

Por una dogmática conscientemente política

Por ALBERTO BOVINO Y CHRISTIAN COURTIS

«PROHIBIDO CANTAR.
PROHIBIDA LA BARAJA.
PENA: EXPULSION DEL LOCAL
(Sin excepciones.)

—¿Por qué prohibido cantar?

—Para evitar las grescas. Aquí no se canta de alegría. Si alguien lo hace, se delata: está borracho de un modo peligroso.»

Antonio DI BENEDETTO, *El silencio*.

INTRODUCCIÓN

La dogmática jurídica constituye la actividad central de los juristas o doctrinarios —se trata, desde el punto de vista cuantitativo, de la producción teórica y bibliográfica más importante generada en el campo disciplinario del derecho, excediendo notoriamente el volumen de publicaciones de otras disciplinas jurídicas como la filosofía del derecho, la sociología del derecho o la historia de derecho—. Sin embargo, pese a esa ostensible preeminencia, la filosofía del derecho se ha dedicado poco al conocimiento producido por la dogmática, tal vez por considerarlo contingente y poco riguroso. La paradoja que produce esta situación es doble: la filosofía del derecho desatiende la producción dogmática —producto principal de la actividad de los juristas— y la dogmática tiene poco interés por los temas de investigación de la filosofía del derecho. La intención de este trabajo es la de discu-

tir críticamente algunas consideraciones demasiado apresuradas acerca de los presupuestos y del papel jugado por la dogmática jurídica, provenientes de la filosofía del derecho. A partir de esta discusión, formulamos las bases de una reconstrucción teórica posible de la labor dogmática, que refleja algunas tendencias que pueden efectivamente constatarse en la obra de doctrinarios de distintas ramas del derecho. Finalmente, abordamos algunas dificultades teóricas con las que se enfrenta la dogmática cuando pretende llevar a cabo sus objetivos.

1. LA DOGMÁTICA JURÍDICA SEGÚN NINO

Uno de los teóricos que dedicó mayor atención al análisis y crítica de la dogmática en nuestro medio fue Carlos Santiago Nino. Esa preocupación no sólo surge del hecho de que Nino le dedicara dos trabajos específicos al tema¹, sino que también se detecta en otros trabajos producidos a lo largo de su vida, desde los más tempranos² hasta los más últimos³. Dada la lucidez y la jerarquía de la obra de Nino, su opinión sobre la materia resulta un punto de partida interesante para discutir la forma en que la filosofía del derecho aborda el estudio de la dogmática. A continuación expondremos sintéticamente algunas de las ideas desarrolladas por Nino.

1.1 ¿Es la dogmática jurídica «dogmática»?

Nino sostiene que la denominación «dogmática jurídica» es preferible a otras pues ella «pone de manifiesto el lugar central que ocupa en esta actividad la aceptación dogmática de determinados presupuestos»⁴. La palabra «dogma» se utiliza, en este contexto, en relación a prescripciones o normas que no pueden ser calificadas como verdaderas o falsas. Así, se dirá que se acepta «racionalmente» una norma cuando se la sostiene luego de haberla confrontado con determinados criterios de justicia, conveniencia, oportunidad, etc., y que se la acepta «dogmáticamente» cuando se la sostiene sin esa confrontación⁵.

¹ NINO, C. S., *Consideraciones sobre la dogmática jurídica (Consideraciones)*, Ed. Universidad Autónoma de México, 1974; *Algunos modelos metodológicos de «ciencia» jurídica (Algunos modelos...)*, Ed. Universidad de Carabobo, 1979.

² Ver, por ej., BACQUÉ, J. A., y NINO, C. S., «Lesiones y retórica. El problema de la ciencia del derecho y la ideología jurídica a propósito de las lesiones simultáneamente calificadas y atenuadas», en *La Ley*, 1967, t. 126, pp. 966 y ss.

