

LA CRÍTICA DE LA JURISPRUDENCIA DOGMÁTICA COMO CRÍTICA DE NUESTRA ÉPOCA¹

Carlos Cossio

I - Más que una conveniencia, parece hoy una necesidad que el filósofo participe en el convulso diálogo de la revolución mundial que estamos viviendo y que no logra ser disimulada porque se la llame simplemente crisis. En la base misma de este fenómeno está la cuestión que por antonomasia hoy llamamos *la cuestión social*; por lo cual, si el capitalismo significa un sistema social y no simplemente un sistema económico, resulta legítimo decir que estamos presenciando la crisis de la sociedad capitalista; cosa ya entrevista con superlativa claridad por aquella filosofía social² que ha venido a ser la única que pasa con vida propia desde el siglo XIX al siglo XX; es decir, la única que, correspondiendo a lo que aquel siglo de verdad contenía como su propia creación con referencia a la estructura social y al movimiento histórico, está hoy, por eso, en nuestra circunstancia dándonos situación irremediable en la medida en que, como herederos directos de aquel siglo, tenemos que seguir viviéndolo en sus problemas irresueltos.

Durante los últimos siete años me he dedicado a estudiar esta articulación entre la sociedad capitalista y la ciencia normativa del Derecho, con objeto de saldar mi deuda respecto de aquella “gnoseología del error en el Derecho” que tengo anunciada, como preocupación teórica, desde 1944. Mi tarea ha quedado cumplida con un libro, *Ideología y Derecho*, de próxima aparición. Pues no basta la afirmación unilateral del jurista de que él hace teoría y de que, por su radicación científica, está neutralizado respecto de las fuerzas que luchan por el poder social, para tener por cierto que esa neutralidad existe. Por el contrario, se puede hacer patente que no solo el legislador, sino que también los jueces y los juristas se pronuncian, en sus sentencias y en sus libros, todos los días, por las derechas o las izquierdas en unos casos, por el totalitarismo y la democracia en otros casos.

No se trata de la actitud deliberada que un autor asume como verdad después de haber tematizado un problema, sino de lo que, como ideología, se ha colado en forma inconsciente junto con su intención de verdad.

II - Mientras el poder político fue teocrático en Occidente, su teocracia involucraba la posibilidad de un conflicto ideológico con la ciencia natural. Pues toda teocracia se respalda en una teología y toda teología se liga a una cosmología. La suprema prueba de la existencia de Dios nos conduce siempre al origen del mundo como su creación. Y como a su vez la ciencia natural es cosmológica, la discrepancia, posible siempre ya, entre ambas cosmologías, abre la posibilidad de un conflicto ideológico entre la “verdad” útil para el prestigio político del Estado oficial y la verdad de la ciencia, en sí misma neutral pero situacionalmente escandalosa.

¹ Especial para *La Ley*. T. 108, Sección Doctrina. Derechos reservados (ley 11.723). Ponencia leída por su autor en sesión plenaria del IV Congreso Nacional de Filosofía, celebrado en la ciudad de Fortaleza, Estado de Ceará (Brasil), 4 a 10 de noviembre de 1962.

² Me refiero al materialismo histórico que Carlos Marx, ya en 1845, elaboró extensamente para la publicación de su libro, *La ideología alemana*, el cual cuenta con la colaboración de Engels en los extensos capítulos destinados a polemizar con Bauer y Stirner. Las más grandes des-interpretaciones de la filosofía marxista se deben al hecho infortunado de que esta obra permaneció inédita hasta 1932, no obstante ser la única exposición completa y detallada que Marx ha dejado de su propia filosofía, como filosofía social y como filosofía de la historia.

