



Revus

Journal for Constitutional Theory and Philosophy of
Law / Revija za ustavno teorijo in filozofijo prava

31 | 2017

Dogmatics and Constitutional Interpretation

Conceptos dogmáticos: una visión iusrealista

Dogmatic concepts: a realistic view

Álvaro Núñez Vaquero



Edición electrónica

URL: <http://journals.openedition.org/revus/3805>

DOI: 10.4000/revus.3805

ISSN: 1855-7112

Editor

Klub Revus

Edición impresa

Fecha de publicación: 10 junio 2017

Paginación: 111-133

ISSN: 1581-7652

Referencia electrónica

Álvaro Núñez Vaquero, « **CONCEPTOS DOGMÁTICOS: UNA VISIÓN IUSREALISTA** », *Revus* [Online], 31 | 2017, Online since 27 May 2019, connection on 20 May 2020. URL : <http://journals.openedition.org/revus/3805> ; DOI : <https://doi.org/10.4000/revus.3805>

Este documento fue generado automáticamente el 20 mayo 2020.

All rights reserved

Conceptos dogmáticos: una visión iusrealista

Dogmatic concepts: a realistic view

Álvaro Núñez Vaquero

- 1 En el marco de la discusión acerca de la teoría de la ciencia jurídica, uno de los temas sobre los que más se ha discutido ha sido si la ciencia jurídica constituiría, y en qué sentido, una disciplina dogmática (Atienza 2014: 115 ss.). Más allá de cuál sea el preciso significado que debemos atribuir a esta expresión, aquí el paralelismo con la teología parece claro: del mismo modo que el teólogo no puede dudar acerca de la corrección del correspondiente texto sacro, tampoco la ciencia jurídica como una disciplina dogmática podría poner en cuestión lo ordenado por el legislador. De esta forma, parece que aquello que sería objeto de aceptación o no cuestionamiento serían las normas de la autoridad teológica o jurídica.
- 2 En el marco de dicha controversia sobre la dogmaticidad de la ciencia jurídica, es conveniente rescatar una idea del jurista italiano, recientemente desaparecido, Francesco Galgano. Según Galgano (2010: 14), aquello que constituiría los dogmas –el objeto de aceptación– de la ciencia jurídica no serían las normas del legislador, sino (algunos de) los conceptos jurídicos. En particular aquellos que, bien a partir de los términos empleados por el legislador (dotando a aquellos de significado vía interpretación), bien como creación *ex novo* de los estudiosos del derecho positivo, son construidos por parte de la propia ciencia jurídica. De aquí en adelante llamaré a tales conceptos jurídicos, conceptos dogmáticos. Además, me referiré a los estudiosos del derecho positivo indistintamente como dogmáticos, y equipararé ciencia jurídica con dogmática jurídica.¹
- 3 Más allá de que los conceptos dogmáticos sean los «verdaderos» dogmas de la ciencia del derecho (la dogmática), la tesis de Galgano tiene el mérito de recuperar para el centro de atención teórica el papel que cumplen los conceptos dogmáticos en la actividad de los estudiosos del derecho positivo (los dogmáticos). Por supuesto, aquellos conceptos han recibido una amplia atención desde mediados del siglo XX, siendo la literatura al respecto más que abundante.² No obstante, en mi opinión, no se ha dado

una explicación suficientemente satisfactoria del papel que cumplen los conceptos dogmáticos en las propuestas de soluciones ofrecidas por los estudiosos del derecho positivo para los casos difíciles. Dicho en otras palabras, las propuestas existentes no explican adecuadamente el papel que juegan los conceptos dogmáticos en la creación intersticial del derecho, cuestión de la que al menos una teoría realista del derecho –a la que me limitaré en este trabajo– debe necesariamente dar cuenta.

- 4 A continuación, me propongo resaltar seis funciones de conceptos dogmáticos que quedan afuera del alcance del análisis tradicional iusrealista. Sin embargo, antes aclararé a qué tipo de conceptos jurídicos me estoy refiriendo (1), cuál debe ser, en mi opinión, el objetivo de una adecuada teoría realista (2) y por qué hemos de distinguir entre dos tipos de conceptos dogmáticos –los legales y los científicos– para alcanzar dicho objetivo (3).

1 El origen y el contenido: dos distinciones de base

- 5 Por «conceptos dogmáticos» estoy entendiendo aquellos conceptos jurídicos, contruidos por los estudiosos del derecho positivo –bien *ex novo*, bien a partir de alguna expresión del legislador– que hacen referencia a alguna situación³ calificada normativamente por algún ordenamiento jurídico (o que se desea que sea calificada por el ordenamiento).⁴ De este modo, son dos las características que distinguirían los conceptos jurídicos dogmáticos de otros tipos de conceptos que pueblan el discurso jurídico: los conceptos legislativos, los conceptos jurisprudenciales y los conceptos teórico-jurídicos (Frändberg 2009: 4). Esas dos características son el origen y el contenido .
- 6 *En primer lugar*, su contenido: los conceptos dogmáticos se distinguen de los conceptos teórico-jurídicos. Por «conceptos teórico-jurídicos» estoy entendiendo aquellos conceptos que hacen referencia a alguna propiedad de la forma o la estructura de diferentes ordenamientos jurídicos o de las normas jurídicas, propios de la teoría del derecho como, por ejemplo, sistema jurídico, deber, obligación, razones concluyentes, norma constitutiva, etc.⁵
- 7 Los conceptos dogmáticos, en cambio, hacen referencia a situaciones calificadas normativamente en nuestros ordenamientos (o que alguien desea que sean calificadas). A conceptos tales como tributo, propiedad o delito se le correlacionan consecuencias normativas en nuestros ordenamientos, es decir, al hecho de que algo sea calificado o cuente como propiedad o tributo se le asocian consecuencias normativas. Mientras que los conceptos dogmáticos son propios de la ciencia del derecho (Núñez Vaquero 2013 y 2014), los teóricos son propios de la teoría del derecho (Guastini 2016: 25 ss).
- 8 *La segunda propiedad* que caracteriza a los conceptos dogmáticos es su origen, lo que permite distinguir los conceptos dogmáticos de los conceptos legislativos y de origen jurisprudencial. Los conceptos dogmáticos son aquellos elaborados por los estudiosos del derecho positivo: aquellos investigadores que se dedican a determinar la calificación normativa que reciben tipos de comportamientos con base en un determinado ordenamiento jurídico, pero a cuyos enunciados el propio ordenamiento no les reconoce valor jurídico (Núñez Vaquero 2013 y 2014). Por el contrario, serán conceptos legislativos y jurisprudenciales aquellos que han sido contruidos, respectivamente, por el legislador o por los tribunales de justicia.

- 9 Una vez introducida la segunda distinción es, no obstante, necesario relativizarla debido a la relación dinámica que existe entre estos tres tipos de conceptos, en dos sentidos diferentes. El primer sentido es que, aunque en ocasiones la ciencia jurídica como una disciplina dogmática construye conceptos *ex novo*, inventando incluso términos nuevos, normalmente la construcción dogmática parte de términos de origen legislativo y, en menor medida, jurisprudencial.⁶ Es decir, lo que más frecuentemente hacen los estudiosos del derecho positivo es definir términos, vía interpretación, empleados, pero no definidos por el legislador o la jurisprudencia. Cuando el legislador o la jurisprudencia los define, los estudiosos del derecho positivo muy habitualmente llevan a cabo redefiniciones, precisando, añadiendo o quitando propiedades de dichas definiciones. En otras ocasiones, sencillamente ignoran las definiciones dadas por el legislador o la jurisprudencia, construyendo conceptos paralelos (Tarello 2013: cap. 4).
- 10 No obstante, sería posible afirmar que todos los conceptos jurídicos que se refieren a situaciones calificadas –o que alguien desea que sean calificadas– normativamente por algún ordenamiento jurídico son dogmáticos. Ello porque los estudiosos del derecho positivo siempre tienen la posibilidad (empírica) de redefinir los términos empleados por el legislador o por la jurisprudencia. Sin embargo, aunque los estudiosos del derecho positivo siempre tienen la posibilidad (empírica) de precisar o modificar el significado dado por jurisprudencia o legislador a los términos jurídicos, lo cierto es que no siempre lo hacen, por lo que la diferencia continúa siendo relevante.
- 11 La relación entre estos tres tipos de conceptos jurídicos (los dogmáticos, los legislativos y los jurisprudenciales) es dinámica también en un segundo sentido. Entre legislador, tribunales de justicia y estudiosos del derecho positivo se da un permanente intercambio entre los significados atribuidos a los términos jurídicos. En particular, sucede que conceptos primeramente definidos por los estudiosos del derecho positivo son asumidos después por la jurisprudencia o por el legislador, posteriormente son reformados por la jurisprudencia o el legislador, y son ulteriormente acogidos (o nuevamente redefinidos) por los estudiosos del derecho positivo. El intercambio entre los conceptos formulados por estos tres sujetos es permanente.