³ NINO, Carlos S., «La huida frente a las penas», en *No Hay Derecho*, núm. 4, s. ed., Buenos Aires, 1991, pp. 7 y ss.

⁴ Cf. NINO, *Consideraciones*, p. 17.

⁵ Cf. NINO, *Consideraciones*, p. 18.

Definido el objeto de la ciencia jurídica como un conjunto de normas, es necesario saber si: *a*) la inclusión de cierta norma en el sistema implica algún tipo de reconocimiento; y *b*) si ese reconocimiento es «racional» o «dogmático». En este sentido el autor destaca que el apego de los iusnaturalistas racionalistas a la legislación de la codificación no era dogmático sino racional, pues la legislación establecía el programa jurídico propio del racionalismo⁶. Esa nueva actitud, que sustentó la escuela de la exégesis y, en general, la jurisprudencia de conceptos, si bien tuvo ciertas resistencias (escuelas científica y del derecho libre, jurisprudencia de intereses), trascendió su tiempo y determinó la adhesión de los juristas posteriores al principio de la preeminencia otorgada a la ley como fuente del derecho⁷. Desde que esa actitud logró su consolidación, ningún hecho, crítica o circunstancia logró una modificación sustancial en ella. Por esta razón, se sostiene que esa actitud de adhesión se da actualmente entre los juristas⁸, y que ella consiste en el acto de avalar lo que otro (el legislador) ha prescripto, es decir, en el acto de recomendar a los jueces la aplicación del derecho positivo⁹, pues «el legado permanente del racionalismo y de la exégesis no consistió, principalmente, en sus criterios valorativos, sino en la actitud de adhesión hacia el derecho legislado»¹⁰.

Así, «la aceptación por parte del jurista es dogmática y basada en criterios puramente formales»¹¹. El autor destaca la utilidad de la teoría de Kelsen para fundar esta actitud que representa un iusnaturalis-

⁶ Cf. NINO, *Consideraciones*, p. 23. Si bien NINO reconoce que la influencia de los juristas sobre el derecho positivo se ha dado en otros momentos históricos, también señala la excepcional transcendencia del racionalismo por tres razones: «nunca los ideales de los juristas fueron tan explícitos e influyeron tanto en la reforma del derecho positivo como los del racionalismo, nunca la legislación positiva tuvo un grado tan alto de sistematización como la codificación de los siglos XVIII y XIX y nunca los juristas reflexionaron tanto sobre su papel y sus nuevos presupuestos como después de esa codificación» (p. 25).

⁷ Cf. NINO, *Consideraciones*, pp. 26 y ss. Para la exégesis, la preeminencia de la ley también implicaba el reconocimiento de un criterio exclusivo en el proceso de asignación de significado al texto legal: la voluntad del legislador. Los embates de las otras corrientes fueron efectivos para relativizar este segundo principio proponiendo nuevos criterios, pero no lograron alterar la importancia del texto legal como fuente de derecho (p. 28).

⁸ Cf. NINO, *Consideraciones*, p. 30. Lo mismo opina Genaro Carrió: «hay una línea de pensamiento jurídico que exhibe una clara tendencia de justificar al Estado, el derecho puesto, por el mero hecho de serlo... Quizá, buena parte del pensamiento jurídico dogmático —nuestro pensamiento jurídico— está gravemente atacado por ese virus» (citado por NINO, p. 30, nota 15).

⁹ Según NINO, al dogmático no le interesa «lo que los jueces van a decidir, sino cómo deben decidir» (NINO, *Consideraciones*, p. 31).

¹⁰ Cf. NINO, *Consideraciones*, p. 29.

