

EL DERECHO, ¿ciencia?. Criterios doctrinales.

MARTHA PRIETO VALDÉS.

“Ciencia es siempre y únicamente ciencia de lo universal, permanente; pues de lo individual mudable sólo se da opinión¹. Ella “..es sinónimo de razón y virtudes humanas, pues ningún hombre de juicio obra contrariamente a lo mejor sino que lo hace por ignorancia²”.

I. Algunas posiciones doctrinales acerca del Derecho y su carácter como Ciencia a través de la historia: Savigny y su metodología de la Ciencia del Derecho. Puchta, Ihering, Windscheid y la Jurisprudencia de conceptos. Kirchmann y su concepción acerca de la Ciencia del Derecho. Ihering y Heck y la Jurisprudencia pragmática. Stammler y su crítica al historicismo y al empirismo. Giorgio Del Vecchio y las fórmulas apriorísticas. El modelo de Ciencia jurídica pura de Kelsen. Recaséns Sichés y su Estimativa jurídica ideal. El modelo de Ciencia Jurídica Empírica de Alf Ross. Alchourrón y Bulygin y el modelo de Ciencia jurídica sistematizadora. Calsamiglia y la Dogmática jurídica. El modelo de Ciencia normativa de Carlos S. Nino.

II. Consideraciones.

Ciertamente, mucho se ha escrito acerca del Derecho, de la complejidad de contenidos atribuibles al vocablo, de su carácter científico³ o de mera técnica, que muestran posiciones y definiciones que se han manifestado en dependencia del concepto que se tiene acerca de qué es el Derecho, sus formas de manifestación o fuentes para su aplicación y del valor que se le ha asignado al vocablo de ciencia jurídica⁴.

A lo largo de la historia le han sucedido diferentes posiciones, el Iusnaturalismo racionalista, la Escuela Histórica, el Positivismo lógico y normativista, el Realismo, la Axiología jurídica y otras, las que desde fórmulas excluyentes o combinadas han analizado al Derecho como norma, su resultado aplicativo y las doctrinas que lo sustentan o critican.

Por ello, no pretendo dar definiciones acerca de esta ciencia, sólo me he propuesto analizar algunas de esas nociones doctrinales, de la época moderna, relevantes acerca del Derecho, por la incidencia que han tenido en definiciones jusfilosóficas actuales, necesarias no sólo para la docencia, sino también en los análisis acerca de la interpretación y aplicación del Derecho y de las acciones requeridas a fin de lograr la realización de los valores que subyacen en cada formación social.

¹ SÓCRATES, “Metafísica”, XIII, e, 1087, cfr. por MONDOLFO, R. *El pensamiento antiguo*, I, C. Sociales, La Habana, 1971: 176.

² ARISTÓTELES en un comentario acerca de la noción de Ciencia de Sócrates, cfr. por Mondolfo:176

³ Publicaron acerca de la Ciencia del Derecho, autores tales como, Vico-1725, Wolf-1740, Kant-1797, Savigny-1802-1840, Comte-1830 y Kirchmann, 1848, por citar algunos ejemplos, y en la pasada centuria, fueron relevantes: Kantorowicz-1906, Radbruch-1910, Stammler-1911 y 1928, Geny-1914, Kelsen-1934, Bobbio-1948 y ss, Larenz- 1960, Ross- 1972, Alchourrón y Bulygin, 1971- 1974 y ss, Raz, 1975 y ss, Calsamiglia,-1980, Peces Barba.-1983, Díaz-1984, de Lucas, 1994 y ss, Latorre-1997, Atienza-1985-1997. En América, entre los principales exponentes: Cardozo-1928, Recasens Sichés-1945 y ss, C.Cossio, 1947 y ss, Dourado de Gusmao-1952, Bustamante-1953, Vernengo-1988 o Nino en 1993 y ss.

⁴ Se han empleado términos tales como teoría jurídica, haciendo referencia a elucubraciones doctrinales, o dogmática jurídica para designar una particular modalidad de teorización resultado de posiciones positivistas- y hasta el de Jurisprudencia por considerar que la actividad judicial es científica y limitando el alcance de la Ciencia del Derecho a este círculo de razonamientos.

I.-

A fines del xviii rigió en Europa continental el Derecho canónico con una fuerte carga iusnaturalista tomista, con remanentes del Derecho Civil romano. En contra de ese status imperante se enarbolaron las nociones acerca de la racionalidad del universo, siendo el objetivo del conocimiento científico en ese entonces descubrir las leyes inmutables y universales de la naturaleza, con la convicción de que el hombre poseía los procedimientos adecuados para alcanzar el conocimiento de lo universal, que podría ser sistematizado por la razón humana. Una nueva propuesta de Ciencia apareció sobre el tapiz, un modelo de Derecho científico, el del Derecho Natural, de contenido inmutable y a partir del cual, empleando el método deductivo, podía el hombre descubrir las leyes naturales y universales porque poseía facultades para ello, su razón. Esta mentalidad racionalista se reflejó en la supremacía de la ley, que años más tarde se resumiría en la inalterabilidad de la ley y la codificación de las normas de Derecho, con el predominio de la razón universal sobre la historia, de lo general sobre lo concreto. Pero pronto este resultado de la razón, superior, inatacable e inmutable, constituyó un freno a la actuación del aparato judicial, que era obligado a limitarse a la mera aplicación de las normas del Derecho, sin realizar las consideraciones doctrinales a que estaba acostumbrado.

En oposición se alzaron múltiples voces y escuelas jusfilosóficas, con el argumento de que la Jurisprudencia⁵ era la única Ciencia Jurídica y, no obstante la importancia de esta actividad jurídica creadora de Derecho, se criticó tal concepción porque, en primer lugar, el objeto de estudio de la jurisprudencia no era la ley inmutable de la naturaleza, sino el Derecho positivo contingente; no era la razón la única facultad cognoscitiva que utilizaban los juristas, unido todo ello a que el método empleado para obtener sus conclusiones no era el deductivo⁶.

• **Savigny y su metodología de la Ciencia del Derecho.**

En franca reacción contra el *naturrecht*⁷ y la codificación por considerar que petrificaba el Derecho, que era un obstáculo para su desenvolvimiento se manifestó Federico Savigny⁸, fundador de la Escuela Histórica del Derecho.

Para nuestro autor, en su época de juventud, la materia del Derecho estaba constituida sólo por la ley positiva, por lo que sólo reconoció a la Ley como fuente del Derecho⁹ y limitó la labor del juez a la reconstrucción del pensamiento (claro u oscuro, es igual) expresado en la ley, en cuanto fuera conocible en ella misma¹⁰. En tal situación, el juez sólo debía atender a lo que de hecho el legislador había expuesto, a lo que había hallado en las palabras de la ley según el sentido lógico, el grammatical y el que se infería de la conexión sistemática de esas normas existentes en el tiempo.

⁵ Nombre con el cual se designaron los estudios de Derecho, los que inicialmente estuvieron dirigidos al conocimiento de las sentencias judiciales y los enunciados doctrinales que de ellas emanaban.

⁶ Ver CALSAMIGLIA, A. *Introducción a la Ciencia Jurídica*, Ariel-Derecho, Barcelona, 1986:62.

⁷ Iusnaturalismo, representado en la Alemania de esa época por Thibaut, quien defendió la necesidad de un código adecuado al espíritu germano para solucionar la contradicción entre las leyes y no la aplicación extensiva del code austriaco.

⁸ Pública 1802-03—Curso de Invierno, Metodología jurídica; 1814-De la vocación de nuestro tiempo para la legislación y la ciencia del Derecho y 1840-Sistema de Derecho romano actual.

⁹ Significó que la legislación transcurre en el tiempo y que esto conduce a la Historia del Derecho que se relaciona estrechamente con la historia del estado y de los pueblos, pues la legislación es un acto del Estado.

¹⁰ Ver SAVIGNY. *Metodología jurídica*. Trad. Santa-Pinter, JJ. Edit. Depalma, B. Aires, 1987:14

Pero, es su etapa de madurez, la que nos ocupa en este momento, en tanto muestra el viraje total acerca de sus nociones sobre el Derecho. Llegó a reconocer que la ley era resultado del pasado de la nación, disposición que con el tiempo debía ser examinada, rejuvenecida y mantenida como consecuencia de una necesidad interna de la regulación social, en lo que evidencia prevalencia de la historicidad en sus concepciones. Una muestra esencial de lo antes expuesto fue cuando afirmó que la ley no era la única fuente originaria del Derecho, sino que existía además, la convicción jurídica popular, el espíritu del pueblo, de quien emergían las normas de Derecho y de donde debía captarse, formular las instituciones jurídicas y regular las relaciones sociales que ante sí se presentaban. El proceso de creación y aplicación del Derecho antes expuesto no se realizaría mediante deducciones lógicas, sino mediante la percepción sensorial y de la contemplación inmediata de los modos de comportamiento concreto, que por su reiteración se expresaban como relaciones de vida típicas, las que merecían ser consideradas como nuevas reglas de conducta. En consecuencia, la anterior formulación arroja un reconocimiento del Derecho Consuetudinario como fuente formal y una nueva formulación acerca de la interpretación del Derecho y de su función en la asunción de las nuevas conductas expresivas de las nuevas normas¹¹.

En reacción contra el racionalismo, y desde posiciones historicistas, Savigny admitió el carácter sistémico del Derecho, pero se basó en la posibilidad de inferir lo general desde los casos particulares, a partir de la noción del Derecho como resultado de una sucesión de hechos históricos sin fundamento volitivo particular¹².

Aceptó la interpretación extensiva o restrictiva de las normas que en su época de la "Metodología jurídica" había rechazado¹³ y afirmó que ante las nuevas conductas debía el intérprete reconstruir la idea inherente a la ley, trasladándose mentalmente al puesto del legislador y repetir artificialmente su actividad a través de diferentes actividades (métodos), que tenían que actuar unidas a fin de realizar la interpretación; o en casos extremos, cuando surgiese una nueva cuestión jurídica particular, el autor debía realizar la contemplación del instituto para luego, y desde este punto, proceder a una nueva creación.

En el debate acerca de la consideración de la actividad jurídica como ciencia, Savigny inicialmente afirmó que la Ciencia de la Legislación¹⁴ era ciencia histórica y, en segundo lugar, ciencia filosófica, pero ambas cosas de conjunto orientadas hacia la noción de sistema¹⁵, con el objetivo de descubrir y consumar su unidad interna. Y es con el propósito de lograr este objetivo que propugnó los famosos métodos de investigación o interpretación jurídica que han trascendido hasta el presente: el lógico, el gramatical y el histórico armonizando con la noción de sistema. Su propuesta fue clara, ningún estudio de la Ciencia del Derecho podría hacerse por separado o con empleo de uno sólo de los métodos existentes, pues cada uno fundamenta una elaboración peculiar de la Ciencia del Derecho: la

¹¹ Entiéndase como integración del Derecho o completamiento de las lagunas.