2 El análisis rossiano y el objetivo de una teoría realista no cumplido

- 12Cuál sea o deba ser el objetivo de la teoría del derecho es una cuestión discutida y discutible. Aquí no voy a analizar esta cuestión en términos generales,⁷ sino que me voy a limitar a presentar sumariamente el que considero que debe ser el objetivo de una teoría realista de los conceptos dogmáticos. Qué constituya una teoría realista de los conceptos dogmáticos satisfactoria resulta de especial importancia porque algunas de las aportaciones más relevantes a la teoría de estos conceptos han sido formuladas desde la órbita del realismo jurídico. Destaca indiscutiblemente entre dichas aportaciones aquella de Alf Ross, especialmente mediante su bien conocido trabajo *Tû-tû* (Ross 1971). No es, desde luego, la única aportación relevante desde la órbita del realismo jurídico,⁸ pero es sin duda la más conocida.
- 13 Como es bien sabido, para Ross los conceptos dogmáticos cumplen una única función:⁹ servir para resumir o conectar un determinado conjunto de hechos y un determinado conjunto de consecuencias normativas, ambos previstos por algún ordenamiento

jurídico vigente. Al carecer tanto de referente como de sentido –al menos bajo una determinada lectura del trabajo de Ross (1971)–¹⁰ la única función que pueden cumplir los conceptos dogmáticos es conectar o resumir supuestos de hecho y consecuencias jurídicas dentro de un ordenamiento jurídico. No obstante, según el propio Ross, pese a dicha carencia, los conceptos dogmáticos pueden ser empleados en enunciados significativos de carácter descriptivo o normativo: bien para indicar que una determinada acción puede ser calificada como *tû-tû*, bien para determinar que una persona debe someterse al correspondiente ritual de purificación por estar *tû-tû*.

- 14 Aquí no voy a discutir los méritos de la propuesta de Ross. Más allá de algunas tesis discutibles,¹¹ antes que discutir lo que Ross dice, me interesa señalar lo que no dice. En particular, la reconstrucción que hace Ross de los conceptos dogmáticos no permite dar cuenta de una serie de operaciones que llevan a cabo los estudiosos del derecho positivo que tienen como resultado la creación intersticial del derecho. Y no permite dar cuenta de dichas operaciones porque la reconstrucción de Ross, aunque pretende hacer terapia lingüística a partir de los usos efectivos del lenguaje, tiene un fuerte carácter normativo que le lleva a oscurecer otros usos de tales conceptos que cumplen importantes funciones en el discurso de los estudiosos del derecho positivo. Al estar Ross preocupado sobre todo por hacer terapia lingüística a partir de uno de los usos que los dogmáticos hacen de estos conceptos, le pasan desapercibidas otras tareas – de carácter creativo de derecho – que los estudiosos del derecho realizan con base en tales conceptos.

- 15 Se podría argüir que esto no es normativo en sentido estricto, al menos en algún sentido de «normativo»

, sino mera terapia lingüística acerca de los usos del lenguaje en el derecho. Sin embargo, lo que quiero sostener precisamente es que, al llevar a cabo esta terapia lingüística, Ross no vio todas las funciones que desarrollan los conceptos dogmáticos en la práctica jurídica de los estudiosos del derecho positivo. Y ello es especialmente grave para una teoría realista de los conceptos dogmáticos si pensamos que tales conceptos constituyen la piedra angular para actividades de creación intersticial del derecho.

- 16 El problema no es, desde luego, hacer terapia lingüística, actividad loable desde varios puntos de vista,¹² sino otros dos. El primer problema es que Ross parece estar queriendo construir la terapia propuesta a partir de lo que efectivamente hacen los operadores jurídicos con conceptos dogmáticos: depurar la práctica jurídica. Sin embargo, su reconstrucción de la práctica es, cuanto menos, parcial en la medida en que deja de lado, como veremos más adelante, algunos de los usos más frecuentes que de aquellos conceptos hacen los estudiosos del derecho positivo. El segundo problema es que ello es especialmente grave para una teoría realista del derecho, que ha de tener como misión principal dar cuenta de los márgenes de indeterminación del derecho y del papel creativo de los operadores jurídicos en la creación del derecho. En resumen: Ross no da cuenta de qué hacen los estudiosos del derecho positivo con estos conceptos, sino que orienta acerca de cómo deben –y cómo no deben– ser usados estos conceptos,¹³ pero ignorando cómo estos son efectivamente usados de manera mayoritaria en el discurso de la dogmática jurídica.

- 17 El objetivo de Ross (1971: 21) en *Tû-tû* era recuperar los conceptos dogmáticos para el discurso práctico después de la anti-metafísica y radical crítica de Lundstedt, quien

consideraba que la mayoría de los conceptos dogmáticos deberían ser abandonados por tener implicaciones metafísicas. A tal fin, Ross reconstruye estos conceptos como un útil instrumento para la presentación de normas dentro de un determinado ordenamiento jurídico, pero continúa vedando otros usos, del mismo modo que Lundstedt, por constituir actividades que tienen presupuestos metafísicos. El problema es que al pretender depurar la metodología jurídica, Ross olvida ciertas actividades de creación intersticial del derecho que los dogmáticos llevan a cabo, debiendo ser el análisis de aquellas actividades el objetivo principal de una teoría realista de los conceptos dogmáticos.

- 18 Cerrando la puerta a otras actividades que los estudiosos del derecho realizan con base en los conceptos dogmáticos –especialmente la pregunta relativa a la supuesta «naturaleza jurídica» de *tû-tû*– Ross circunscribe los conceptos dogmáticos a su uso en relación a los ordenamientos jurídicos positivos, al derecho vigente de algún ordenamiento. Cualquier pregunta acerca de qué es la propiedad, más allá de las normas de un determinado ordenamiento, carecería pues de sentido. El problema es que, circunscribiendo la función de los conceptos dogmáticos a servir de conector o para resumir las normas del derecho vigente de un ordenamiento (Ross 1971: 26), la teoría de Ross de los conceptos dogmáticos es incapaz de dar cuenta de estas otras actividades en las que los estudiosos del derecho emplean conceptos dogmáticos.
- 19 Lectores conocedores de la obra de Ross habrán podido detectar bien una ambigüedad, bien directamente un error en la reconstrucción llevada a cabo aquí de las tesis de Ross al respecto.¹⁴ En particular, aquí estaría atribuyendo a Ross dos tesis diferentes: por un lado, que los conceptos dogmáticos serían meros conectores entre normas o fragmentos de normas (llamémoslo *concepción puente*); por el otro, que aquellos serían formas de resumir normas (llamémoslo *concepción resumen*).
- 20 Lo que voy a sostener es que ambas tesis son atribuibles a Ross, y si bien ambas tesis son pasibles de críticas similares, me concentraré en la concepción resumen. En efecto, Ross parece estar haciendo referencia (también) a la concepción resumen en diferentes pasos de sus textos:¹⁵