Cuando el poder político en Occidente se hace laico, concluyen en principio los conflictos ideológicos con la ciencia natural, porque ese poder político no tiene ningún interés cosmológico. El memorable episodio de Galileo ilumina, hacia atrás, la primera situación, y hacia adelante, la segunda. Pero esto no quiere decir que los conflictos ideológicos del poder político con la ciencia en general, habrían terminado. Por el contrario, se multiplicaron como una consecuencia del aumento de la investigación; si bien el área de los conflictos se redujo al campo de las ciencias del hombre, ya que con relación a ellas los poderes laicos tenían también su “verdad” oficial, enlazada a su suerte como causa de prestigio. Para las ciencias históricas y sociales se abrió así su peculiar posibilidad de conflicto ideológico con el poder político. Y acaso el capítulo más grávido de consecuencias dentro del problema de las Ideologías, que hoy tanto preocupa a la filosofía social, sea este que se refiere a la infiltración de la ideología en el campo de la ciencia y que significa, para la verdad, una especie de enfermedad social.

La ciencia normativa del Derecho — donde el jurista encuentra su razón de ser —, no está en una situación de excepción a este respecto. La mera creencia del jurista, fundada en su indudable intención científica, no es ninguna garantía de que su pensamiento normativo está efectivamente libre de ideologías políticas, porque la ideología es fundamentalmente un problema de conciencia falsa y, en tal sentido, no es consciente de sí misma.

Yo creo que el pensamiento normativo del jurista no tiene otra garantía para liberarse del pecado ideológico, que una investigación ontológica sobre el Derecho como punto de partida. Esto significa recurrir a la intuición con método fenomenológico y asentarse sobre los hechos mismos, sin trascenderlos. Faltando esta base ontológica, la ciencia del jurista desemboca irremediabilmente en ideologías. Y debo agregar, con toda lealtad, que hasta ahora solo la investigación egológica ofrece una base de esta especie al pensamiento normativo del jurista.

III - Mi idea aquí es mostrar la infiltración ideológica en la teoría jurídica. Por razones de espacio, me limitaré al siglo XIX. Este siglo nos alimenta como juristas; lo llevamos en nosotros por herencia directa; casi todas nuestras ideas jurídicas provienen de él. La limitación ocasional, entonces, no nos perjudica. Acaso nos beneficia, porque nos provoca a meditar sin rozar nuestros compromisos intelectuales con el momento presente.

Y si el siglo XIX es el siglo del capitalismo (de su triunfo como sistema social y de su apoteosis como doctrina), mi intento significará mostrar dónde y cómo están escondidos los intereses de los capitalistas, en aquello que los juristas creen que es pura y neutral ciencia normativa del Derecho.

El examen de la historia de las ideas jurídicas generales, permite señalar, en los juristas, seis posiciones básicas a lo largo del tiempo como doctrina fundamental. Y si con Savigny comienza la intención científica para la Jurisprudencia según el modelo newtoniano, ha de reconocerse que una de esas posiciones, viniendo de un largo pasado, es previa a esa intención. Es la doctrina del Derecho Natural. Luego nacen, precisamente en el siglo XIX, el empirismo exegético de los franceses, el historicismo casuístico de los ingleses y el racionalismo dogmático de los alemanes. Después, a fines de ese mismo siglo, nace el sociologismo ecléctico, que se acuña como pensamiento norteamericano pero que, en rigor, lo es también de toda Europa y en Escandinavia con sorprendentes características. Por último, en el siglo XX, y con alcance y difusión de rigurosa “escuela jurídica”, solo se advierte hasta la fecha la concepción egológica del Derecho aparecida en 1941 en la Universidad de La Plata.

La Escuela del Derecho Natural, como es sabido, tiene dos ramas. Es frecuente decir que una es la rama católica y la otra la protestante. Yo prefiero llamarlas la feudal y la

capitalista, por razones que emergen de mi investigación. Así, se puede destacar que Suárez, el más grande doctrinario del Derecho Natural católico, en una extensísima obra de 14 tomos (*Tratado da las Leyes y de Dios Legislador*), no trae ningún capítulo consagrado al derecho de propiedad, en contraste con los autores protestantes (v. gr. Hobbes, Locke, Rousseau, Kant), todos los cuales le dedican un capítulo inicial al tema, a pesar de la brevedad de la extensión de sus libros. Para el Derecho Natural católico, siguiendo el pensamiento de Santo Tomás, la cuestión radica en presentar la sociedad como un orden entre los distintos *hombres* escalonados ideológicamente, “subordinando este orden social suficiente por sí mismo, al orden de la gracia de que es depositaria la Iglesia”³. Para el Derecho Natural protestante la cuestión radica en asegurarle el derecho de propiedad a los industrioses burgueses de las ciudades comerciales y financieras.