¹² Las primeras concepciones del Derecho como sistema provienen de las corrientes iusnaturalistas racionalistas, las que por concebir que el Derecho es producto de la razón, defendían la unidad del conjunto de normas existentes a partir de la aplicación del método deductivo en el proceso de concreción de la norma al caso.

¹³ SAVIGNY, cfr. por Calsamiglia: 41.; "...hay otra manera para que se infiltre un error en el sistema: la de una operación formal, accidental, cuando el sistema debe completarse por la mera forma o cuando es muy amplio y se le debe quitar algo.....esta operación no es una verdadera interpretación; podría llamársele interpretación material para distinguirla de la verdadera, pues el resultado sería totalmente distinto mediante una aclaración meramente formal."

¹⁴ Denominación que otorgó en su curso de 1802.

¹⁵. SAVIGNY: 6.

elaboración histórica debe tomar el sistema en conjunto e imaginarlo progresivo, como historia de la jurisprudencia en conjunto; el sistemático ha de ocuparse de ver lo diverso en la unión, de la evolución de los conceptos y exponer las normas según su conexión interna, y sólo así podría cumplirse el objetivo de la ciencia jurídica¹⁶.

• **Puchta, Ihering, Windscheid y la Jurisprudencia de conceptos.**

Desde la Escuela Histórica y dando pasos hacia el positivismo lógico, encontramos tres filósofos del Derecho que, al igual que el anterior, han marcado pautas en el desarrollo de la conceptualización del Derecho, de la Ciencia y de los quehaceres necesarios para su aplicación. Puchta, Ihering e Windscheid, fundadores de la escuela denominada “Jurisprudencia de conceptos”, propugnaron una adhesión formal al texto legislado, que en líneas generales se supone completo, preciso y coherente. Tienen además en común que admiten como fuente fundamental del Derecho al espíritu del pueblo (*volkgeist*), manifestado externamente a través de las opiniones de los juristas, las cuales encarnaban en los “conceptos jurídicos fundamentales”, y a partir de los cuales los juristas “construirían” las reglas formuladas de forma implícita en las normas de Derecho. En otras palabras, el juez no creaba, su función era puramente cognoscitiva.

Puchta¹⁷, discípulo de Savigny y su colaborador más directo en su segunda etapa, fue quien aportó la noción de la convicción popular como fuente del Derecho. Del espíritu nacional, de la convicción inmediata de los miembros del pueblo, mediante un proceso deductivo de conceptos, el Derecho era sacado a la luz mediante la actividad de los juristas. Continuó el desarrollo de estas ideas vinculado a concepciones lógico formales, dando lugar a lo que se ha llamado “la genealogía de los conceptos”, y que marcó el objeto del Derecho como ciencia. Para este autor, la Ciencia del Derecho fue una tercera fuente del Derecho, cuya misión era conocer las normas jurídicas en conexión orgánica, condicionadas unas y otras, procediendo unas de otras, lo que permitía seguir la genealogía de las normas particulares hasta la altura de su principio y, asimismo, descender los principios hasta sus últimos vástagos¹⁸.

Otro de los autores de esta Escuela, que más bien quien la culmina y consolida, es Rudolf von Ihering¹⁹. Aprovechó los aportes de Savigny y de Puchta en cuanto al carácter histórico del Derecho, su noción de sistema y organicidad, llegando incluso a concebir al Derecho como una maquinaria. A la Ciencia Jurídica le reconoce la función de descomponer los institutos jurídicos particulares y las normas jurídicas relativas a éstos en sus elementos lógicos y luego recomponer con métodos lógicos las normas ya existentes o crear otras, los que a su vez por procedimientos similares permiten la creación de otros; y así sucesivamente hasta crear una pirámide de conceptos jurídicos que posibilite derivar de unos otros. Y a diferencia de Puchta que parte de los conceptos y deduce, Ihering, con nociones de las ciencias naturales²⁰, parte del hecho, del fenómeno e induce el concepto.

¹⁶ Que no era otro que presentar históricamente las funciones legislativas de un Estado, ver al respecto Savigny:5

¹⁷ Publicó en 1828 su Derecho Consuetudinario.

¹⁸ Ver LARENZ: 41.

¹⁹ Para esta primera etapa vinculada a la jurisprudencia de conceptos, en 1852 y 1858- publicó el Espíritu del Derecho romano y un artículo introductorio: Los anales de Ihering.

²⁰ Al respecto Ihering afirmó que la ciencia sistemática del derecho era “la química jurídica” que busca los cuerpos simples, volatiliza en conceptos la materia dada se proporciona el paso del Derecho desde el estado inferior de agregado al superior. Cfr. LARENZ: 47.

El modo de pensar formal-conceptual de Ihering y la noción del Derecho, como un sistema²¹ cerrado de conceptos de Puchta, influyeron grandemente en quien se ha catalogado como el último sistemático del Derecho común, B. Windscheid²². En su análisis acerca del Derecho afirmó que éste preparaba el terreno al orden moral del mundo y que sólo él hacía posible su realización; comprendiendo la ley no como simple Derecho positivo o mero arbitrio, sino como la sabiduría de los siglos precedentes que había sido reconocida por la comunidad jurídica, como la razón de los pueblos condicionada históricamente y elaborada científicamente por el legislador²³. Consecuentemente, el intérprete debía buscar la voluntad racional del legislador y la historia consolidados en la ley, y en su proceso de aplicación al igual que Savigny, requería encontrar el sentido que el legislador había otorgado a las palabras que tales leyes contenían, debía el juez ubicarse en la situación jurídica existente al momento de promulgar la ley para conocer la finalidad que éste había perseguido.

Pero el aporte significativo de Windscheid a la evolución de las concepciones acerca del Derecho y su proceso de aplicación está en que otorgó al juez la posibilidad de corregir las expresiones incorrectas de la ley de acuerdo con el sentido del legislador, imaginar las ideas que el legislador no pensó en su totalidad con el objetivo de poner de manifiesto las verdaderas ideas que están tras el sentido que se les había reconocido, lo que el legislador quiso expresar. Esta noción abrió el camino que permitió apartarse de la voluntad del legislador y reconocerle a la norma voluntad propia, que debía ser desentrañada. Los planteamientos de Windscheid expresaron posiciones totalmente contrapuestas a las anteriormente defendidas, y que tan amplio debate han provocado en las Ciencias jurídicas.

• **Kirchmann y su concepción acerca de la Ciencia del Derecho:**

La época que le precedió y en la que se desarrolló ofreció una defensa casi absoluta a la preeminencia de la ley positiva, a los conceptos y a la dogmática jurídica como ciencia, pero Kirchmann²⁴, jurista práctico²⁵, se opuso a la Escuela de la jurisprudencia de conceptos que había predominado hasta ese entonces y a la “dogmática jurídica” como la reina de las Ciencias. Sus posiciones constituyeron una importante antesala de las escuelas antiformalistas, sustentadas en sus consideraciones acerca de la Jurisprudencia como fuente del Derecho y como Ciencia jurídica.

Para este autor, el jurista lo único que hace es comentar la ley, labor que consideró totalmente irrelevante si con el trabajo científico se quería comparar, ya que se limitaba a determinar las lagunas y contradicciones del derecho positivo, añadiendo que por obra de esa ley positiva los juristas se habían convertido en “gusanos que sólo viven de la madera podrida”²⁶. Desde tales concepciones, negó el carácter de fuente de Derecho a la doctrina

²¹ La noción del Derecho como sistema de normas es un resultado directo del proceso de formación de los Estados nacionales, de la centralización política, territorial-administrativa, geográfica y de la necesidad de unificar y armonizar la diversidad de disposiciones normativas vigentes, algunas pertenecientes a ordenamientos sociales diversos., de oponer un nuevo fundamento en contraposición con el que se ofertaba sobre el Derecho vigente. Una nueva clase, nuevos sectores en el poder, requieren de nuevas estructuras estatales, imponer sus relaciones de propiedad y de producción, sus relaciones políticas; necesitan definir las nuevas relaciones con la sociedad y de los individuos entre sí.

²² La obra principal de Windscheid, Tratado de las Pandectas, fue publicada en 1862.

²³ Ver LARENZ: 48-49.

²⁴ En 1848 publicó el carácter anticientífico de la Ciencia del Derecho.

²⁵ Desde su posición de Fiscal de Prusia, conocedor del Derecho positivo y de los procesos de aplicación del mismo, es que realiza toda su crítica a la concepción científica de la Jurisprudencia.

²⁶ KIRCHMANN, “La Jurisprudencia no es ciencia”, cfr., por CALSAMIGLIA, *Introducción a la Ciencia Jurídica*. Ariel Derecho, Barcelona, 1990: 56. En sentido general, la crítica de la Jurisprudencia como Ciencia, se fundamentó en el hecho de que la

emanada de las decisiones judiciales y, consecuentemente, negó la científicidad de la Jurisprudencia, por cuanto ésta era un fenómeno contingente, resultante de analizar casos particulares por medio de los cuales los jueces hacían construcciones formalistas y conceptualistas que no permitían la universalidad y la generalidad de las formulaciones científicas, lo cual a su vez era la base experimental de toda ciencia que hasta ese momento había progresado.

El modelo de Ciencia que propugnó se fundó en que el conocimiento emanaba de la observación neutral de la naturaleza, de la posibilidad de cognoscibilidad de las nociones universales, en tanto estables, y de donde era posible formular las leyes inmutables. Le negó por ello a la Jurisprudencia valor como ciencia y como técnica para resolver los conflictos sociales sustentados en el aislamiento de tales formulaciones del sentimiento jurídico del pueblo. Con todo ello, abogó por la supresión de la Jurisprudencia profesional, lo que le hizo alejarse, por esta vertiente, de las escuelas antiformalistas y de la del Derecho libre que postularon lo contrario

- **Ihering y Heck y la Jurisprudencia pragmática.**

Ihering, poco tiempo después de su defensa de los conceptos, renunció a sus posiciones iniciales, todo lo cual fue resultado del punto de partida que escogió para sus construcciones lógicas, los hechos, efectuando un giro rotundo hacia posiciones pragmáticas²⁷ a partir de la consideración de los intereses como motor y generador del Derecho.