Corresponde al pensamiento jurídico conceptualizar las normas de tal manera que las mismas sean reducidas a un orden sistemático y, por este medio, dar una versión del Derecho en vigor lo más clara y conveniente posible. Esto puede ser logrado a través de la siguiente técnica de presentación[.] Lo que se ha sido descrito aquí es un simple ejemplo de reducción por razón a un orden sistemático. Corresponde a la ciencia jurídica, en última instancia, emprender este proceso de simplificación[.] «Propiedad», «crédito», y otras palabras /.../ sólo sirven un propósito como técnica de presentación. (Ross 1971: 26, 30, 32)

[H]ay que afirmar que el concepto de derecho subjetivo no tiene referencia semántica alguna /.../ [E]s un medio que hace posible –en forma más o menos precisa– representar el contenido de un conjunto de normas jurídicas, a saber, aquellas que conectan cierta pluralidad disyunta de hechos condicionantes con cierta pluralidad acumulativa de consecuencias jurídicas. (Ross 1997: 215)

El concepto de «el Estado» es la unidad que corresponde a la unidad sistemática del orden jurídico, establecida en la Constitución[.] El significado de estos enunciados ha sido ahora indicado, porque el mismo consiste precisamente en las condiciones que deben llenarse o las circunstancias que de hecho deben estar presentes para hacer posible sostener que el enunciado es verdadero. (Ross 2006: 80, 86)

- 21 Esta ambigüedad en Ross se produce probablemente porque pensaba que los conceptos dogmáticos jugaban un papel importante en la sistematización del derecho entendida como presentación ordenada del derecho mediante conceptos como acto jurídico,

contrato o compra-venta. Sin embargo, esta función no puede ser desarrollada por la concepción puente, al menos si bajo tal entendemos que los conceptos no son más que conectores sintácticos.

- 22 Aquí me voy a concentrar en la concepción resumen. La razón es que la concepción puente es aún más pasible de la crítica antes anunciada: deja aún más en la sombra las funciones que cumplen los conceptos dogmáticos en la práctica del derecho.¹⁶ Así pues, imputaré a Ross la tesis según la cual los conceptos dogmáticos son instrumentos para abreviar normas. No sostengo, de ningún modo, que esta sea la única interpretación posible de Ross, sino únicamente una de las posibles y, desde el punto de vista que aquí me interesa, la más caritativa.
- 23 Sin embargo, al lado de los «conceptos resumen» vinculados a un ordenamiento vigente, los estudiosos del derecho emplean también otros conceptos dogmáticos que no son el resumen de las normas de ningún concreto ordenamiento vigente en particular. Es más, pese a Ross, el contenido de significado de este otro tipo de conceptos dogmáticos puede diferir, y de hecho difiere, respecto de las normas de un concreto ordenamiento jurídico vigente (o incluso de cualquier ordenamiento); pero, al mismo tiempo, son comunes a juristas de diferentes ordenamientos.
- 24 Por ejemplo, cuando los penalistas chilenos (o de cualquier otro lugar) se preguntan acerca de las condiciones que ha de satisfacer un comportamiento para poder ser calificado como delito, de ningún modo se están preguntando cuál es la totalidad de comportamientos calificados como delitos en el Código Penal chileno, ni sobre el significado del primer artículo de dicho Código, que define qué es un delito. Por el contrario, se están preguntando acerca de qué condiciones o requisitos ha de cumplir un determinado comportamiento para poder ser tipificado penalmente, buscando las características que necesariamente debe cumplir cualquier comportamiento para ser calificado como delito.¹⁷ Por supuesto, la respuesta al último interrogante no es equivalente a la respuesta a la pregunta sobre cuáles son los comportamiento efectivamente tipificados penalmente en Chile.
- 25 El problema, que genera no poca confusión, es que se refieren con un mismo término – en este caso, «delito»– a dos nociones diferentes: el conjunto de acciones tipificadas en un código penal y las condiciones que ha de cumplir un comportamiento para ser tipificado penalmente.¹⁸ La confusión –o la ausencia de distinción– se produce precisamente porque los estudiosos del derecho positivo emplean conceptos dogmáticos diferentes, pero usando un mismo término (i.e. «delito»).¹⁹ Estos conceptos dogmáticos –que no resumen las normas de ningún concreto ordenamiento jurídico vigente– suelen ser comunes a estudiosos del derecho de ordenamientos (e incluso épocas) diferentes, aunque evidentemente los ordenamientos vigentes cambien en su regulación (los comportamientos efectivamente tipificados penalmente). Es precisamente esta dualidad de conceptos –el concepto resumen de propiedad que se refiere a las normas de un determinado ordenamiento y el concepto de propiedad que no se refiere a ningún concreto ordenamiento jurídico vigente– la que permite a los estudiosos del derecho realizar ciertas operaciones de las que la teoría de Ross no puede dar cuenta.
- 26 En este momento se vuelve importante la cuestión acerca de cuándo una teoría realista de los conceptos es relevante y satisfactoria. Este no es el lugar indicado para presentar una reconstrucción global del realismo jurídico, pero sí para recordar la idea según la cual una teoría realista del derecho en general, y de los conceptos dogmáticos en

particular, debe estar en disposición de dar cuenta de la creación intersticial del derecho. Una teoría realista debe explicar cómo los operadores jurídicos contribuyen en la creación del derecho, porque saber cómo se crea el derecho es condición necesaria para cualquier intento de reformarlo y para saber a qué atenernos jurídicamente, lo que es a su vez condición de la autonomía y la libertad (Núñez Vaquero 2012). Más aún si se considera, en consonancia con una parte del realismo jurídico contemporáneo, que la teoría del derecho ha de ser sencillamente una meta-jurisprudencia (Guastini 2016: 25 ss).

- 27 La razón por la que la teoría de Ross no es capaz de dar cuenta de dichas operaciones realizadas por los estudiosos del derecho positivo a partir de conceptos dogmáticos, como ya se ha dicho, es que, pese a pretender reformar el modo en que efectivamente son empleados los conceptos dogmáticos en los discursos jurídicos, su reconstrucción no muestra todas las funciones que satisfacen estos conceptos dentro del discurso dogmático. De este modo, el problema es que oscurece algunos importantes usos de los conceptos dogmáticos. Si los juristas se preguntan, como efectivamente hacen, acerca de la naturaleza jurídica de la propiedad o de *tû-tû*, su discurso carecería para Ross de sentido. Sin embargo, los estudiosos del derecho derivan de cuestiones como la naturaleza jurídica del delito, del contrato, o de la propiedad, soluciones para casos no resueltos, y la teoría de Ross es incapaz de dar cuenta de este fenómeno.²⁰
- 28 Si bien hay que compartir la conclusión de Ross acerca de que la pregunta sobre la naturaleza jurídica de la propiedad (o de *tû-tû*) carece de sentido, ello no implica que la teoría del derecho, especialmente una realista, no deba dar cuenta de dichas operaciones. Por el contrario, es precisamente en este terreno, todavía no suficientemente explorado, donde la teoría realista del derecho está llamada a jugar un papel relevante. Son al menos seis las funciones de los conceptos dogmáticos que una teoría como la de Ross oscurece: la abreviación de normas, la explicación de normas, cómo tales conceptos sirven de marco para la legislación, la guía en la interpretación jurídica, la justificación de normas y la creación de normas. Para remediar al menos parcialmente al dicho déficit, me propongo insistir en continuación en la distinción entre dos tipos de conceptos dogmáticos para después analizar qué papel juegan los conceptos dogmáticos en las seis funciones recientemente mencionadas.