La Escuela del Derecho Natural se eclipsa sin ser refutada, con motivo de la toma del poder social por parte de la burguesía. Condiciona su eclipse, claro está, el hecho de que fuera reemplazada ventajosamente por otra cosa y en congruencia con las posibilidades del medio social donde ese reemplazo ocurriría.

En Francia, a raíz de la Gran Revolución, la burguesía se posesionó del Gobierno y sus propios diputados fueron los legisladores. No es extraño, pues, que apareciera la Escuela del empirismo exegético, para la cual todos los secretos de la ciencia del jurista se contienen en la intención sicológica del legislador.

En Inglaterra, la revolución burguesa había ocurrido 100 años antes que, en Francia, sin disolver la estratificación nobiliaria de la sociedad y el Gobierno. Pero tan pronto como advertimos que fueron legistas burgueses quienes actuaron como jueces del reino desde entonces y a raíz de dicha revolución, tampoco es extraño que la teoría jurídica venga a decirnos aquí, que todos los secretos de la ciencia del jurista se contienen en el precedente. Así se define como ciencia normativa el historicismo casuístico para el Common Law, cuando la burguesía inglesa del siglo XIX llega al Parlamento y lo transforma en el supremo órgano gubernamental, contando con el hecho de que precisamente tales precedentes venían siendo sentados por jueces burgueses desde el siglo XVII.

Alemania, que no conoció la revolución burguesa, llegaba al siglo XIX con su estructura feudal casi intacta. La burguesía allí, como poder social también dominante, no teniendo precedentes judiciales ni pudiendo contar con la intención de sus legisladores, recurrió a las universidades y a los juristas para obtener su Derecho. Nace un racionalismo dogmático que invoca el espíritu del pueblo y que asegura que las normas y las instituciones ya están contenidas en los conceptos jurídicos fundamentales. La ciencia jurídica alemana está destinada a aparecer, así, como una jurisprudencia de conceptos.

A pesar de esta triplicidad incongruente de fundamentos, la ciencia jurídica europea del siglo XIX coincide en dos cosas, que luego voy a discutir. Pero por eso mismo, por esa disparidad teórica, la coincidencia se hace sospechosa de no ser un descubrimiento científico; se hace sospechosa de ser la exteriorización ideológica de un común interés de la burguesía como clase social dominante. En el mismo sentido, es pertinente subrayar la dimensión visiblemente nacional que tienen aquellas tres posiciones, si ponemos atención en sus posibilidades de vigencia. También el Derecho Natural que todavía sobrevive de algún modo, está circunscripto a los circuitos católicos de pensamiento. La dimensión propiamente universal de la teoría jurídica como posibilidad de vigencia, solo se sustenta como inherente a sus fundamentos, en el sociologismo ecléctico y en la egología existencial.

³ E. Gómez Arboleya, *Historia de la Estructura y del Pensamiento Social*, t. I, pág. 95, Madrid. 1957, Ed. Instituto de Estudios Políticos.

IV - Tanto con la intención del legislador como con el precedente judicial y con los conceptos fundamentales, el jurista se hace a la idea de que el carácter normativo del Derecho está con ello establecido. En rigor, no se trata de una inferencia, sino de un presupuesto: el Derecho es norma, solamente norma y nada más que norma. Que el Derecho, por ser conducta humana, sea pensamiento normativo o norma en el 33 % de su ser, nadie mejor lo sabe que el jusfilósofo egológico, que ha procedido a viviseccionar la experiencia jurídica y en ella ha encontrado ese dato en esa proporción. Pero que el Derecho sea exclusivamente norma, como se avienen a decirlo aquellas escuelas partiendo de tan diferentes bases, es algo sorprendente. Kelsen es el más puro — también en esto — de los grandes maestros. Pero no ha escrito una línea para justificar la tesis y menos para justificar la exclusividad con que él pretende hacerla valer. Kelsen únicamente *presupone* que el Derecho es norma, solamente norma y nada más que norma. Si nosotros le exigimos a un kelseniano que nos dé razón de esta tesis en su extrema exclusividad, lo ponemos en un grave aprieto porque no se le ocurre una respuesta. Se trata, para él, de un porqué que no se lo tenía planteado para sí.