Como principal exponente de la existencia de intereses en el Derecho y su papel como motor y causa de conductas humanas, Rudolf von Ihering, en contraposición a las nociones románticas²⁸ acerca de la formación del Derecho, expuso de forma clara el papel que jugaban los intereses en el mismo. En este sentido aseveró que el nacimiento del Derecho era como el del hombre, un doloroso y difícil alumbramiento...; y como él mismo dijo, “..ese esfuerzo es el que otorga el lazo interno al Derecho”, agregando que existía un ...interés en la lucha por el derecho concreto y la causa de esta lucha [era] la lesión o sustracción de ese Derecho”²⁹

Según von Ihering, son los intereses los que hacen accionar al hombre; y aún cuando la expresión designa intereses individuales, y él la usó básicamente como móvil para la defensa de la propiedad³⁰. Tal noción fue esencial para la conceptuación posterior del Derecho y de las condiciones o circunstancias que lo originan y moldean, haciendo un uso extensivo de los intereses respecto al Derecho objetivo, no pudiendo negar que las normas aseguraban

Jurisprudencia no estaba constituida por hechos y sólo los hechos pueden ser objeto de análisis científico, además la Jurisprudencia no estudiaba conductas humanas, sino el sentido de las normas.

²⁷ Obras de esta etapa: 1861-Cartas sobre la jurisprudencia actual, 1864- tomo IV del Espíritu del Derecho romano, 1872-La lucha por el Derecho, 1877-El fin en el Derecho, 1884-En el cielo de los conceptos jurídicos y la Jurisprudencia en broma y en serio.

²⁸ Las nociones románticas, Savigny y Puchta entre otros, desde una óptica historicista natural, consideraron que el Derecho emanaba de la costumbre y de la persuasión popular. Ver, para ampliar, a VON IHERING. *La lucha por el Derecho* (trad. A. Posada, prolog. L. Alas) Librería Gral. V de Suárez, Madrid, 1921:16.

²⁹ VON IHERING. *La lucha por el derecho* (trad. A. Posada, prolog. L. Alas) Librería Gral. V de Suárez, Madrid, 1921:17-19.

³⁰ Para Ihering, la posesión como elemento básico de la Propiedad se manifestó en la fórmula de *C + animus* (voluntad y deseo de tener, disfrutar, poseer como propietario) y es ese el interés que mueve a los hombres por el derecho, la defensa de sus intereses.

ciertos intereses y formuló que el Derecho era el aseguramiento de las condiciones de existencia de la sociedad en forma de coacción³¹.

La Escuela que fundaron, la Jurisprudencia de Intereses, ofreció la vía para el abandono del conceptualismo y del literalismo legalista anterior. Reconocieron a la ley como fuente principal de Derecho, pero no la única, por cuanto ya se había comprobado que el Derecho no siempre era coherente y completo, que tenía vacíos o lagunas que debían ser completado en aras de la solución de los conflictos y la defensa de los intereses contrapuestos, aún cuando pervivió entre ellos la defensa de la voluntad del legislador, la detección de los intereses que él quiso defender. Y es en el proceso antes expuesto, que se abrió la posibilidad al Juez de crear Derecho.

• **Stammler y su crítica al historicismo y al empirismo:**

Este autor³² se desarrolló en momentos cruciales, de debate entre historicismo vs. empirismo, aportando ideas claves en el rescate del iusnaturalismo, con fuerte influencia de Kant, y de los que sostenían una posición logicista formal.

Se pronunció en contra del historicismo, el cual criticó por los resultados y por el método empleado. Respecto a los primeros adujo que partiendo de que el Derecho era eminentemente general, no era posible que de lo concreto se generasen pautas absolutas para enjuiciar un determinado Derecho positivo, y respecto al segundo destacó la imposibilidad de que de las infracciones pudiera originarse el nuevo Derecho, al extremo de sostener que la Escuela Histórica se atenía sólo a los factores que actuaban en la realidad histórica, y de la cual no era posible extraer las definiciones acerca del origen del Derecho, ni conocerlo en su esencia. Aún más, su posición en contra de las investigaciones empíricas lo llevaron a afirmar la imposibilidad de conocer el ideal del Derecho por falta de los elementos a priori y formales imprescindibles para ello.

Su concepción del Derecho como voluntad (querer) vinculatoria, autárquica e inviolable, hace que sitúe al Derecho en el reino de los fines, algo que tiene una manifestación dual, concreta, variable según los caprichos del soberano, ó permanente, regular e inviolable. En otras palabras, el Derecho es: expresión de un poder justo, ordenado unitariamente contra el caos y la confusión y también puede resultar del poder arbitrario de los gobernantes. Consecuentemente, asume la palabra Derecho en dos sentidos; el primero, como modalidad formal del querer humano, diferenciable de la moral y de la violencia arbitraria, una noción sólo asequible a las miradas críticas, excluida de su relación con el Estado, la coacción y los preceptos concretos³³, como una forma de ordenación espiritual que representa la voluntad jurídica. En el segundo, el Derecho se presenta, como dice él mismo, “plásticamente”³⁴, entrañando un contenido material de exigencias, de normas materialmente condicionadas, con expresiones de voluntad limitadas en forma de Derecho Positivo. De tales definiciones se evidencia la diferenciación que realiza entre el Derecho Natural y el Positivo, existiendo el segundo para mantener los principios inmutables de justicia que emanen del primero.

³¹ Cfr. por DEL VECCHIO, en el Vecchio y Recasen Sichés. *Filosofía del Derecho. Estudios de Filosofía del Derecho*, Tomo I, UTEHA, México, 1946:309

³² En 1896-Sobre el método de la teoría histórica del Derecho, 1902-La teoría del Derecho justo, 1911-Teoría de la Ciencia del Derecho.

³³ Ver STAMMLER. *El Juez*. Trad., y prólog. Fernández Camus, E. Cultural, S.A., La Habana, 1941:6

³⁴ STAMMLER: 6

Para nuestro autor, entonces, el Juez tiene como misión administrar el Derecho y velar por él, con facultades para establecer lo que en un caso dado constituye el Derecho³⁵, para lo cual debe elegir la premisa fundamentalmente justa y, con el empleo de los métodos del pensar jurídico, realizar las deducciones jurídicas mediadas derivadas de las normas de Derecho positivo para llegar a una solución ó aquellas de forma inmediata, que son las que implican juicios basados en el Derecho justo³⁶. Según esta concepción, el Juez no tiene la posibilidad de crear Derecho por vía originaria, ya que se haya sometido siempre a la ley, aún cuando el contenido no sea justo; y sólo tiene la capacidad de discurrir y elegir criterios fundamentalmente justos que le sirvan de normas de juicio cuando el propio Derecho vigente le remite a ellos, o en caso de lagunas en los que el juez recobra su libertad de opción a favor del Derecho justo³⁷.

A tales acciones y nociones, conformadoras de la jurisprudencia, Stammler le reconoce carácter de ciencia práctica, ya que sus principios y doctrinas se caracterizan objetivamente por el hecho de aplicarse a casos especiales planteados por la experiencia. Su aserción se fundamenta en la noción de que si ciencia es ordenar las experiencias con arreglo a un plan fijo y unitario³⁸, ello es lo que resulta de las deducciones que realiza el juez ante los múltiples y diversos conocimientos jurídicos que informan la práctica en la que ha de prevalecer la tendencia a la unidad, interpretando la voluntad jurídica, comprendiéndola en su significación especial frente a otras voluntades jurídicas.

Su noción de ciencia del Derecho le lleva a considerar que ella misma crea o determina su objeto de forma igual que las ciencias naturales y, consecuentemente, el autor entiende que la teoría general del Derecho está constituida como teoría del conocimiento científico, de formas apriorísticas que condicionan el Derecho y toda la reflexión acerca de él, motivo por lo cual se le ha reconocido una fuerte influencia kantiana³⁹.

- **Giorgio Del Vecchio y las fórmulas apriorísticas.**

Principal exponente del neokantismo italiano y muestra del abandono de las posiciones positivistas que se manifestaban en el continente, influyó fuertemente en Hispanoamérica y fue antesala del retorno al iusnaturalismo. Este autor, defendió las fórmulas apriorísticas como elementos definitorios del Derecho y, tras admitir la pasividad de la razón frente a la experiencia jurídica, estableció la posibilidad de obtener un concepto general del Derecho por el método positivo. Así, consideró al Derecho como una realidad independiente de la subjetividad, reducida a la experiencia jurídica y de la cual se formulaban los conceptos y principios; y de él dijo que "...no es un producto de causas especiales..., sino un fenómeno común a todos los pueblos en todos los tiempos, como un producto necesario de la

³⁵ STAMMLER:40.

³⁶ Las deducciones jurídicas mediadas son necesarias según Stammler cuando un problema jurídico especial ha de enjuiciarse atendiendo a normas especiales contenidas en las reglas jurídicas formuladas técnicamente y que un determinado Derecho establece como definitivas, mientras que las deducciones inmediatas son las que implican juicios basados en un Derecho *fundamentalmente justo*. aquí la norma que sirve de premisa es aquella que en el caso concreto refleja la decisión fundamentalmente. Ver STAMMLER:42.

³⁷ Para ampliar, ver STAMMLER: 120-121.

³⁸ STAMMLER: 47.

³⁹ Para abundar respecto a tales consideraciones, ver a RECASENS SICHÉS- "Direcciones en Teoría fundamental", en DEL VECCHIO Y RECASENS SICHÉS, *Filosofía del Derecho*. Uthea, México, 1946, tomo I: 69.

naturaleza humana”⁴⁰, que puede ser estudiado con los mismos métodos que las ciencias naturales.

Tras diferenciar Derecho natural, como ideal del Derecho, de la expresión lógica del mismo, la cual debía comprender tanto el sistema ideal como las nociones básicas de todos los ordenamientos jurídicos posibles, Del Vecchio reconoció el carácter relativo y mutable del fenómeno, como consecuencia de su compenetración con los demás hechos sociales, así como la imposibilidad de extraer el concepto de la experiencia jurídica, todo lo cual le llevó a definirlo como “la coordinación objetiva de las acciones posibles entre varios sujetos, según un principio ético que las determina excluyendo todo impedimento”⁴¹.

Sus criterios acerca del Derecho no lo llevaron al reconocimiento de la Libre creación del mismo por vía judicial en boga por esos tiempos, sino que defendió la subordinación de los jueces a la ley en aras de la certeza jurídica, aún cuando reconoció la necesidad de cierta amplitud en las facultades decisorias de los jueces, y sólo allí donde había lagunas jurídicas admitió la posibilidad de creación judicial.