3 Los conceptos dogmáticos legales y científicos

- 29 Por razones de comodidad llamaré «conceptos dogmáticos legales» a los conceptos resumen de Ross, los cuales –como hemos visto– resumen normas que pertenecen a un concreto ordenamiento jurídico vigente. Es decir, cuando términos como «propiedad», «contrato» o «tributo» son empleados para sintetizar las normas de un concreto ordenamiento jurídico nacional vigente, entonces estaremos frente a un concepto dogmático legal.
- 30 Llamaré «conceptos dogmáticos científicos», en cambio, a aquellos que no resumen normas de ningún concreto ordenamiento vigente. Estos conceptos científicos son los elementos fundamentales de las teorías generales de una parte del ordenamiento (del contrato, del delito, etc.).²¹ Aunque no sintetizan normas de ningún concreto ordenamiento vigente, a ningún derecho nacional, ello no significa que no tengan que ver con normas.

- 31 Si bien es correcto decir que, en ocasiones, cuando los estudiosos del derecho positivo hablan de la «propiedad» en relación a un determinado ordenamiento jurídico, hacen referencia a las normas de su ordenamiento que regulan la propiedad, lo cierto es que no es el único concepto de propiedad que emplean. Antes bien, cuando los estudiosos del derecho positivo se preguntan acerca de las condiciones necesarias de la propiedad, del acto administrativo o del delito –y/o cuando realizan operaciones de creación intersticial del derecho a partir de las respuestas a tales interrogantes– no están preguntándose acerca de cuáles son las normas que pertenecen a su ordenamiento.
- 32 Por el contrario, lo que están haciendo es construir un concepto de propiedad (o de cualquier otra cosa) que dé cuenta de las condiciones (supuestamente) necesarias del mismo (concepto dogmático científico). Es decir, aquello que necesariamente sería, desde este punto de vista, por ejemplo, el contrato, y que no sería de ningún modo disponible, ni siquiera para el legislador, so pena de desvirtuar lo que el contrato «realmente» es. De este modo, configuran una serie de características, más allá de cualquier concreto ordenamiento jurídico vigente, que constituyen aquello que «realmente» sería el «contrato». Sin embargo, como veremos enseguida, dichas características –los elementos que constituyen el concepto– son generalizaciones de las propiedades contempladas en normas que regulan los contratos en diferentes ordenamientos.²² Por ejemplo: si diferentes ordenamientos prohíben diferentes bienes como objetos de contrato, es probable que los estudiosos del derecho positivo concluyan que el objeto del contrato ha de ser un bien lícito.
- 33 Esta tarea de construcción de conceptos dogmáticos científicos es conocida en buena parte de la literatura como la actividad principal de la así llamada alta dogmática: la construcción de conceptos sumamente generales pero relevantes a la hora de calificar jurídicamente situaciones. Esta actividad fue especialmente practicada por la jurisprudencia de conceptos, y sobre cuyas exageraciones recayeron las ironías del segundo Jhering (2005).
- 34 Por supuesto, si los conceptos dogmáticos fueran solo de tipo legal, y constituyeran solo una forma abreviada de resumir las normas de un concreto ordenamiento, esta actividad de construcción de conceptos carecería completamente de sentido. Pero si bien esta actividad es pasible de múltiples críticas, no se trata de una actividad desprovista totalmente de racionalidad. Por el contrario, en el proceso de construcción de conceptos científicos como el de delito, propiedad o responsabilidad, hay dos criterios que orientan esta tarea: la comparación entre diferentes ordenamientos y la coherencia del sistema científico.
- 35 La tarea de construcción de conceptos dogmáticos científicos parte de la observación de ordenamientos de diferentes lugares y/o tiempos, y pretende dar cuenta de la (supuesta) estructura profunda de un instituto, señalando cuáles son sus características necesarias y cuáles meramente contingentes. Sin embargo, dicha actividad no es llevada a cabo como la búsqueda del mínimo común denominador de las legislaciones de diferentes tiempos y lugares. Por el contrario, para determinar cuáles son las propiedades que caracterizarán a cualquier concepto dogmático científico, se ha de emplear (no es posible no emplear) algún criterio de relevancia para poder distinguir cuáles de las propiedades –de las normas que regulan, por ejemplo, el acto administrativo en diferentes ordenamientos– son contingentes y cuáles necesarias de tal concepto. Por ejemplo: para determinar las propiedades definitorias del concepto de «mayoría de edad» es necesario emplear algún criterio de relevancia para saber si

vamos a considerar la edad a la que se obtiene, los derechos que se adquieren o cualquier otra característica como elemento definitorio del concepto de «mayoría de edad».

- 36 Sin embargo, ello no debe hacer pensar la construcción de conceptos dogmáticos científicos como una actividad de tipo atómico. Por el contrario, los conceptos dogmáticos científicos no son construidos aisladamente, sino que forman parte de teorías: las teorías generales de una parte del ordenamiento, como aquellas del contrato, del acto administrativo, del delito, etc. Los conceptos dogmáticos científicos constituyen el elemento básico de las teorías de partes del ordenamiento como las recién mencionadas: redes conceptuales que pretenden tanto dar cuenta de cómo es el ordenamiento como servir para derivar normas para casos no resueltos en el (cualquier) derecho vigente (Galgano 2010: 15, Nino 1980).
- 37 Estos conceptos dogmáticos científicos son además los candidatos ideales para convertirse en dogmas del derecho: aquello que debe ser necesariamente aceptado por parte del estudioso del derecho positivo –aquello que necesariamente es la propiedad, el delito, el acto administrativo, etc.– y que ni siquiera el legislador debería o podría modificar (Galgano 2010: 10 ss).²³ Solo si aceptamos que los estudiosos del derecho positivo también emplean conceptos dogmáticos muy diferentes de los reconstruidos por Ross, es posible dar cuenta del papel central que aquellos cumplen en la creación del derecho, y en la dificultad para su modificación.

4 Las funciones de los conceptos científicos

- 38 Para comprender en qué falla la teoría de Ross sobre los conceptos dogmáticos es necesario explicar cuáles son las funciones de aquellos conceptos dogmáticos que su teoría no es capaz de explicar.²⁴ Desde luego, la teoría de Ross sí da cuenta de algunas funciones, pero no de todas ellas. En particular, no da cuenta de las funciones realizadas por los conceptos dogmáticos científicos. Por razones de brevedad, presentaré exclusivamente estas últimas. Distinguiré entre dos tipos de funciones que pueden cumplir los conceptos dogmáticos científicos: funciones descriptivas y funciones normativas.

4.1 Funciones descriptivas

- 39 Los conceptos dogmáticos satisfacen al menos dos funciones descriptivas diferentes: abreviación de conjuntos normativos y explicación de normas.

4.1.1 Abreviación de conjuntos normativos

- 40 La primera función analizada, contemplada por Ross, es servir para referirse de manera abreviada a conjuntos normativos. En efecto, en ocasiones los operadores jurídicos emplean el término «propiedad» para indicar de manera abreviada al conjunto de normas que regulan la propiedad en un ordenamiento determinado (Ross 1971: 30). En este caso estamos frente al concepto dogmático legal (de propiedad).
- 41 Sin embargo, no siempre que se emplean conceptos dogmáticos para hablar de conjuntos normativos el concepto dogmático empleado es el legal. Buen ejemplo se encuentra en los cursos universitarios sobre derecho positivo, donde se explican teorías

generales de una parte del ordenamiento y se suele distinguir entre los conceptos que estructuran las partes del ordenamiento, y las peculiaridades normativas de cada ordenamiento. Pero, en este sentido, resulta extremadamente raro pensar que alguien pueda superar un curso universitario de derecho de contratos chileno, español o esloveno conociendo únicamente la respuesta a la pregunta sobre qué es un contrato, lo que constituye –en cualquier manual de la disciplina– solo un epígrafe.