Kelsen dirá, sin duda, que la normatividad es una categoría del sujeto cognoscente y, precisamente, la categoría jurídica. Pero no se trata de la normatividad, sino de la norma y de las normas. Ninguna experiencia equivale al sistema de categorías que le corresponden a ella. Las categorías son de la experiencia, pero no son la experiencia sin más ni menos.

Y bien; mi conclusión es que hay una ideología capitalista cuando el jurista del siglo XIX trabaja con la idea de que el Derecho es norma. El secreto de la idea está en que el capitalismo, para madurar, necesitaba contar con una calculabilidad jurídica de los negocios. Esto es lo que la concepción normativa del Derecho garantiza y por eso la teoría jurídica, como ideología capitalista, acoge la idea y la desarrolla sin limitaciones. La necesidad de calcular jurídicamente los negocios, conduce a elaborar, como verdad científica, la idea de que el Derecho es norma y nada más que norma. Por eso tampoco es casualidad que el Derecho Romano — que también conoció esa idea fuera redescubierto en las ciudades medioevales del Norte de Italia, donde nace el primer capitalismo europeo —. La recepción del Derecho Romano correspondía a una necesidad de esta sociedad.

De cualquier manera, como ideología — y precisamente como ideología capitalista —, la idea subsiste en nosotros por herencia del siglo XIX.

Si queremos elevar el conocimiento del Derecho positivo a la altura de una verdadera ciencia, y si queremos llegar a una técnica jurídica que tenga la eficiencia instrumental de la técnica científica, debemos afrontar la ardua cuestión de revisar esa ideología. El único camino que nos conduce a pisar en firme es la Ontología jurídica.

V - No tiene una menor significación como ideología, el hecho de que la ciencia jurídica, por causa de aquella progenie, todavía piense en el capitalista cuando habla del acreedor, disimulando con esta denominación los intereses de aquel personaje social. Claro está que el jurista se defenderá de nuestra acusación, arguyendo, con acierto, que los vocablos “acreedor” y “deudor” corresponden a categorías conceptuales necesarias de la relación jurídica; que puede ser acreedor tanto un capitalista como un proletario, y que él, como jurista, usa esos conceptos sin ningún contenido social que provenga de la situación histórica. El hecho de que el acreedor tenga, en los códigos del siglo XIX, todas las ventajas de la relación jurídica hasta ser, incluso, más favorecido en ella que el propio Estado, es la valoración del legislador que el jurista no está llamado a desconocer sino a sistematizar y esclarecer. En el legislador hay, sin duda — agregará —, un pronunciamiento político como aporte propio; pero como parte de su tarea no debe haberlo ni en el juez ni en el jurista; por lo menos no lo hay como referencia subrepticia al capitalista cuando ellos se refieren solamente al acreedor.

Sin embargo, viendo la cuestión con más detenimiento, el asunto aparece de otra manera y la pretendida neutralidad científica del juez y del jurista, emerge ideológicamente comprometida en favor de los capitalistas con el enmascaramiento conceptual que hemos señalado. Hagamos el examen de ella, en dos niveles:

a) Es obvio que en forma pre-normativa, podemos distinguir entre los deudores que pueden pagar sus deudas y los que no pueden pagarla. Los primeros poseen muchos bienes; los segundos no tienen dinero en cantidad suficiente. Se trata de una verdad de hecho; ambas clases de deudores existen en la sociedad. En un sentido general, dejando a un lado casos excepcionales, la observación es exacta. Pero esto significa, en general, que los deudores que llegan a los tribunales son aquellos que no pueden pagar sus deudas. Y esto ya es importante para la infiltración ideológica, porque el espíritu del juez, poco a poco, a través de una experiencia de todos los días, va estableciendo una equivalencia entre el acreedor que él encuentra en su experiencia judicial y el capitalista que ese mismo acreedor es en la sociedad como hombre adinerado. La valoración judicial termina viendo, así, los intereses del capitalismo en cualquier acreedor, porque la experiencia judicial encuentra a los acreedores en situación de capitalistas.