Contrario a los criterios prevalecientes en su época, consideró que la Filosofía del Derecho como ciencia, formaba parte de la filosofía general, siendo su objeto de estudio el Derecho en su universalidad, estableciendo además, una marcada diferencia entre Ciencia y Filosofía del Derecho a partir del diferente tratamiento que cada una le propiciaba al Derecho, vr.gr., la primera referida al estudio y explicación de los sistemas particulares “...considerados singularmente para cada pueblo en una época determinada”⁴²; y la segunda a lo general, capaz de ocuparse de la definición del Derecho *in gener*.

- **El modelo de Ciencia jurídica pura de Kelsen⁴³:**

Con el objetivo de hacer prevalecer el Derecho respecto al decisionismo político y la consecuente inseguridad jurídica, así como vs. al iusnaturalismo, manifestados a la sazón en la Europa continental., se desarrolló la concepción normativista kelseniana del Derecho.

Kelsen, a partir de su concepción acerca de la inexistencia del Derecho en forma de normas aisladas⁴⁴ , lo concibió como un sistema cerrado racional, en el cual unas normas se fundamentan y reciben validez de la existencia y validez de otras anteriores, todo lo cual otorgaba unidad, plenitud y coherencia al conjunto⁴⁵. Se creaba así, un sistema armónico, a partir del cual el aplicador del Derecho debía valerse sólo de las normas, de interpretaciones dentro del propio sistema.

⁴⁰ DEL VECCHIO.”Filosofía y Ciencia del Derecho”, en DEL VECCHIO Y RECASENS SICHÉS:3

⁴¹ DEL VECCHIO 114.

⁴² DEL VECCHIO:2.

⁴³ Representó también la aplicación del punto de vista neokantiano apriorístico a la Teoría de la ciencia jurídica; cabeza principal de la Escuela de Viena, desarrolló el positivismo normativista, con fuerte influencia en América, e incluso en Cuba entre los círculos académicos, en los que ofreció dos conferencias.

⁴⁴ A pesar de haber dedicado su primera obra a la Teoría de la Norma, la cual hizo centro de su concepción, con posterioridad, en la Teoría del Derecho, Kelsen sostuvo que era imposible descubrir la naturaleza del Derecho prestando atención únicamente a la norma aislada. Cfr. CALSAMIGLIA:14.

⁴⁵ Complemento de la concepción anterior fue la construcción teórica del Merkl respecto a la estructura jerárquica del Ordenamiento jurídico, que permitió subordinar unas disposiciones a otras, otorgando mayor unidad al sistema.

Como resultado de tales aseveraciones, las lagunas o vacíos normativos, o no existen o son un sin sentido y el operador jurídico ha de ser capaz de encontrar entre las normas la solución del caso que tiene ante sí, ha de precisar dentro del conjunto armónico, del “sistema” y adoptar la única respuesta posible al caso, como forma de conservar lo más intacta posible la voluntad expresada en la norma⁴⁶.

A partir de la concepción del Derecho como conjunto de normas reguladoras de conductas humanas, situadas solamente en el plano de lo jurídico, Kelsen propugnó una Teoría pura del Derecho, como ciencia capaz de permitir del conocimiento exclusivo del Derecho.

El principio metodológico fundamental de toda su construcción doctrinal, fue el análisis del Derecho separado de otros elementos superestructurales con los que interactúa y que lo condicionan, a partir de concebir al Derecho como un conjunto exclusivo de normas jurídicas, interrelacionadas entre sí en un sistema cerrado y en el cual unas deben su validez a la otra superior, hasta llegar a la constitución primaria o “norma hipotética fundamental”. Esta supuesta norma fundamental, creación ideal del autor, fundamenta la unidad del sistema de normas, lo legitima y a la vez lo descalifica en su propia objetividad, por cuanto un sistema de normas objetivas de Derecho, emanadas de la voluntad de los órganos estatales facultados para ello y desprovisto de consideraciones valorativas e ideales, tiene como fundamento una creación ideal⁴⁷.

Respecto a la Constitución, ley fundamental del Estado, Kelsen le ofreció eficacia directa a su preceptiva, o lo que es lo mismo, aplicabilidad sin tener que esperar a la creación de normas ordinarias desarrolladoras de las pautas fundamentales del Ordenamiento jurídico, todo lo cual requirió que se enarbolará el principio de la supremacía jerárquica de la Constitución. Asimismo, de tal normatividad y supremacía de la normativa constitucional resultó la formulación de la soberanía de la constitución⁴⁸, para lo cual propuso la creación de un órgano judicial especial.

Se aprecia en toda su obra una concepción monista acerca del Derecho en defensa de ciertos postulados: legalidad, constitucionalidad, validez y vigencia de las normas, en aras de la seguridad jurídica y la posibilidad de analizar y aplicar el Derecho, ése históricamente creado, independientemente de las consideraciones sociológicas, axiológicas o de interés político. En consecuencia, el aplicador del Derecho, los jueces en su quehacer diario, debe atenerse a la norma, pero no como se exigió en momentos de la codificación del Derecho, sino a una norma que, en tanto prescribe el deber ser, tiene que ser reconsiderada y reconstruida en aras de su concreción al hecho, ofreciendo la posibilidad de creación judicial del Derecho y de considerar la jurisprudencia como otra forma de existencia y manifestación del Derecho.

Este concepto del Derecho, que el propio autor reconoce como puramente descriptivo del deber ser, ha sido calificado como normativo o prescriptivo por cuanto está definido por

⁴⁶ Ejemplo de lo anterior lo encontramos en Savigny, para quien el sistema había de solucionarlo todo, por lo que defendió la aplicación de la deducción para obtener la solución adecuada. CARNELUTTI, en su obra Teoría general del Derecho propuso la depuración y la integración para mantener la unidad del Sistema. Edit. Revista de Der. Privado. Madrid, 1941:129 y ss.

⁴⁷ Fue el fundamento no objetivo, ideal, de toda una construcción para defender la objetividad del Ordenamiento jurídico positivo.

⁴⁸ Noción que sustituyó la anteriormente defendida soberanía del parlamento; ahora el parlamento no sería el supremo, sino que lo sería la Constitución, a la cual todos debían obediencia.

propiedades deónticas, asumiéndose la noción de normas jurídicas por las de normas que han de ser observadas.

Respecto a su concepción acerca de la Ciencia del Derecho, propósito expreso de Kelsen fue elevar la “Jurisprudencia”, desvirtuada por razonamientos de política jurídica, a la categoría de ciencia, al mismo nivel y rango que las demás Ciencias morales, con el objetivo único de lograr el conocimiento del Derecho y de aproximar los resultados de esta tarea de conocimiento al ideal de toda ciencia, objetividad y exactitud⁴⁹.

La denominación de pura, referida a la ciencia jurídica, la ofreció Kelsen por cuanto defendió la elaboración de análisis puramente normativos, desprovistos de consideraciones sociológicas, axiológicas o políticas, con el objetivo de asegurar un conocimiento exclusivo del Derecho sin mediadores, en toda su pureza. Describir el fenómeno, las normas que prescriben el “deber ser”, independientemente de la realidad en la que se ponen de manifiesto⁵⁰, es una consecuencia de los momentos en que Kelsen desarrolló su teoría, transida de un apoliticismo-avalorativo con el propósito de lograr la perdurabilidad de la norma.

- **Recasens Sichés y su Estimativa jurídica ideal.**

Desde una visión opuesta al normativismo, resaltando las nociones iusnaturalistas y sociológicas, encontramos a Recasens, para quien el Derecho era resultado de una instancia determinadora de aquello a lo cual el hombre tiene que atenerse en sus relaciones con los demás en aras de una certeza que habría de ser teórica y práctica y, especialmente, certeza efectiva de lo que habría de ocurrir con toda seguridad⁵¹, conforme a los valores superiores de esa sociedad. Puntualizó además, que el Derecho estaba constituido por complejos de significaciones normativas, dado para regular las relaciones sociales; una especie de quehacer humano que se hace por algo y para algo⁵², y que tiene, en otras palabras, la finalidad de defender y de realizar un ideal de Justicia⁵³.

Asimismo, empleó los términos de Derecho natural y positivo, designando al segundo como un fenómeno cultural, definible sólo como una determinación que intenta regular las relaciones sociales conforme a un patrón al que se le atribuye una razón de preferencia sobre las demás maneras posibles de regulación⁵⁴, o también como el conjunto de normas jurídicas que constituyen la cristalización de una serie de procesos sociales que las engendran⁵⁵. Con una fuerte carga de iusnaturalismo, este autor sitúa a los valores, especialmente a la idea de Justicia, como centro del Derecho, al extremo de afirmar que las normas no pueden obligar sino en cuanto se reconoce que el Derecho positivo es algo justificado y en cuanto esas normas dimanan de una autoridad legítima.

Para nuestro autor, la Jurisprudencia es entendida como Ciencia del Derecho, como ciencia del sentido o contenido objetivo de la ordenación positiva, que tiene como propósito

⁴⁹ Ver el Prefacio de su Teoría Pura del Derecho. París, 1962.

⁵⁰ No debemos olvidar que Kelsen elaboró su Teoría pura del Derecho en 1934, momentos convulsos, de imposición desde el poder de ciertos criterios y exigencia de una sola verdad.

⁵¹ Ver RECSENS SICHÉS. La Seguridad jurídica en Del Vecchio y Recasens Sichés:236.

⁵² Ver RECSENS SICHÉS Sociología y Filosofía jurídicas, en Justificación de la Estimativa jurídica,: 83.

⁵³ Ver RECSENS SICHÉS: 80.

⁵⁴ RECSENS SICHÉS: 79-80.

⁵⁵ RECSENS SICHÉS. Sociología del Derecho:50-51.

aprehender la finalidad objetivamente válida del precepto jurídico y en consecuencia entender la ley mejor de lo que la entendieron sus creadores, o dicho en otras palabras: pensarla lógicamente hasta sus últimas consecuencias según la lógica jurídica, la cual debe permitir extraer el sentido contenido autónomamente en la ley, integrándolo con los valores vigentes que informan el derecho y que varían al correr del tiempo. Como consecuencia de lo anterior, admite que las normas de Derecho expresen una voluntad propia independientemente del legislador que las creó, por lo cual tampoco las decisiones jurisprudenciales son válidas para todos los tiempos, sino que han de adecuarse conforme a los cambios sociales por lo que reclamó un estudio del Derecho desde un punto de vista diferente al de la Ciencia jurídica, un estudio sociológico en el que se indagase el proceso vital histórico que gesta y condiciona la creación, existencia, así como su modificación o caducidad.