- 42 Los conceptos dogmáticos científicos son instrumentos para resumir normas, aunque también en un sentido diferente al que contempló Ross. Lo que resumen los conceptos científicos no son exactamente normas, sino aquellas propiedades contempladas en normas de diferentes ordenamientos que son consideradas como necesarias, relevantes o esenciales del instituto por el estudioso del derecho positivo. Dichas propiedades no coinciden exactamente con ningún conjunto de normas, sino que pretenden ser síntesis de las propiedades «científicamente necesarias» de un concepto. Tampoco son el resultado, como ya se ha dicho, de la búsqueda de un mínimo común denominador de diferentes legislaciones, debido a que la elaboración de cualquier concepto dogmático implica la selección de determinadas propiedades como relevantes, descartándose el resto.

4.1.2 Explicación de normas

- 43 La segunda función de carácter descriptivo que le podemos atribuir a los conceptos dogmáticos, y de la cual la teoría de Ross no puede dar cuenta, es la explicación de las normas jurídicas de un ordenamiento jurídico. Por «explicar» aquí estoy entendiendo mostrar la razón que llevó a un sujeto a introducir una norma determinada en el ordenamiento jurídico en lugar de otra, es decir, una explicación basada en razones. En este sentido, es posible afirmar que los conceptos dogmáticos son empleados para explicar, en este sentido de «explicar»,²⁵ normas.
- 44 Por ejemplo, una definición de contrato como acuerdo de voluntades podría explicar por qué hay una norma en un ordenamiento que da preferencia al criterio intencionalista a la hora de interpretar el contrato frente al criterio literalista. De este modo, la preponderancia en una comunidad jurídica de una determinada noción científica de contrato permite explicar –en este sentido de «explicar»– la razón por la cual están vigentes determinadas normas.
- 45 Sin embargo, la teoría de Ross de los conceptos dogmáticos como conceptos legales tampoco es capaz de dar cuenta de esta función. Ello debido a que, si los conceptos dogmáticos sirven para explicar la presencia de normas en un ordenamiento, entonces aquellos no pueden coincidir con las normas de un determinado ordenamiento porque, en otro caso, estaríamos explicando una norma a través de un concepto que ya incluye dicha norma.
- 46 Volviendo de nuevo al ejemplo anterior: si el concepto de contrato no fuera otra cosa que el conjunto de normas presentes en un ordenamiento que regulan los contratos, entonces la propia noción de contrato ya incluiría cómo han de ser interpretados. Por tanto, no podríamos explicar la presencia de las normas sobre la interpretación del contrato con base en este concepto, porque el concepto dogmático legal de contrato ya incluiría la norma sobre cómo deben ser interpretados. En otro caso, la explicación de normas resultaría completamente circular, pero no parece que las explicaciones de este tipo de los estudiosos del derecho siempre sean circulares.²⁶

- 47 Para que los conceptos dogmáticos puedan cumplir esta función, su contenido no puede coincidir completamente con las normas de un ordenamiento vigente que intenta explicar. En este punto parece necesario aceptar que cuando los estudiosos del derecho positivo llevan a cabo esta función mediante el uso de conceptos dogmáticos están presuponiendo conceptos diferentes a los legales que reconstruyó (normativamente) Ross.

4.2 Funciones normativas

- 48 Los conceptos dogmáticos científicos satisfacen además cuatro funciones de carácter normativo, si bien dichas funciones pueden ser consideradas normativas en diferentes sentidos.

4.2.1 Marco para la legislación

- 49 Los conceptos dogmáticos sirven, en primer lugar, como marco teórico para la legislación. Los conceptos dogmáticos funcionan, en sistemas sociales con al menos un mínimo grado de complejidad, como el instrumento a través del que interpretamos la realidad social, tanto presente como futura. No solo sirven pues para dar cuenta de cómo son las relaciones jurídicas o sociales, sino que son también instrumento indispensable para proyectarlas hacia el futuro, para presentar tesis normativas acerca de cómo deberían ser dichas relaciones. De este modo, los conceptos dogmáticos funcionan como marco para la legislación.²⁷
- 50 Por ejemplo: para discutir sensatamente acerca de si es conveniente gravar la compra de bienes como el alcohol y el tabaco, debemos previamente tener un concepto de tributo o de impuesto. En otro caso, la cuestión carece de sentido, o no puede ser simplemente pensada.
- 51 Pero la forma en la que Ross concibe los conceptos dogmáticos tampoco permite dar cuenta de esta función. Si los conceptos dogmáticos son una forma de resumir determinadas condiciones con determinadas consecuencias previstas en normas de un determinado ordenamiento, no parece posible pensar, con base en dichos conceptos, cómo debemos regular la propiedad o cualquier otra cosa. Empleando el ejemplo de Ross (1971): si *tû-tû* solo quiere decir las condiciones bajo las que alguien está *tû-tû* y/o las consecuencias que se siguen de estar *tû-tû*, no parece posible decir que quienes están *tû-tû* no deben ser sometidos a un ritual de purificación sino ser desterradas, porque sería una contradicción en los términos: aquello que, por definición –con base en el concepto dogmático legal– es estar *tû-tû*, es ser sometido a un ritual de purificación.
- 52 Para poder pensar que quienes están *tû-tû* (o cometen un delito), tienen que recibir una consecuencia jurídica diferente de la prevista en un ordenamiento es necesario presuponer un concepto de *tû-tû* que no coincida con las normas de tal ordenamiento. Para que esta operación no sea un sinsentido, y no parece que lo sea, resulta necesario presuponer conceptos dogmáticos científicos diferentes a los legales.

4.2.2 Interpretación

- 53 Los conceptos jurídicos juegan un papel decisivo en la interpretación del derecho en la medida en que funcionan como reglas de interpretación, que no indican un criterio

interpretativo a emplear, sino que señalan directamente qué interpretación-producto hay que preferir. Funcionan, en este sentido, del mismo modo que las definiciones legales, si bien son definiciones no formuladas por el legislador (Tarello 2013: 158 ss, Núñez Vaquero 2016b). Con base en un determinado concepto dogmático científico, se elegirá entonces aquella interpretación que es conforme a las propiedades consideradas por el intérprete como necesarias del concepto (Galvano 2010: 16-17).

- 54 Pero la teoría de Ross tampoco puede dar cuenta de esta función. En efecto, si los conceptos dogmáticos son el conjunto de normas que forman parte de su antecedente y de su consecuente en un determinado ordenamiento, lo cierto es que los conceptos dogmáticos no podrían satisfacer esta función. Ello debido a que, si los conceptos dogmáticos ya son resúmenes de las normas que regulan la propiedad en un determinado ordenamiento, entonces ya incluirían en sí mismos cuál es la interpretación correcta del enunciado que se quiere interpretar.
- 55 Por ejemplo, si por propiedad entendemos el conjunto de condiciones para ser considerado propietario dentro de un ordenamiento, así como las consecuencias jurídicas que se siguen en ese mismo ordenamiento del hecho de ser propietario, no servirán para establecer qué significado se le debe atribuir a un enunciado normativo acerca de la propiedad. Ello porque el concepto de propiedad así entendido ya incluye la interpretación producto que se está buscando, produciéndose un razonamiento circular.
- 56 Pero los conceptos dogmáticos legales tampoco servirán para la interpretación de un nuevo enunciado que emplee el término propiedad –para, por ejemplo, regular su reivindicación– otorgándole un sentido coherente con el resto de normas. Ello debido a que se trataría nuevamente de un razonamiento circular: aquello que es la propiedad en tal ordenamiento jurídico ya incluye las normas sobre la reivindicación. La reconstrucción de Ross de los conceptos dogmáticos deja sin explicar también esta función, y parece obligado aceptar que los conceptos empleados, al menos en algunas ocasiones, por los estudiosos del derecho positivo no coinciden con el conjunto de normas de ningún concreto ordenamiento.

