad: legislador, al Derecho, la justicia, etcétera. Esta función de la hipótesis del legislador racional es indispensable, en ciertos momentos, para la adaptación de las prescripciones legales a las exigencias de la vida social. Por tal virtud, el jurista no habla nunca del legislador de carne y hueso sino de un cierto legislador sabio. Independientemente de lo que manifieste y pretenda el dogmático éste se refiere a un ordenamiento jurídico óptimo e ideal como si hubiera sido realizado por un legislador omnisciente y justo. Ciertamente que el jurista no confiesa que está reformulando el Derecho positivo sino que está simplemente descubriendo su "verdadero" sentido. Esta situación pone de manifiesto la importante labor del jurista consistente en adaptar el Derecho a nuevos ideales racionales.

De la hipótesis del legislador racional se derivan ciertas consecuencias como la de que el orden jurídico no tiene contradicciones, de acuerdo con ello los juristas elaboran gran cantidad de aparatos retóricos a efecto de resolver las posibles contradicciones que se pudieran presentar; así se han elaborado las teorías del principio de la unidad sistemática, el principio jerárquico, el de *lex specialis derogat generalis*, etcétera. La segunda consecuencia, dice Nino, sería de que el orden jurídico es operativo o sea que cada una de sus normas tiene aplicabilidad. La tercera consecuencia sería de que el orden jurídico no tiene lagunas, y por tanto, los juristas buscan los principios que hacen posible la completitud del sistema, principios como la interpretación analógica, etcétera.

Una cuarta consecuencia, señala Nino, consistiría en que el orden jurídico es preciso, es decir, no es ambiguo ni está sometido a vaguedades; de ahí que los juristas incluyan reglas de interpretación que no se encuentran en el Derecho legislado tales como el principio de interpretación auténtica que procede el análisis lingüístico, el principio de la mayoría de razón, la interpretación analógica, los principios generales del Derecho, etcétera. Otra consecuencia —dice Nino— sería de que el orden jurídico es dinámico, es decir, que siempre es posible adecuarlo a pautas valorativas vigentes en el momento de la interpretación. Una sexta consecuencia sería que el orden jurídico es finalista, es decir, que detrás de cada norma existe un acto de voluntad tendente a encontrar una determinada meta. Es por ello que los juristas dogmáticos tratan siempre de encontrar la "voluntad del legislador".

Evidentemente —señala Nino— que entre estas consecuencias, pueden, en ocasiones, surgir conflictos "aparentes", ejemplo: por momentos pueden encontrarse en pugna el principio de vigencia o de operatividad con el de coherencia del sistema; para superar estos conflictos los juristas realizan grandes aparatos retóricos con objeto de hacer "comprensible" la descripción legislativa.

Ciertamente que en la elaboración dogmática el jurista no recurre explícitamente a la teoría del legislador racional, pero Carlos Santiago Nino cree que tal hecho

se debe a que la teoría mencionada está presupuesta tácitamente en el desarrollo propio de la dogmática con un carácter tan obvio y con tan difundida aceptación que se considera innecesario hacerla manifiesta. La adhesión a esta teoría se pone en relevancia en virtud de que la respuesta de la Jurisprudencia dogmática a los problemas que puede plantear la legislación se encuentra siempre basada en ciertos atributos presuntos que posee el orden jurídico y que son consecuencia de suponer un legislador racional. En el capítulo VI Carlos Santiago Nino hace algunas consideraciones generales sobre la dogmática jurídica. Existen —dice Nino— escritores que han hecho algunas observaciones importantes acerca de la labor de los juristas. Estos críticos subrayan en general, el carácter metafísico de muchas proposiciones de la dogmática, principalmente, las vinculadas a concepciones naturalistas. Desde este punto de vista se ha imputado a la dogmática la comisión de una serie de errores y confusiones. Ciertamente, dice Carlos Santiago Nino, los críticos tienen razón; sin embargo, hay razones suficientes para explicar que la dogmática no es un sin sentido. Los abogados, por ejemplo, buscan siempre en las bibliotecas un respaldo dogmático a sus pretensiones; los jueces no sólo justifican sus decisiones en textos legales sino también en opiniones doctrinarias; los legisladores, a su vez, toman en cuenta las opiniones dogmáticas y los profesores de Derecho, en las escuelas, no enseñan simplemente leyes y sentencias sino que divulgan también doctrinas de escritores dogmáticos.

Estos hechos obvios son demostrativos de que la actividad dogmática cumple una función relevante en la vida social y no consiste, opina Carlos Santiago Nino, en un parloteo vano. Es cierto que existe una gran diferencia entre la actividad del jurista dogmático y la actividad científica del teórico del Derecho, pero al certificar estas notorias diferencias no se infiere que la dogmática no tenga también ciertos valores. La actividad de los juristas dogmáticos responde —dice Nino— a una constelación de concepciones sinceras acerca de la naturaleza del Derecho, la mayoría de los grandes dogmáticos considera como ideal de su actividad no crear un Derecho nuevo sino, principalmente, descubrir sus principios implícitos. Para ello los juristas dogmáticos utilizan un variado instrumental en que incluyen teorías sobre la “naturaleza” jurídica de un instituto, la “naturaleza” de las normas, teorías de las finalidades, clasificación de esto o del otro, definiciones, pautas para interpretar las voluntades, principios característicos de determinados sistemas políticos como *nula poena sine culpa*, *non bis in idem*, etc. Este instrumental permite mantener entre ellos mismos y ante los demás el ideal manifiesto de los juristas de describir lo que está implícito en el orden jurídico, pero a este ideal declarado le corresponde realmente la función de reformulación del sistema legislado. Para esta tarea dice Carlos Santiago Nino los juristas dogmáticos no son tan libres, por el contrario, la necesidad de conservar el ideal manifiesto mencionado les impone desarrollar su tarea en sujeción a reglas bastante estrictas. Así, por ejemplo, en el caso de las teorías dogmáticas se advierte que para dar viabilidad a ciertas soluciones normativas no incluidas en el sistema legislado, el jurista dogmático necesita subsumirlas en una teoría normativa, en conceptos teóricos de los cuales harán derivar normas que se consideran implicadas por el legislador.

Señala Nino que las críticas que hacen los científicos y teóricos del Derecho sobre la dogmática son, en general, acertadas sobre todo cuando ponen al descubierto gruesos defectos del aparato conceptual de la dogmática. Sin embargo, Carlos Santiago Nino considera que si bien estas críticas son acertadas en su mayoría, es

necesario revisarlas puesto que debemos tener en cuenta no lo que los juristas dicen hacer sino lo que efectivamente hacen en cuanto a la reformulación del ordenamiento positivo y los procedimientos que utilizan para desarrollar esta actividad no reconocida.

En suma, afirma Nino, a pesar de sus errores conceptuales la labor de los juristas dogmáticos responde a pautas racionales y sus resultados pueden ser evaluados conforme a criterios intersubjetivos.

Rolando TAMAYO Y SALMORÁN
Investigador de tiempo completo del
Instituto de Investigaciones Jurídicas
de la UNAM