- **El modelo de Ciencia Jurídica Empírica de Alf Ross.**

Como exponente de la vertiente sociológica, opuesta también al normativismo encontramos a Alf Ross, uno de los principales representantes del realismo moderado escandinavo. Asumió que el Derecho constituye un conjunto de normas, de contenidos abstractos, solo obligatorias para los ciudadanos, y de naturaleza directiva respecto a la labor de los tribunales por cuanto servían de esquema para la solución de ciertos fenómenos sociales, los que a su vez determinaban la existencia de las normas. Por tanto, la existencia y vigencia de las normas de Derecho dependía de que fueran aceptadas y observadas por los tribunales. En consecuencia con lo antes expuesto, para Ross “derecho vigente” es aquel conjunto abstracto de ideas normativas que constituyen una guía para la interpretación de los fenómenos del Derecho en acción, las normas de Derecho que eran obedecidas, vividas, y que permitían predecir las decisiones de los órganos judiciales.

Este autor trabajó, a su vez, con la categoría de eficacia y la vinculó a la obligatoriedad y observación de las normas por los agentes sociales y, en particular, a su utilización por los jueces. La formulación anterior también ha recibido sus críticas por cuanto el empleo de las normas por los jueces en la solución de los casos no es uniforme, aún cuando tampoco es una acción caprichosa, sino que los jueces siguen ciertas pautas sistemáticas; lo que le sirvió a Ross para su propuesta de que la Ciencia jurídica ha de poder predecir las soluciones probables. Pero también a esa posibilidad de predicción de soluciones se le reconoce un punto flaco, y es que las circunstancias cambian y la norma ha de adecuarse, por lo que la vigencia de una norma no debe sujetarse a su aplicación.

Ross pretendió elaborar un modelo de Ciencia jurídica pura⁵⁶, que no fuese puramente descriptiva, sino un modelo de ciencia cuyas proposiciones pudieran ser comprobables sobre la base de la experiencia, en la que el estudio del Derecho se realice a través del empleo de los patrones tradicionales de observación y experimentación de las ciencias modernas y dirigido al contenido abstracto de las directivas. Su propósito en la elaboración de este modelo de ciencia fue el estudio de la conducta de los jueces en el proceso de solución e interpretación de los casos que se les presentan con el objetivo de poder hacer formulaciones acerca de las posibles decisiones sobre casos individuales, o en otras palabras, predecir los resultados judiciales.

⁵⁶ Tal modelo fue expuesto en la obra *Sobre el Derecho y la Justicia*.

Es importante notar el cambio que se produce en cuanto al concepto del Derecho y a los objetivos de la Ciencia jurídica, lo cual es una consecuencia de las diferencias básicas entre el sistema de derecho romano-germano-francés y el anglo sajón, entre los órganos judiciales en los países de uno y otro sistema, en la forma de determinar la composición de tales órganos y sus facultades, a la relación de los mismos con lo que se asume es el Derecho, en especial en cuanto a la codificación y la sujeción a la ley o a los precedentes judiciales, en igualdad de condiciones que las normas estatutarias.

- **Alchourroun y Bulygin y el modelo de ciencia jurídica sistematizadora.**

Desde una visión sistemática normativa y cerrada del Derecho, como reacción ante el practicismo y el casuismo, estos autores trabajaron básicamente con las categorías de normas, sistemas normativo y Su posición al respecto los lleva a concebir al Derecho como un sistema normativo o deductivo de enunciados, entre cuyas consecuencias lógicas hay normas, enunciados que correlacionan casos con soluciones normativas, y en el que la completitud, la coherencia y la independencia son sus características básicas.

Esta noción pone de manifiesto el deseo de conectar el Derecho con la lógica, aportando a la Ciencia jurídica los desarrollos modernos producidos en el contexto de la lógica deontica: la Ciencia del Derecho debe desprenderse de los postulados axiológicos y limitarse a la determinación empírica del contenido de un cierto sistema jurídico, poniendo énfasis en la actividad de sistematización que ella realiza. Sobre la base de lo anterior, llegaron a afirmar que muchos problemas tradicionales de la Ciencia jurídica pueden reconstruirse como cuestiones referentes a la sistematización de los enunciados de Derecho; como problemas empíricos relativos a la identificación de aquellos enunciados de Derecho que pueden constituir la base del sistema⁵⁷. Con ello, sobredimensionan el valor de la Ciencia Jurídica, a la que se le reconoce la posibilidad de desarrollar dos tipos de actividades: la determinación empírica de la base del sistema jurídico y las operaciones lógicas de sistematización, a las que los autores dedican mayor atención por cuanto son las que le permiten elucidar su noción acerca del sistema jurídico.

Así, estas operaciones lógicas se realizan a través de la inferencia de las consecuencias lógicas de la base del sistema y mediante la reformulación del sistema, reemplazando la base original por un conjunto que los autores denominan “más económico de principios generales”, que sean lógicamente equivalentes a los primeros enunciados que se encuentran en la base original, lo que se logrará a partir del empleo de un procedimiento inductivo peculiar en el que la verdad de las premisas garantiza la verdad de la conclusión, todo lo cual es a su vez posible por cuanto esta operación lógica se limita a un cierto universo de casos. En otras palabras, la operación lógica supone, primero, el planteamiento de cierto tipo de caso genérico que ha sido considerado relevante, y segundo, se precisan las consecuencias lógicas que se deducen de ese sistema normativo para el caso en cuestión.

Tal propuesta de Ciencia, o actividad de sistematización jurisprudencial, también tiene sus límites, por cuanto siempre que el legislador haya procedido sistemáticamente, le reconocen sólo carácter complementario.

- **Calsamiglia y la Dogmática jurídica.**

⁵⁷ Ver ALCHOURRÓN Y BULYGIN. Introducción a la Metodología de las Ciencias jurídicas y sociales. B. Aires, 1974:24.

Una visión más amplia del Derecho, no sólo en su carácter de normatividad o de técnica, se pone de manifiesto en la concepción de Calsamiglia acerca del Derecho como parte de la Ciencia del Derecho. Ofrece como fundamento para tal afirmación el hecho de que la no-aceptación de esta relación, traería como consecuencia que no se pudiera reformular el Derecho a partir de la jurisprudencia.

Desde tales posiciones, aboga por la sistematización de actuaciones y normativas que permitan definir criterios de manera uniforme. Así, denomina dogmática la Ciencia jurídica, y comprende en ella al conjunto de actividades que los juristas llevan a cabo dentro de una comunidad instituida, en la que se comparten presupuestos, reglas de juegos y valores determinados, y cuyo objeto de estudio es el conjunto de normas de un ordenamiento jurídico positivo⁵⁸.

A esta Ciencia le asigna funciones sociales⁵⁹, a saber, cognoscitiva⁶⁰ al afirmar que la dogmática es la descripción del Derecho positivo, tarea mediante la cual se realiza la abstracción y construcción de categorías y principios; actividad que es necesaria para realizar la interpretación del Derecho vigente. Pero para Calsamiglia esta dogmática no debe limitarse a la descripción del pasado, sino que debe ofrecer los análisis hacia el presente, servir al output al resultado social; por lo que afirmó que una "...dogmática que no tenga en cuenta las consecuencias está construida en el vacío"⁶¹. Asimismo, le reconoció una función prescriptiva⁶² por cuanto en el propio proceso de aplicación del Derecho los juristas realizan una labor creativa y política, y a través de las decisiones particulares para cada caso crean normas individuales de las que se obtienen generalizaciones de las que, a su vez, pueden resultar reformulaciones del Derecho vigente. Por último, le asignó una función ideológica, entendida en un doble aspecto, de ocultamiento de la función prescriptiva y de defensa de los valores más importantes de la sociedad, entre los que señala el de seguridad jurídica.

Su defensa de la dogmática como ciencia le lleva a afirmar que si no existiese, la interpretación literal sería el único criterio que se pudiese utilizar, obligando a los aplicadores del Derecho al conceptualismo y los análisis lógicos semánticos; a la creación de un Derecho abstracto e irreal.

⁵⁸ Ver CALSAMIGLIA:131.

⁵⁹ Este reconocimiento de función social ya había sido expuesta por Luhmann, cuando afirmó que "La dogmática jurídica no debe servirse a sí misma, sino que debe servir a la vida social,..., a la aplicación del derecho. Ver CALSAMIGLIA:135.

⁶⁰ Calsamiglia coincide con Wroblewski, pues para este último la dogmática trata del derecho vigente, de la estructuración del material jurídico en un complejo sistémico, de la formulación de conceptos e instituciones jurídicas, de la determinación del significado de las prescripciones..., considerado como la piedra angular de la ciencia jurídica. Véase WROBLEWSKI, La Normatividad de la ciencia jurídica:336

⁶¹ CALSAMIGLIA:139.

⁶² Coincide con Larenz cuando afirma que la dogmática que se contente con la formación de conceptos y la explicación de relaciones lógicas poco puede aportar a la solución de los problemas jurídicos. Ver CALSAMIGLIA:135. La función prescriptiva ya le había sido asignada a la jurisprudencia por el jusfilósofo español Suárez, quien en su obra *De Legibus*, refiriéndose al proceso de aplicación e interpretación de las leyes planteó que cuando el sentido propio de las palabras acarrease alguna injusticia o algún absurdo parecido en relación a la mente del legislador, hay que interpretar las palabras en un sentido en el cual la ley sea justa y razonable. Igual criterio se expuso desde la escuela histórica del Derecho, por ej., Puchta en el Curso de las instituciones sostiene que la tarea de la ciencia del Derecho es llegar a conocer las normas jurídicas en su conexión orgánica, condicionándose las unas a las otras a fin de poder seguir la genealogía de las normas particulares hasta su principio y descender hasta sus últimas consecuencias, operación en la cual las normas ocultas en el espíritu popular se hacen conscientes mediante un proceso de deducción científica, sirviendo así como la ciencia como una tercera fuente del Derecho. Cfr. LARENZ: 41.

- **El modelo de Ciencia normativa de Carlos S. Nino.**

Ante las reales manifestaciones del Derecho, de la existencia de lagunas y antinomias, de la ambigüedad y la vaguedad de las normas, Nino dirigió su análisis a las diferencias entre los sistemas de Derecho, y en particular a la labor de los jueces, realizando críticas a posiciones asépticas o avalorativas en la toma de decisiones.

En tal sentido, enfatizó que los jueces en el proceso de aplicación de la ley deben encarar la discusión de problemas valorativos, por cuanto en las decisiones judiciales intervienen los criterios de justicia y las concepciones ideológicas de los propios jueces cuando asignan significado al lenguaje con que se expresan las normas; lenguaje, a su vez, que debe ser entendido conforme a los criterios prevalecientes de la comunidad jurídica a la que pertenece el juez o aplicador de la norma. Igualmente, destacó que la selección que realiza el juez, durante la aplicación del Derecho, de uno entre los varios métodos interpretativos declara la postura valorativa que el juez ha asumido en el proceso⁶³, aunque se defina neutral.