4.2.3 Justificación de normas

- 57 Por «justificación de normas» entiendo aquella actividad que viene a valorar positivamente –considerándola plausible, correcta o incluso justa– la presencia de una determinada norma dentro del ordenamiento. No me refiero aquí, por tanto, a la actividad de creación de normas –que será abordada posteriormente – sino a ofrecer razones en favor de una determinada regulación que ya está dentro de un ordenamiento vigente.
- 58 Por ejemplo, si consideramos que entre las propiedades definatorias del concepto de sindicato está que aquellos son entidades de derecho público, es posible justificar la presencia de normas en el ordenamiento que sometan a los sindicatos a un especial régimen de tributación o a controles administrativos más severos. El argumento se podría resumir así: dado aquello que es un sindicato (o cualquier otra cosa), parece sensato, plausible o correcto, que existan determinadas normas en el ordenamiento jurídico.
- 59 Tampoco esta función puede ser satisfecha por la reconstrucción rossiana de los conceptos dogmáticos. Si aquellos son solo una forma de resumir un conjunto de

normas dentro de un determinado ordenamiento vigente, no pueden ser instrumentos útiles a la hora de justificar normas. Para que sea posible la justificación de normas es necesario que el concepto de sindicato no coincida con las normas del derecho vigente sobre los sindicatos pues, en caso contrario, el argumento sería de nuevo completamente circular: estaríamos justificando –mediante un concepto dogmático legal que resume las normas de un ordenamiento– una norma que ya está en el ordenamiento y, por tanto, incluida en el concepto dogmático legal.

4.2.4 Creación de normas

- 60 La última función normativa es la producción de normas, actividad normalmente realizada en el marco de la propuesta de resolución de algún caso difícil. Al contrario que en el apartado anterior, aquí la justificación no se refiere a la plausibilidad de normas que ya pertenecen al ordenamiento, sino a valorar positivamente la introducción de una norma nueva.
- 61 Es importante señalar que los estudiosos del derecho positivo raramente reconocen estar introduciendo normas nuevas en el derecho, por lo que normalmente es difícil distinguir esta función de la anterior en la práctica. En última instancia, para poder distinguir entre estas dos actividades resulta necesario poder afirmar que una determinada norma –aquella precisamente creada por los estudiosos del derecho positivo– no pertenecía al derecho en un momento t_1 , pero sí pertenece en un momento t_2 , cosa que puede ser en ocasiones extremadamente complicado.
- 62 Por ejemplo: imaginemos un ordenamiento en el que las normas relativas al matrimonio nada digan acerca de la identidad sexual de los contrayentes, y su constitución se limite a decir que todos tienen derecho a contraer matrimonio en igualdad de condiciones. Pues bien, en tal ordenamiento se podría alegar que la naturaleza del instituto del matrimonio, bien nada dice acerca de la identidad sexual de los cónyuges, bien que esencialmente es la unión entre un hombre y una mujer. Esto puede llevar a profundos desacuerdos, incluso entre personas que no mantenían diferencias prácticas: sujetos que piensan que tanto parejas homosexuales como heterosexuales deben gozar de igual protección, pero que, debido a aquello que resulta «ser» el matrimonio, los homosexuales pueden (o no) casarse.
- 63 Son dos las normas candidatas a formar parte del ordenamiento jurídico en operaciones como esta: en primer lugar, el propio concepto dogmático científico (el de matrimonio en este caso) y, en segundo lugar, alguna otra norma coherente con tal concepto (por ejemplo, concluyendo que hay una norma implícita de rango constitucional que impide regular legalmente el matrimonio homosexual).²⁸ En el primer caso, estaríamos frente a una operación interpretativa en sentido estricto, que atribuye al enunciado constitucional un preciso significado, pero considerando al concepto como una norma vigente. En el segundo caso, la operación no es de carácter interpretativo en sentido estricto, sino que se deriva la norma mediante un procedimiento no lógicamente válido (Guastini 2014: 94-95).
- 64 No es posible dar cuenta de la creación de normas a través de conceptos dogmáticos si aquellos son reconstruidos solo como lo hizo Ross: conceptos legales que sirven para referirse de manera abreviada a normas del derecho vigente. Ello porque si los conceptos fueran empleados por los estudiosos del derecho solo como los presenta Ross, el concepto de matrimonio ya incluiría la norma acerca de la identidad de los

cónyuges, produciéndose de nuevo un razonamiento circular. Solo si consideramos que los estudiosos del derecho positivo emplean también conceptos dogmáticos científicos, como el de matrimonio en este caso, es posible explicar esta forma de creación intersticial del derecho.

- 65 Por supuesto, esta no es la única forma de introducir normas en el ordenamiento y probablemente no sea la más plausible al implicar un tipo de formalismo jurídico extremo, ya que hace opacas las razones subyacentes de las normas. Además, una rápida visita a diferentes trabajos de estudiosos del derecho positivo permite darse cuenta de que, aunque no es tan cultivado como antaño, la creación de normas implícitas con base en conceptos dogmáticos científicos no es una actividad que haya sido dejada atrás.

5 Conclusiones

- 66 Los conceptos dogmáticos son uno de los elementos más importantes del quehacer de los estudiosos del derecho positivo (también llamados dogmáticos). Constituyen una pieza esencial en su diálogo con el legislador y con los tribunales de justicia. La literatura sobre los conceptos dogmáticos es abundante, y la aportación que se ha realizado a su análisis es difícil de exagerar. Entre estas aportaciones ha tenido un especial impacto la reconstrucción de Ross de dichos conceptos.
- 67 Sin embargo, la reconstrucción rossiana adolece de dos problemas: por un lado, su reconstrucción es ambigua, siendo posible atribuirle las que hemos llamado concepción puente y concepción resumen; por el otro, al llevar a cabo su trabajo de terapia lingüística, oscurece seis importantes funciones que especialmente los estudiosos del derecho llevan a cabo mediante los conceptos dogmáticos. No hay problema alguno en prescribir cómo se han de emplear estos conceptos, pero esto impidió a Ross dar cuenta de algunas importantes funciones en las que son empleados tal tipo de conceptos por parte de los estudiosos del derecho positivo a la hora de crear derecho, y al menos tanto la función interpretativa (4.2.2) como la de creación de normas (4.2.4) implican la introducción de nuevas normas.
- 68 Para poder dar cuenta de estas operaciones llevadas a cabo por los estudiosos del derecho positivo es necesario darse cuenta de que, al lado de los conceptos dogmáticos legales que resumen normas de un determinado ordenamiento vigente, los estudiosos del derecho positivo emplean conceptos dogmáticos científicos que no coinciden con las normas de ningún ordenamiento en particular. Por el contrario, aquellos son producto de reconstrucciones sistemáticas de partes del ordenamiento (teoría general del contrato, del delito, del acto administrativo) que pretenden servir tanto para explicar partes del ordenamiento como para resolver casos difíciles.
- 69 Solo advirtiendo esta dualidad de los conceptos dogmáticos –como conceptos legales y conceptos científicos– es posible dar cuenta de varias de las funciones que cumplen los conceptos dogmáticos, y no presentar algunas de estas operaciones como razonamientos circulares. Especialmente relevantes resultan las funciones normativas para las que los conceptos dogmáticos científicos son empleados, y de las que resulta imposible dar cuenta si los conceptos dogmáticos son configurados únicamente como conceptos dogmáticos legales. Y dar cuenta de tales operaciones de creación intersticial

del derecho ha de ser parte esencial de lo que una teoría realista de los conceptos dogmáticos debe hacer.

-Agradecimientos.-

El presente trabajo es producto del proyecto de investigación Fondecyt de Chile «Realismo jurídico e indeterminación del derecho» (n.º 11130311). Tengo que agradecer a Riccardo Guastini, María Beatriz Arriagada y a Claudio Agüero por los comentarios que me hicieron a versiones previas de este trabajo. También las observaciones de los evaluadores anónimos han sido de un importantísimo valor.