Pero hay algo más; el jurista escribe sus tratados poniéndose en la posición de un juez. Según la fórmula técnica acuñada por la teoría egológica, el juez es el canon del sujeto cognoscente en el Derecho. Esto quiere decir ahora, que la teoría de las diversas ramas del Derecho positivo recoge aquella valoración capitalista del juez; que el tratadista también está influido por la misma experiencia contenciosa que el juez, y que, al pulirla, sistematizarla y esclarecerla, refuerza las valoraciones judiciales en la medida en que estas teorías son asumidas por los jueces como verdad jurídica.

b) El anterior análisis nos muestra que hay en la sociedad un acreedor potencialmente permanente: es el capitalista. Y nos muestra también que el capitalista, como acreedor, vierte una valoración judicial (en los tribunales y en los tratados) favorable a sus intereses, a través de la peculiar experiencia de los jueces y a través de la contemplación de esa misma experiencia por los tratadistas. Pero hay un momento en que esta situación se hace decisiva en la sociedad capitalista. Es el momento en que el dinero se hace capital y en que el capitalista se adueña de la plusvalía con solo adquirir la fuerza que le venden los trabajadores. Según la famosa fórmula de Marx, sería el momento en que la circulación económica se organiza para la producción y no para el consumo: D-M-D en vez de M-D-M. es decir, Dinero-Mercancía-Dinero, en vez de Mercancía-Dinero-Mercancía.

Pues bien; en este momento solo el capitalista llega a ser acreedor porque en esa situación solo él puede serlo. En efecto; comienza disponiendo del dinero suficiente (en efectivo o por su crédito bancario) para pagar en el acto la materia prima y la fuerza de trabajo que comprare, quedando como acreedor en esta relación jurídica, y luego dispone de las mercancías fabricadas para entregarlas en el acto a los interesados en comprarlas, quedando otra vez como acreedor en esta nueva relación jurídica del proceso de circulación.

VI - Queda para otra oportunidad, como hemos dicho; hacer notar la correspondencia contenida en el sociologismo ecléctico y en la egología existencial, con una sociedad donde el capitalismo ha entrado en crisis, así como también la virtualidad verdaderamente universal contenida en la egología por su base ontológica. Aquí me permito sugerir solamente lo mucho que pueden hacer los jueces y los juristas, dentro de la tradición democrática, para vivir en un mundo mejor, con solo liberarse de esa ideología que mide todas las cosas, incluso la justicia, por el dinero y que hace del dinero la razón de ser de la existencia humana.

Como quinta-esencia del espíritu del capitalismo, esta es la maldición de nuestra América como continente subdesarrollado, donde por eso el dinero pesa más aún. Pero eso que podrían hacer los jueces y juristas como su parte en la tremenda responsabilidad de esta hora histórica, no lo podrán hacer si no asientan sobre la Ontología jurídica todas sus convicciones jurídicas teoréticas y técnicas. No bastan la erudición técnica y la honestidad personal, para ser un juez. Se requiere a la par una clara vocación por la justicia. Sin esto último, ningún juez puede ser un buen juez.

La ciencia ideológica de los juristas del capitalismo, con su imagen mecánica de un juez determinado por las leyes del silogismo, ha estado privándoles a los grandes jueces sus mejores posibilidades. Su liberación llegará como una luz interior cuando retornen al hontanar filosófico de la ciencia de sus afanes. Ese retorno se llama Ontología y no está en ninguna tradición conocida en el Occidente. Me refiero, claro está, a las tradiciones jurídicas. Es un retorno al ser jurídico que tenemos que ganarlo por nosotros mismos. Creo que está bien anunciado que podemos hacerlo. En ese momento, para el juez, la verdad aparecerá como justicia, y para la doctrina, la justicia aparecerá como verdad.