Para fundamentar su crítica subrayó que, aún cuando es una característica de la Dogmática no reconocer que ella se apoya en presupuestos axiológicos bajo la pretensión de que realiza una descripción del sistema positivo, de cuya normativa vigente derivan exclusivamente las soluciones jurídicas; lo cierto es que el valor de unas u otras teorías jurídicas se debe a que tales “dogmas” proponen soluciones axiológicas que los aplicadores de las normas toman en cuenta para la solución de los casos que tienen ante sí, en especial de aquellos que no están previstos. Estas valoraciones son las que les permiten justificar su aceptación de las normas sancionadas oficialmente, así como realizar la ampliación del sistema mediante el reconocimiento de principios que no derivan de las fuentes tradicionales, gracias todo ello al carácter abierto de las normas, lo cual a su vez provoca que el proceso interpretativo no arroje resultados unívocos debido a la intervención de factores de diversa índole, a saber: reglas, principios, valoraciones, principios y reglas no jurídicas.

En tal sentido, ante el imperio de tales dogmas, cada uno de los cuales tiene un basamento valorativo, con la consiguiente diversidad de soluciones y, consecuentemente, ante las nociones prevalecientes sobre la Ciencia jurídica o Dogmática jurídica, Nino propone un modelo de actividad teórico normativa, tendiente a reconstruir el sistema jurídico, en el que mediante la formulación de estrategias jurídicas se guíen a los jueces en la búsqueda de soluciones que satisfagan el ideal de justicia y los principios axiológicos válidos, siempre dentro del marco del Derecho positivo.

II.- Consideraciones acerca del Derecho y su carácter científico.

No obstante los disímiles y enjundiosos criterios antes expuestos, considero oportuno hacer algunas aclaraciones al debate acerca del Derecho y su científicidad.

Ciertamente la mayoría de los autores se refiere a la vaguedad del término, por cuanto éste designa a varios elementos diferenciados; por ello es una necesidad la concreción o delimitación del valor con que se usa el vocablo Derecho. Respecto a ello, con d minúscula designo, a partir de nociones principalmente normativas, las facultades de ejercicio y disfrute

⁶³ Para ampliar al respecto, ver de NINO- Algunos modelos metodológicos de “Ciencia” jurídica. BEFDyP, México, 1995: 95-98.

que las normas jurídicas le reconocen a los individuos socialmente considerados, aunque con alguna carga iusnaturalista también pueden y deben incluirse facultades esenciales del hombre, aún cuando no estén legalmente establecidas, ausencia de regulación legal que en nuestro sistema de Derecho constituye un límite para el ejercicio de los mismos. Por otra parte, Derecho, con D mayúscula, es fenómeno normativo y técnica particular; es a su vez el resultado doctrinal de la actividad judicial que aplica, adecua, integra y hasta crea Derecho; y además la propiamente denominada Ciencia del Derecho⁶⁴.

Como entidad normativa es un fenómeno social muy complejo, compuesto de normas, mediante las cuales se define un determinado comportamiento social y se precisa un círculo de hechos sociales admisibles o no, conforme a las concepciones valorativas predominantes en un concreto momento y lugar, en correspondencia con un conjunto de condicionantes socioeconómicos, políticos, ideológicos, culturales y hasta de tradiciones nacionales. En tanto norma, prevé, define, y con ello manda, permite o prohíbe determinadas conductas y relaciones sociales, lo cual condiciona su obligatoriedad con la consiguiente coercibilidad, o autoridad moral que ejerce sobre la sociedad en general, y la coactividad que es aportada por el aparato material que garantiza el cumplimiento de los postulados normativos.

Pero el Derecho no es solamente un fenómeno normativo, sino que las normas tienen como fundamento un círculo de intereses y también a través de ellas éstos se expresan y tutelan. Aún más, si tenemos en cuenta que el hombre es un ser social, que vive en sociedad e interactúa con ella, que se parece a su tiempo, y que su conducta e intereses están condicionados espacial y temporalmente, podemos concluir con la existencia de unos intereses generales, cierta identificación de objetivos, tanto en las esferas económica, social o política, los que a su vez condicionan la acción humana individual o grupal, en las esferas política y jurídica. En tal sentido, la noción acerca de la unidad de la voluntad normativamente expresada también radica en los intereses que subyacen en la norma y por los cuales ha sido dictada, así como los que se persiguen de forma directa o encubierta.

Otro factor esencial en la determinación del Derecho es el axiológico. Múltiples definiciones acerca de los valores o de su papel en el Derecho, tales como que los valores son criterios ideales en que lo jurídico trata de orientarse, supremas cualidades que se estima deben realizarse⁶⁵; o cualidades *sui generis* que poseen ciertos objetos llamados bienes, sin sustantividad propia, como meras posibilidades de un objeto⁶⁶ y, hasta desde posiciones conductistas afirmó que el Derecho era regulador, plasmador de conductas, que habían sido seleccionadas luego de un juicio de valor⁶⁷. Su función en la producción jurídica y en la

⁶⁴ Aunque tampoco respecto a esta denominación hoy hay una única definición. Así para TAMAYO Y SALMORÁN, R. *El Derecho y la Ciencia del Derecho*. UNAM, México, 1986:123-124: el Derecho es Ciencia por cuanto existen hombres (denominados juristas o jurisconsultos) que se ocupan del estudio, análisis, investigación o descripción de algo que se denomina Derecho y porque existe un conjunto de enunciados (resultado de la labor de los juristas) las cuales versan sobre algo que se designa con la palabra Derecho, reconociéndole carácter científico a la labor analítica sobre el fenómeno y al resultado aplicativo de la normativa. Por su parte FIX ZAMUDIO, *Metodología, docencia e investigación jurídica*, Ed. Porrúa, 4ta.ed., México, 1995, dedica especial atención a la Ciencia del Derecho como disciplina científica que estudia los fenómenos jurídicos. Con un criterio más integrador DÍAZ, E. *Curso de Filosofía del Derecho*. M Pons, Madrid, 1998:158, apunta que la Ciencia del Derecho una ciencia teórico-práctica y normativa por cuanto es de y sobre normas, describe, analiza, interpreta y aplica normas.

⁶⁵ RECASEN SICHÉS, en Del Vecchio y Recasen Sichés: 158.

⁶⁶ FRONDIZI, R. *Pensamiento axiológico. Antología*. (Prólogo, Epílogo y compilación por Fabelo, J.R.) Biblioteca Americana, La Habana-, 1993: 4 – 7.

⁶⁷ C.Cossio .Teoría egológica del Derecho, cfr., por FERNÁNDEZ BULTÉ, J. *Filosofía del Derecho*, F. Varela, La Habana, 1997.

normativa en si misma ha sido considerada en tres dimensiones: fundamentadores de las normas, orientadores hacia determinadas metas y parámetro de valoración⁶⁸.

El tema de los valores, aún cuando pudiera pensarse en influencias iusnaturalistas, es de tratamiento obligado, si de contenido y funciones del Derecho se trata el análisis, en tanto ellos, como última expresión de la finalidad que se persigue por aquellos que dictan la norma, y de los intereses que representan, participan activamente en su producción, eficacia y legitimidad. El Derecho es una vía e instrumento para declaración e imposición de los valores⁶⁹ que predominan en la sociedad en un momento determinado, lo que ofrece una cierta armonía entre las disposiciones normativas vigentes; valores, reconocidos jurídicamente como rectores de la sociedad.

Aún cuando como ya se ha afirmado, el Derecho ha de constituir una aplicación e interpretación práctica de los valores, pero no es valor en si mismo, sino que como criterio de obrar expresa una selección que se realiza en consonancia con juicios de valor sobre conductas que se desean exigir, impedir o permitir. Expresa nociones del deber ser, que se han ido formando a través del tiempo, propios de determinada cultura, y aún cuando su presencia puede ser común en diferentes ordenamientos de países que corresponden a una misma familia de Derecho, su instrumentación no tiene, ni puede ser uniforme teniendo en cuenta la diversidad de factores que inciden en la existencia social, en la formación de una cultura, y las diferentes realidades sociales, por lo que su preservación a través del tiempo radica en que expresan ideales, valores superiores de cualquier comunidad histórica.

Así, los valores de Justicia, Equidad, Igualdad y Seguridad Jurídica, que han tenido su origen en el Derecho Romano y que se han desarrollado a través del tiempo, aún perviven, aún cuando la amplitud del contenido del vocablo pueda variar. Su exigencia se mueve básicamente en el plano deontológico y debía serlo en el ontológico, aún cuando no pueda afirmarse su observancia en todos los ordenamientos. Aquí el tema de para quién se exigen y reclaman estos valores o principios básicos del ordenamiento jurídico resulta de estrechas relaciones del Derecho con la moral, con la política y hasta con la economía. En consecuencia, su no observancia o su restricción también puede ser una realidad, pero con la consiguiente afectación de esos valores básicos de cada sociedad, pues aún cuando gracias a la existencia de la norma jurídica se consiga el objetivo previsto, puede paulatinamente propiciarse la disminución del consenso poblacional no sólo respecto al orden jurídico, sino básicamente respecto al régimen social.

Pero el Derecho está formado también por principios, o reglas técnico-jurídicas, los que constituyen uno de sus elementos esenciales. Actúan como sustentadores de las normas, de instituciones, de determinadas ramas y del Ordenamiento en general que al ser observados propician la realización de la armonía y la completitud del Ordenamiento jurídico. Emanados de decisiones judiciales, o de razonamientos doctrinales, le aportan además al Derecho el carácter de técnica, y posibilitan la existencia de cierta concordancia interna del sistema,

⁶⁸ Ver PÉREZ LUÑO, J. "Sobre la igualdad en la Constitución española". *Anuario de Filosofía del Derecho, nueva época*, Madrid, 1987: 141.

⁶⁹ Clarifican esta expresión las ideas expuestas por REALE. *Introducción al Derecho*. Pirámide, Madrid, 1987:101 y ss, cuando destaca que es imposible concebir una norma que esté desvinculada de la finalidad que legitima su vigencia y eficacia, ya que estos valores son el fin que se objetiva en la regla de Derecho.

como por ejemplo: 1) el principio de jerarquía normativa⁷⁰, exigible no por el rango formal de la norma, sino además por la rango del órgano del aparato estatal que ha sido facultado para dictarla; 2) el principio de prevalencia de la norma especial sobre norma la general y consecuentemente, la existencia de leyes específicas para ciertas circunstancias o instituciones que permitan regularlas de forma diferenciada, y aún así ambas tengan valor jurídico y fuerza obligatoria. 3) El principio de la derogación de la norma anterior por la posterior, o, 4) la posibilidad de pervivencia de partes de la norma ya derogada por ausencia de regulación jurídica de esa institución, o de tales relaciones por la nueva disposición, por sólo citar algunos.