BIBLIOGRAFÍA

- Manuel ATIENZA, 2014 *Modelando la ciencia jurídica*. Ed. Álvaro Núñez Vaquero. Lima: Palestra. 115-159.
- Bartosz BROŻEK, 2015: Sobre tû-tû. *Revus. Journal for constitutional theory and philosophy of law* (2015) 27. 25-34. URL: <https://revus.revues.org/3428>.
- Eugenio BULYGIN, 1961: *Naturaleza jurídica de la letra de cambio*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot.
- Genaro CARRIÓ: 2004. Nota preliminar. En: Wesley N. Hohfeld, *Conceptos jurídicos fundamentales*. México: Fontamara. 7-24.
- Felix COHEN, 1962: *El método funcional en el derecho*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot.
- Ake FRÄNDBERG, 2009: An Essay on Legal Concept Formation. *Concepts in Law*. Eds. Jaap Hage y Dieter von der Pfordten. Dordrecht: Springer. 1-16.
- Francesco GALGANO, 2010: *Dogmi e dogmatica nel diritto*. Padova: Cedam.
- Riccardo GUASTINI, 2014: El realismo jurídico redefinido. *Modelando la ciencia jurídica*. Ed. Álvaro Núñez Vaquero. Lima: Palestra. 87-114.
- Riccardo GUASTINI, 2016: *La sintaxis del derecho*. Madrid: Marcial Pons.
- Ricardo GUIBOURG, 1984: Propiedad y otras interpretaciones. *Revista de Ciencias Sociales* vol. II, n.º 25. Valparaíso: Universidad de Valparaíso.
- Jaap HAGE, 2009: The Meaning of Legal Status Words. *Concepts in Law*. Eds. Jaap Hage y Dieter Von Der Pfordten. Dordrecht: Springer. 55-66.
- Herbert HART, 1983: Definition and Theory in Jurisprudence. *Essays in Jurisprudence*. Oxford: Oxford University Press.
- Kenneth Einar HIMMA, 2015: Conceptual Jurisprudence: An Introduction to Conceptual Analysis and Methodology in Legal Theory. *Revus. Journal for constitutional theory and philosophy of law* (2015) 26. 65-92. URL: <https://revus.revues.org/3351>.
- Rudolf von JHERING, 2005: *Della culpa in contrahendo ossia del risarcimento del danno neu contratti nulli o non giunti a perfezione*. Napoli: Jovene.
- Rudolf von JHERING, 2015: *Jurisprudencia en broma y en serio*. Madrid: Editorial Reus.

Jose Juan MORESO y Josep María VILAJOSANA, 2004: *Introducción a la teoría del derecho*. Madrid: Marcial Pons.

Carlos Santiago NINO, 1989: *Consideraciones sobre la dogmática jurídica*, UNAM: México.

Álvaro NÚÑEZ VAQUERO, 2012: *Ciencia jurídica realista: modelos y justificación*. *Doxa*, 35. 717-747.

Álvaro NÚÑEZ VAQUERO, 2013: *Five Models of Legal Science*. *Revus. Journal for constitutional theory and philosophy of law*(2013) 19, 53-81. URL: <https://revus.revues.org/2449>.

Álvaro NÚÑEZ VAQUERO, 2014: *Ciencia jurídica: un mapa conceptual. Modelando la ciencia jurídica*. Ed. Álvaro Núñez Vaquero. Lima: Palestra. 13-52.

Álvaro NÚÑEZ VAQUERO, 2016a: *Los conceptos dogmáticos como normas apócrifas (o sobre la creación dogmática del Derecho). Primera aproximación. Metodología de la investigación jurídica. Propuestas contemporáneas*. Ed. Guillermo Lariguet. Córdoba: Brujas. 365-378.

Álvaro NÚÑEZ VAQUERO, 2016b: *Regulación de la interpretación*. *Eunomía* (2016) 11. 163-175.

Karl OLIVECRONA, 1980: *El derecho como hecho* (2ª edición). Barcelona: Labor.

Anna PINTORE, 1990: *La teoria analitica dei concetti giuridici*. Cagliari: Università di Cagliari.

Alf ROSS, 1971: *Tû-tû*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot.

Alf ROSS, 1997: *Sobre el derecho y la justicia*. Buenos Aires: Eudeba.

Alf ROSS, 2006: *Sobre los conceptos de «estado» y «órganos del estado» en derecho constitucional. El concepto de validez y otros ensayos*. México: Fontamara.

Uberto SCARPELLI, 1985: *Contributo alla semantica del linguaggio normativo*. Milano: Giuffrè.

Giovanni TARELLO, 1962: *Il realismo giuridico americano*. Milano: Giuffrè.

Giovanni TARELLO, 2013: *La interpretación de la ley*. Lima: Palestra.

Dietmar VON DER PFORDTEN, 2009: *About Concepts in Law. Concepts in Law*. Eds. Jaap Hage y Dietmar von der Pfordten. Dordrecht: Springer. 17-33.

NOTAS

1. A las expresiones ciencia y dogmática jurídica se les puede atribuir diferentes significados. Aquí no estoy sosteniendo que sean la misma cosa sino solo que aquí las usaré como sinónimas.

Véase Núñez Vaquero 2013 y 2014.

2. Véase, por ejemplo, Brožek 2016, Bulygin 1961, Cohen 1962, Frändberg 2009, Hage 2009, Hart 1983, Himma 2015, Nino 1983, Olivecrona 1980, Pintore 1990, Ross 1971, Scarpelli 1985, Tarello 1962: cap. III, von der Pfordten 2009.

3. Utilizo la expresión «situación», tomada en préstamo de Carrió (2004), para referirme a estados de cosas, clases de personas, objetos o acciones humanas que pueden ser reguladas por una norma jurídica. Véase Moreso y Vilajosana 2004: 72. Agradezco a Riccardo Guastini que me señaló una ambigüedad en una versión previa de este trabajo sobre este punto, y a María Beatriz Arriagada por sugerirme esta solución.

4. La diferencia entre un concepto propio del ámbito de la filosofía política y uno jurídico dogmático que hace referencia a una situación que se desea que sea regulada –

pero que aún no lo está en un determinado ordenamiento– pasa por las razones que justifican la necesidad de que tal situación sea regulada. En el caso de los conceptos propios de la filosofía política, las razones esgrimidas en favor de la regulación de dicho comportamiento son razones no-jurídicas (políticas, morales, etc.); en el caso de los conceptos dogmáticos, las razones que justifican dicha regulación pertenecen a la clase de las razones jurídicas. Por razones «jurídicas» estoy entendiendo el conjunto de razones que, de hecho, los tribunales están dispuestos a aceptar como razones alegables en un procedimiento judicial. Desde luego, nada impide que un concepto sea al mismo tiempo político y jurídico dogmático; y que lo sea, dependerá de las razones que extensionalmente cada comunidad jurídica acepta como jurídicas.

5. Soy consciente de que se trata de un cajón de sastre en el que incluyo conceptos de muy diferente índole. No obstante, lo que me interesa no es esta categoría, sino la complementaria.

Veáse en cualquier caso Frändberg 2009; Carrió 2004; Moreso y Vilajosana 2004: cap. V.

6.

Este no es el lugar para discutir sobre ontología de los conceptos. No obstante, es necesario precisar que los significados no son lo mismo que los términos del lenguaje que sirven para expresarlos.

7. Véase Guastini 2016: 25 ss.

8. Véase, por ejemplo, Cohen 1962, Olivecrona 1980 y Tarello 1962: cap. III.

9. Puede discutirse que el objeto de investigación de Ross sean los conceptos dogmáticos y no, por el contrario, únicamente los términos jurídicos. No obstante, a menos que estemos dispuestos a sostener algún tipo de cognitivismo interpretativo (según el cual los conceptos que expresan tales términos pueden ser aprehendidos por un acto de mero conocimiento), si el significado de los términos jurídicos no es definido –como frecuentemente sucede– ni por el legislador ni por la jurisprudencia, estaremos frente a conceptos dogmáticos construidos a partir de términos de origen legislativo o judicial.