Aún más, es oportuno y necesario significar que el análisis del Derecho no puede limitarse a sus elementos esenciales, sino que es imprescindible la valoración de los vínculos con el Poder, en tanto él es a su vez un instrumento del Poder, manifestándose esta relación de forma biunívoca o dual: la regulación jurídica universal y obligatoria es un resultado de la existencia de un poder con cierto nivel de centralización, con capacidad para imponer la realización de determinadas conductas⁷¹; y de la otra, el Derecho es además expresión formal de la voluntad política de la clase dominante⁷² y con ello, las leyes dictadas por los parlamentos como expresión de la voluntad soberana, son una consecuencia de la existencia del Estado y del poder legítimo que a través de él se ejerce, las que para lograrse, requieren en última instancia del ejercicio de la fuerza⁷³. Y aún cuando Poder y Estado no son categorías sinónimas, el Estado es el mejor instrumento para ejercer la dirección general e imponer, por la fuerza si fuese necesario, los intereses predominantes; es el instrumento más directo para desplegar el poder e intervenir de forma legítima en las más disímiles esferas de la sociedad, lo cual hace, para ello, a través del Derecho. Y en tal sentido, la relación entre Poder y Derecho se expresa también en el vínculo que entre el Estado y el Derecho existe.

Resultado de lo antes expuesto, el Derecho es voluntad que aparece como general y que se impone de forma obligatoria a la sociedad, cuando es expresión de la voluntad e intereses prevalecientes en el sector o clase política que ha logrado copar el aparato estatal, o de aquellos a quienes este sector representa y responde. Y tal formulación ha de ser general para que la voluntad e intereses que subyacen se puedan exigir a toda la sociedad, y no sólo esto, sino recibir la aprobación de los gobernados, lo cual manifiesta la relación que entre las clases de determinada sociedad existe⁷⁴; en otras palabras, el Derecho no brota

⁷⁰ Generalmente, cuando se defiende este principio se piensa enseguida en la concepción kelseniana acerca de la estructura jerárquico normativa del Ordenamiento jurídico, mediante la cual se otorga fundamento y validez a una norma gracias a la precedente que la generó, hasta arribar a la Constitución y para ella la hipótesis de una norma fundamental moral previa, tipo pacto.

⁷¹ Acerca de la relación entre Derecho y Poder, ya IHERING. *El fin del Derecho*. Cit.: 193, señaló que la violencia puede existir sin Derecho, pero el Derecho sin fuerza es un nombre vacío, "...tan solo la violencia que realizan las normas del Derecho, hace del Derecho lo que es y debe ser". Marx, Engels y posteriormente Lenin, o Gramsci abordan directamente esta relación.

⁷² Al respecto, VER MARX Y ENGELS."Manifiesto del Partido Comunista". *Obras Escogidas*. II tomos. Progreso, Moscú, 1971: T1: 34-35.

⁷³ BOBBIO .Teo. *Del Ordenamiento jurídico*, 1960:51, coincidiendo en este sentido con los clásicos del marxismo acerca del Derecho como resultado de la violencia, destacó que el Derecho se funda en último análisis sobre el Poder, entendiendo este último como poder de coerción, de hacer respetar la normativa jurídica dictada, aunque sea recurriendo a la fuerza; la fuerza como una necesidad para la realización del Derecho.

⁷⁴ Ver MARX Y ENGELS, *La Ideología Alemana*. Pueblo y Educación, La Habana, 1982:366, en la que se destaca la necesidad de la formulación general, como voluntad del Estado, en forma de ley, de los intereses que se desean realizar, y que el contenido de esas leyes será expresión de las relaciones la clase en el poder con las demás.

espontáneamente de la sociedad ni resulta del libre arbitrio de los hombres, sino que responde a las mismas condiciones que la dominación de clases⁷⁵.

Pero la relación entre Derecho y Poder, Derecho y Estado, no se resume en el uso de la fuerza, o en ser expresión directa de ella, sino que al aparecer el Derecho como voluntad general, expresa formalmente la existencia de una cierta coincidencia de objetivos, de intereses comunes, y por tal motivo adquiere una cierta aceptación también general, se manifiesta entonces como legítima, aún cuando los grados de aceptación y observancia difieran⁷⁶, e incluso cuando en la propia realización de la norma puedan variar los sujetos y los métodos a emplear para lograr su cumplimiento.

De la exposición de la relación anterior no debe concluirse que el Derecho sólo defiende, tutela e impone los intereses, valores, objetivos y necesidades de un solo sector o clase política. La dominación política ha de realizarse básicamente mediante la adopción de ciertas medidas y métodos que permitan su defensa desde la sociedad en su conjunto y la consecución de la legitimidad de sus actos, por lo que no pueden, por mucho tiempo, sólo salvaguardarse los intereses de un grupo a costa y en perjuicio de los valores de los demás. Se requiere lograr cierto grado de armonización en la medida en que existan fuerzas sociopolíticas que pujen con similar intensidad, o al menos cuando su existencia pueda resultar un peligro, una necesidad asociativa temporal o incluso, una preocupación para la que está en el poder. En consecuencia el Derecho adoptado expresará ese grado de armonización⁷⁷, de conquistas⁷⁸ o de imposición⁷⁹.

Ciertamente tales contradicciones políticas se manifiestan a través normas de Derecho, lo cual puede advertirse claramente en cualquier estudio de cortos períodos históricos en cualquier sociedad, por muy invariable o estable que ésta parezca. Pero esas diferencias ó contradicciones no tienen necesariamente que impedir la elaboración y la realización de las normas de Derecho, sino que las medidas que se adoptan para armonizar, ese ceder para conservar o conquistar, también es expresión de la realización de la voluntad política de la clase que ha logrado hacerse del poder, mediante acciones conscientes. En consecuencia, esa voluntad política, que subyace y alimenta las normas de Derecho, es un factor que aporta unidad al conjunto de disposiciones heterogéneas.

⁷⁵ MARX Y ENGELS:367.

⁷⁶ La aceptación puede ser plena, resultado de un pensamiento político positivo, de la coincidencia de objetivos e intereses del ciudadano y los que expresa y defiende la normativa jurídica, lográndose una acción consciente respecto al cumplimiento del Derecho. Pero puede su aceptación ser inconsciente, bajo la credibilidad de que debe ser así, lo cual se ha logrado por la influencia de diversos factores ideológico-culturales que inciden en la formación de la conciencia humana, manifestándose respecto al Derecho cumplimiento como resultado de una confianza sin valoración. De forma extrema, el cumplimiento de las normas se logra como resultado de la propia normatividad del Derecho, por la amenaza de coerción que emana del apoyo que brinda la fuerza pública, y en casos extremos por el propio ejercicio del poder coactivo del Estado, a través del accionar de la policía, los tribunales, la fiscalía, las cárceles.

⁷⁷ Ambigüedad para algunos, tal y como se manifiesta en la doctrina española respecto a la Constitución de 1978, por ese permitir a unos y a otros respecto a una misma esfera, una misma institución: La propiedad privada, pero con función social; la libre empresa con la libre competencia; derechos superprotégidos y otros como valores.

⁷⁸ El texto constitucional cubano de 1940, a pesar de ser catalogado como burgués, expresa su democratismo en algunos preceptos que se vieron obligados a reconocer los constituyentistas como resultado de la presión de los elementos de izquierda, de las características del momento en que se produjo la discusión y aprobación del texto, así como la publicidad de la realización de la asamblea.

⁷⁹ El texto constitucional cubano de 1976 es expresión de esta imposición de la voluntad mayoritaria triunfante.

Las cartas de Derechos expresan formulaciones permisivas o de reconocimiento generales, para luego establecer el límite del ejercicio de esos derechos en contra del orden imperante.

Y si tenemos en cuenta que la heterogeneidad antes señalada es consecuencia de que tales normas regulan relaciones sociales de diferente tipo, que han sido dictadas en distintos momentos históricos, y porque pueden incluso expresar diferentes intereses, es necesaria la existencia de ciertos elementos para conservar la requerida armonía en el sistema de normas, y ese todo se salva a partir de la observancia de ciertos principios técnicos jurídicos⁸⁰.

Por tanto, tal voluntad⁸¹ junto con los intereses, valores y principios, en unión con las circunstancias fácticas nacionales e internacionales vinculadas directamente con el fenómeno que se regula, condicionan la producción jurídica y la aplicación de las normas en una dirección, más o menos amplia en dependencia del grado de democraticidad real o formal de las instituciones que en tales procesos participan.

En otras palabras, si el Derecho ofrece el cauce legal de las relaciones sociales permitiendo, impidiendo o mandando la realización de conductas humanas y estableciendo las pautas para la solución de conflictos, es por ello que su proceso de creación reclama de actos conscientes, mesurados, resultados de análisis previos de carácter socio-sicológicos, económicos y técnico jurídicos, de probabilidades de presentación de conducta o de una forma jurídica determinada, de definición de los efectos deseados y de detección del círculo de efectos posibles, así como la previsión de las medidas que se adoptarán para propiciar, paliar o evitar los efectos antes mencionados. Y tales requerimientos obligan a considerar al Derecho en un alto grado de científicidad si de garantizar eficacia jurídica y justicia se trata. Asimismo, en tanto que desde el Derecho se sientan las pautas para la formación de convicciones y se logra la aceptación y defensa de un determinado orden social, ofreciendo estabilidad a las relaciones y voluntad imperantes; se contribuye a la realización de objetivos sociales y al logro del consenso popular respecto al régimen imperante, es que es imposible negar que el proceso de creación del Derecho reclama un pensar y quehacer científicos.

Tal carácter científico también se aprecia en la Jurisprudencia⁸², en la doctrina que emana de las sentencias judiciales. Mientras que en el sistema de Derecho anglosajón la actividad jurisprudencial no resulta básicamente de la aplicación de la ley escrita, como sucede en el

⁸⁰ Principios de jerarquía, temporalidad y especialidad, los que cuando no se observan permiten la manifestación externa de la falta de armonía total existente dentro del sistema del Derecho.