10.

Que esta sea o no la interpretación correcta del texto de Ross (1971) es algo que aquí no resulta fundamental. Es, eso sí, la interpretación mayoritaria del texto de Ross (Pintore 1990: cap. 2).

Según la otra interpretación Ross estaría sosteniendo únicamente que carecen de referente pero no de sentido.

11. Véase Núñez Vaquero 2016a.

12. Uno de los evaluadores anónimos de la revista *Revus* señaló que mi crítica a las tesis de Ross sería injusta, entre otras razones, porque no hay ningún problema en hacer terapia lingüística sobre los conceptos jurídicos. Desde luego, se trata de una actividad plausible. No obstante, mi tesis tiene un carácter interno acerca de qué debe hacer una teoría realista de los conceptos dogmáticos. Mi tesis presta el flanco a diferentes críticas dentro de las relaciones con el realismo jurídico que aquí no es posible discutir, pero no tiene una pretensión general de corrección.

13. Si bien Ross corrige en un trabajo posterior (Ross 1961) la tesis respecto a que los términos que expresan conceptos dogmáticos carecerían de sentido, al menos bajo la interpretación de su trabajo que estoy acogiendo, en dicho trabajo sigue manteniendo este tipo de aproximación prescriptiva, que no le permite dar cuenta de la actividad de creación del derecho por parte de la dogmática.

14. Le estoy agradecido al evaluador anónimo que me señaló esta ambigüedad, y que me sugirió la nomenclatura adoptada (concepción resumen y concepción puente).

15. Esta misma interpretación es atribuida a Ross por Nino (1989: 58) y es sugerida por Guibourg (1984: 459).

16. El mismo evaluador anónimo señaló que esta sería una lectura poco caritativa de Ross. Sin embargo, el principio de caridad es aplicable desde diferentes perspectivas, dando lugar a diferentes interpretaciones caritativas. En efecto, si la concepción de Ross de los conceptos dogmáticos fuera solo la que hemos llamado «concepción puente» su trabajo no daría cuenta casi mínimamente del papel que juegan los conceptos dogmáticos en el razonamiento de los juristas. Se trataría de un análisis, en términos de Carrió (2004: 14), de pretensiones claramente excesivas del análisis conceptual.

17. Sin embargo, es preciso señalar que la tarea de construcción y uso de los conceptos jurídicos dogmáticos es funcional, en última instancia, a la calificación normativa de acciones. Esto quiere decir que, aunque puede ser llevada a cabo sin fines prácticos, lo cierto es que estos conceptos pueden y son frecuentemente empleados para calificar comportamientos.

18. Se podría pensar que mientras que el primero es una definición extensional, el segundo sería una definición intensional. Para descartar esta idea basta con pensar en «legislaciones defectuosas», es decir, normativas que expresamente regulan una determinada actividad de manera contraria al concepto. Si, por ejemplo, el concepto de matrimonio incluyese la diversidad sexual de los contrayentes, entonces la legislación que prevé el matrimonio homosexual sería, en este sentido, defectuosa. Entre estos dos conceptos no parece existir una relación como la que se da entre definición intensional y extensional.

conceptos definidos en el segundo apartado. Ahora bien, si pensamos, en este concreto ejemplo, que los estudiosos del derecho penal de

20. Lo mismo se podría decir de las tesis de Bulygin (1961) y Hart (1983).

21. La razón para llamarlos así es de comodidad, y no porque necesariamente los conceptos dogmáticos del segundo tipo sean efectivamente producto de actividades científicas.

22. Esto cuando se trata de conceptos dogmáticos construidos a partir de legislaciones de varios lugares que ya regulan tal institución. Sin embargo, cuando tenemos una formulación de conceptos *ex novo*, se seleccionan las propiedades constitutivas del concepto con base en otras razones, que aquí no es posible desarrollar. No estoy afirmando que todos los conceptos dogmáticos sean construidos siempre desde un punto de vista comparativo.

23. Nótese el uso de dos sentidos diferentes de «dogma» y «dogmático» en esta frase: mientras que en un primer sentido, estos conceptos son dogmáticos por su origen y contenido (como se formula en el primer apartado), en un segundo sentido los mismos pueden convertirse en dogmas en la medida en que son aceptados como tales (como expuesto en la introducción). Pero del hecho de que un concepto sea dogmático en razón de su origen y contenido no se sigue que sea aceptado como un dogma, lo que dependerá sencillamente de si efectivamente es asumido como tal por los estudiosos del derecho positivo.

24. Recuerdo que estas tesis están basadas en la atribución a Ross de la concepción resumen. Sin embargo, la concepción puente, presentada como la única atribuible a Ross por uno de los evaluadores anónimos, es pasible de la misma crítica. Es decir, si imputamos a Ross la concepción puente, entonces su reconstrucción oscurece aún más muchas operaciones llevadas a cabo por los estudiosos de derecho positivo mediante los conceptos dogmáticos. No obstante, si imputamos a Ross solo la concepción puente, su tesis no sería pasible de haber dado lugar a razonamientos circulares, como apunta el mismo evaluador.

25. No son pocos quienes discuten la posibilidad de ofrecer explicaciones con base en razones, reservando la expresión «explicar» para dar cuenta de fenómenos sociales en términos causalistas. Pero este no parece el lugar para ocuparse de esta cuestión.
26. Es necesario insistir en que la crítica de circularidad que se imputa a Ross en relación a esta y a otras funciones que se explican más adelante no se pueden predicar de la concepción puente, sino únicamente si se asume la concepción resumen.
27. Además, con mucha frecuencia los encargados de redactar los documentos normativos son ellos mismos estudiosos del derecho positivo, quienes suelen plasmar los conceptos empleados para explicar el contenido del derecho y, sobre todo, para determinar cuál debería ser su contenido.
28. Si bien para el caso en cuestión los efectos son similares, considerar que es una u otra la norma creada puede tener importantes efectos en las relaciones jerárquicas con otras normas, especialmente en lo que a la derogación se refiere.
-

RESÚMENES

El objetivo del trabajo es mostrar que la teoría tradicional sobre los conceptos dogmáticos es incapaz de dar cuenta de todas las funciones que tales conceptos cumplen en el discurso de los estudiosos del derecho positivo. Para resolver el problema, propongo distinguir, desde un punto de vista realista, entre dos tipos de conceptos dogmáticos: los legales y los científicos. Procederé mediante cinco pasos. En primer lugar, aclararé a qué me estoy refiriendo con conceptos dogmáticos. En segundo lugar, propondré cómo creo que debe ser una teoría realista de los conceptos dogmáticos. En tercer lugar, presentaré la distinción entre los conceptos dogmáticos legales y los conceptos dogmáticos científicos. En cuarto lugar, señalaré cuáles son las funciones de las que no puede dar cuenta la teoría tradicional de los conceptos dogmáticos como conceptos legales. Finalizaré con unas breves conclusiones.

This paper's central claim is that the standard realistic theory of dogmatic concepts fails to meet its objective. In order to show this point, the author starts by clarifying the notion of dogmatic legal concepts and stating the objective of a realistic theory of law. He then offers a novel distinction between statutory concepts of legal dogmatics and scientific concepts of legal dogmatics. Finally, he identifies six functions of the scientific concepts of legal dogmatics and concludes that none of them is taken into account by the standard realistic theory of dogmatic concepts.

ÍNDICE

Palabras claves: conceptos dogmáticos legales y científicos, realismo jurídico, Alf Ross, funciones de los conceptos dogmáticos

Keywords: scientific and statutory dogmatic concepts, legal realism, Alf Ross, functions of dogmatic concepts

AUTOR

ÁLVARO NÚÑEZ VAQUERO

Profesor de Teoría del derecho de la Universidad Austral de Chile.

Dirección: Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Campus Isla Teja, Valdivia (Chile).

Email: alvaro.nunez@uach.cl