⁸¹ El hecho de que sostenga que existe tan estrecha relación entre Derecho y Poder, que la voluntad política predominante de expresa a través del Derecho, no debe llevar a la aceptación de la noción de que el Derecho sólo sea y exprese voluntad política. Ejemplo lo tenemos en Vishinski, Fiscal General de la URSS, en tiempos de Stalin. Al respecto, tal reducción del Derecho, más que conscientemente para impedir su plenitud de desarrollo, es una expresión de la función que desde el Poder y para su defensa se le reconoció al Derecho, como un instrumento para la centralización y concentración del poder, negando toda discusión y participación popular. Esta y otras reducciones que se han hecho del marxismo, han afectado su cabal comprensión, la historicidad de sus postulados y para algunos su vigencia en estos tiempos. En "EL izquierdismo, enfermedad infantil del comunismo", Lenin, ya avizoraba los desastres que podían crear los dogmas y reducciones.

⁸² Doctrinalmente se ha expuesto que la Jurisprudencia no es fuente formal del Derecho, sino fuente de interpretación, criterio presente también en Cuba desde la época prerrevolucionaria; al respecto ver Bustamante –La jurisprudencia en la jerarquía de las fuentes del Derecho Positivo. Rev. De Der. Privado, 1934:235 y ss. Los Tribunales Supremos de Cuba y España negaron en reiteradas ocasiones que sus decisiones fueran fuente de Derecho, pero de forma contradictoria a la expresión anterior, le reconocen fuerza vinculante respecto a los tribunales inferiores y a las partes del fallo. Al respecto Merino Brito en la Interpretación constitucional, Ed. J. Montero, La Habana, 1949: 89 – 92, cita el Auto del Trib. Supremo nro. 73 de 23 de nov., de 1901, en el que se afirma que la inteligencia de las leyes es fijada por los Tribunales de justicia en ocasión de la aplicación de las leyes, al extremo de que "...a la inteligencia dada [por los tribunales] han de sujetarse las resoluciones judiciales en virtud de la fuerza que a la doctrina legal establecida por la jurisprudencia, otorga la misma ley.

sistema de Derecho romano germano francés, lo común es que en los procesos de aplicación e interpretación de las normas que en cada sistema se consideren válidas, se realicen por los jueces análisis acerca del hecho que ante ellos se presenta, de la posible normativa a aplicar teniendo en cuenta el sentido y la finalidad que a la norma se le reconoce en dependencia de la corriente interpretativa subjetiva u objetiva que impere, para luego decidir acerca de la subsunción del hecho a la norma ó a la concreción de ellas al caso.

Este proceso, a través de la historia del Derecho ha pasado por varias etapas, con métodos inductivo o deductivo para los análisis, subsunción⁸³ o concreción o libre creación de la norma, partir de la norma o del hecho; y aún cuando en ocasiones se le ha negado su científicidad, ha supuesto en algún momento una actuación racional consciente, de detección de lo general y de lo singular, de comparaciones y propuestas de soluciones. Y es ese quehacer, un proceso de acciones conscientes, de deducciones, valoraciones y consideraciones de elementos fácticos, ideológicos, axiológicos, de elementos sociopolíticos que rodean a la institución política-estatal y a los jueces⁸⁴, de análisis de los que han incidido en la producción del hecho, de los que rodean la institución jurídica y de los posibles efectos de la decisión judicial, ante casos previstos jurídicamente o en situaciones de vacíos o antinomias normativas. Y si de ese quehacer, de ese pensar interactuado nacen las decisiones, los fundamentos de Derecho que se han tenido como sustento de la decisión judicial, todo ello obliga a considerar la científicidad de esta forma de expresión del Derecho⁸⁵, que por demás incide en la preservación de la armonía del Ordenamiento, o lo que es lo mismo, la conservación del sistema.

Corroborando el criterio anterior, debemos además tener presente que la doctrina y los principios que subyacen en las decisiones judiciales reclaman una elucidación o exteriorización para ser empleados como pautas para soluciones posteriores ante la ausencia de normativa válida expresamente creada por los órganos estatales competentes. Y esta elaboración debe también considerarse de carácter científico.

En cuanto a lo que hacemos los teóricos del Derecho, también tiene carácter científico. Desde la Academia se elaboran doctrinas, se realizan análisis que integran la cultura jurídica de determinada sociedad o comunidad jurídica, que se emplean en la formación de los

⁸³ Aún cuando de la subsunción se ha dicho que es una actividad mecánica, falta de creatividad y de libertad de juez para valorar y decidir y obligado siempre a la detección de la voluntad del legislador histórico, en este propio proceso de elucidación de la voluntad legislativa los jueces pueden y deben realizar consideraciones que matizan la supuesta *voluntas legislatoris* y ya no es la mecánica aplicación normativa.

⁸⁴ Aún cuando no es objetivo directo de este trabajo, es necesario para su mejor comprensión significar a qué elementos sociopolíticos me refiero, teniendo en cuenta la experiencia cubana. En el orden estructural, los tribunales forman un sistema de órganos, subordinado al sistema general de órganos estatales; asimismo se integran por jueces legos que aportan sentir y vínculo directo con el pueblo, unido al carácter electivo de todos los jueces y la pertenencia de ellos mismos al sistema, lo que asegura legitimidad popular a su integración y a sus decisiones; pueden ser removidos de sus cargos por los órganos representativos que los eligieron; en el orden funcional actúan de forma colegiada, sometidos a la Constitución y la ley.

⁸⁵ La negativa ha sido un fenómeno general en la teoría socialista y en Cuba post 1959. Se planteó que propiciaba inercia creativa entre los jueces (Ver al respecto: Cañizares Abeledo, Teoría del Estado y del Derecho, U.Habana, Cap. Teoría de las fuentes del Derecho) y que órganos no facultados expresamente puedan crear Derecho no sólo ante vacíos normativos y, como consecuencia, podíase modificar las disposiciones expresamente aprobadas por los órganos facultados. No obstante, las facultades constitucionalmente reconocidas al Consejo de Gobierno del Tribunal Supremo Popular han dado lugar a la aparición de una Jurisprudencia “instructiva o aclarativa” [calificación de la autora], con el objetivo de propiciar la uniforme aplicación de la ley. Para ampliar, ver PRIETO VALDÉS, M. La Interpretación del Derecho. Criterios doctrinales y su expresión en Cuba. La Habana-marzo de 1999.Trabajo de investigación inédito.

futuros profesionales y que los marcan para su actuación posterior. Asimismo, tales nociones, de una u otra forma, inciden en el proceso de creación de las disposiciones normativas, no porque las teorías y doctrinas elaboradas adquieran un valor normativo, sino porque son resultado de estudios de normativas, de decisiones judiciales, de la eficacia de las mismas, y aportan al jurista práctico y al político elementos para fundamentar sus decisiones.

Igual consideración debemos hacer respecto a las investigaciones dogmáticas o teórico doctrinales en las que se valoran o proponen principios rectores para una u otra legislación, se sugiere el nacimiento o la desaparición de alguna institución jurídica o política, se exponen nuevas consideraciones teórico-conceptuales que pueden incidir en la doctrina en general y en la práctica jurídica en particular; o con las investigaciones socio jurídicas, por cuanto éstas, si queremos que de la ciencia formen parte, no deben limitarse a la exposición de los problemas, ni al estudio de casos, sino que han de tener soporte y conclusiones teórico generales y particulares para el fenómeno estudiado, coadyuvando así a validar eficacia o a realizar previsiones científicas en la esfera del Derecho.

Unido a todo lo antes expuesto y partiendo de asumir el carácter complejo del Derecho por la multiplicidad de elementos y caracteres que determinan o inciden en su existencia y desarrollo, por sus fundamentos ideológico-valorativos, por la diversidad de sus funciones sociales y su propia vigencia espacial -temporal, que lo lleva a ser propio de un país, y a tener elementos comunes y diferentes con otros, su enseñanza⁸⁶ también ha de ser considerada una actividad de ciencia; no puede limitarse exclusivamente a la valoración crítica o a la asunción avalorativa y la repetición de sus postulados normativos, sino que requiere del análisis de los elementos de tipo socioeconómico, político, ideológico, cultural y axiológico que se manifiestan y priman en la sociedad en un momento determinado, y hasta de consideraciones de tradición o historia en la esfera del Derecho, todos los cuales condicionan no sólo la cultura jurídica de la época, sino la normativa dictada.

No basta, tampoco, con enseñar y lograr que el estudiante realice el simple cuestionamiento de la normativa y de su eficacia, es necesario que sea capaz de analizar objetivamente la sociedad donde se desarrolla y conocer las causas que han determinado la presencia, la ausencia y hasta el limitado o desmedido desarrollo de una determinada institución, así como las perspectivas de expansión teniendo en cuenta que si las normas existen en sociedad, interactúan con ella, y que ella -la sociedad- condicionará las pautas de su evolución posterior. Se le ha de enseñar a tener en cuenta las diferencias o contradicciones de intereses, el surgimiento de situaciones nuevas no fielmente reflejadas en la normativa, así como la posible apertura de una época dispar entre norma y realidad, que requiere del trabajo del operador jurídico e intérprete, o del creador autorizado, para preservar la armonía del sistema jurídico-político, mediante la adaptación, derogación, modificación o creación de normas que ofrezcan una solución de continuidad, so pena de ilegalidad, crisis o ruptura. Y respecto a tales procesos deben ser enseñados, conforme a la metódica de las ciencias particulares, a pensar, a valorar con cabeza propia, aportándosele las herramientas para ello.

⁸⁶ Para ampliar acerca de la Enseñanza de Ciencias jurídicas particulares, especialmente el Derecho Constitucional, ver Prieto Valdés, M. La Enseñanza del Derecho Constitucional I y II, ponencias presentadas en Seminarios Internacionales II y III acerca de la Enseñanza del Derecho, La Habana y publicadas en Revista electrónica mexicana de Derecho, nros. 14 y 15/2001.

Debe también enseñarse la técnica jurídica, con el objetivo de que en su acción como juristas, sean capaces de incidir en la creación y desarrollo de un Ordenamiento jurídico unitario, sin olvidar la necesaria especialización que entre las diferentes Ramas del Derecho ha de existir; pero capaces de formular normas o de recomendar la elaboración otras, sustentado el Ordenamiento en principios que propicien en completamiento de antinomias, lagunas u oscuridades, que permitan la realización de los principios jurídicos rectores de los Estados y posibiliten la perpetración de la Justicia, la igualdad y la seguridad jurídica ciudadanas.

Y todo este quehacer es Derecho en lo general, sin desconocer sus diferentes formas de manifestación como normatividad, como doctrina o decisión, como facultad y estudios técnicos especializados.

MPrieto