¹¹ Cf. NINO, *Consideraciones*, p. 32. NINO destaca la importancia del concepto de validez en Kelsen, uno de cuyos significados posibles se identifica con la fuerza obligatoria de la norma jurídica, como parte de la ideología dogmática. Tanto NINO como Carrió sostienen que Kelsen no fundó un nuevo modelo de ciencia jurídica, sino que fue el «gran teórico de la ciencia dogmática del derecho» (ver p. 34, nota núm. 20).

mo encubierto denominado «positivismo ideológico», que considera valiosa toda norma positiva por el hecho de pertenecer a un orden coactivo, con lo cual el criterio de aceptación coincide con el criterio para afirmar su validez ¹².

1.2 La reformulación del sistema legislado

Nino destaca que la reformulación del sistema legislado es una de las funciones más importantes de la dogmática jurídica, y que esta función no resulta incompatible con la adhesión al derecho positivo pues la utilización de ciertas técnicas oculta esta función creadora ¹³. Esta función creadora de derecho es ocultada por las técnicas de interpretación utilizadas por los dogmáticos ¹⁴ y por el desarrollo de elaboraciones conceptuales denominadas «teorías jurídicas» ¹⁵. La operación de los mecanismos y técnicas que reformulan el derecho legislado presupone un bagaje de construcciones teóricas generales caracterizadas por su elevado nivel de abstracción, por la multiplicidad de categorías conceptuales y por su amplio grado de generalidad ¹⁶.

Si analizamos las teorías que ocupan un lugar central en la labor dogmática advertiremos que ella tiene consecuencias normativas bajo un ropaje descriptivo. El método utilizado es coherente con la ideología dogmática, pues sirve para mantener no en los hechos sino en el plano simbólico un elemento esencial de esa ideología: la adhesión acrítica al derecho legislado ¹⁷. De allí que se deba distinguir dos funciones de la teoría dogmática:

a) *Función explicativa*: consiste en servir como explicación del derecho positivo.

b) *Función legislativa*: si las elaboraciones dogmáticas se limitaran a la función señalada anteriormente, ellas consistirían en una versión simplificada de las normas positivas. Pero la tarea dogmática no sólo deduce reglas y principios del derecho positivo, sino que además permite realizar inferencias de reglas y principios *no contenidos* en el sistema legislado. La fecundidad de una teoría dogmática puede ser medida en términos de las posibilidades para deducir de ella reglas no contenidas en el derecho positivo ¹⁸.

¹² Cf. NINO, *Consideraciones*, p. 29.

¹³ Cf. NINO, *Consideraciones*, p. 41.

¹⁴ NINO toma como ejemplo, en este sentido, al método de interpretación utilizado para determinar la acción típica contenida en la ley penal, que agrega consecuencias normativas no previstas en la ley (*Consideraciones*, pp. 41 y ss.).

¹⁵ NINO toma como ejemplo, en este sentido, la teoría del bien jurídico elaborada por la dogmática jurídico-penal (*Consideraciones*, pp. 55 y ss.).

¹⁶ Cf. NINO, *Consideraciones*, p. 53.

¹⁷ Cf. NINO, *Consideraciones*, p. 78.

¹⁸ Cf. NINO, *Consideraciones*, p. 80.

De este modo, las teorías permiten reconstruir el sistema legislado, explicando las reglas y los principios que derivan del texto legal, como también estableciendo reglas que completan lagunas, estipulan criterios para resolver conflictos entre normas o restringen o amplían el alcance de las normas. Finalmente, debe aclararse que esa «doble vinculación con las normas legisladas y las reglas originadas en la misma dogmática permite presentar a estas últimas como derivadas de los mismos presupuestos que aceptó el legislador al formular su sistema. A esos presupuestos se los hace figurar como formando parte del sistema del legislador, por lo cual también se presentan como integrando ese sistema las normas generales que es posible inferir de ellos»¹⁹.

Finalmente, Nino destaca la importancia que tiene la ficción del «legislador racional». Ello porque de las propiedades ficticias de ese legislador racional (singular, imperecedero, único, conciente, coherente, etc.²⁰) se desprenden principios de interpretación²¹ que justifiquen un conjunto muy amplio de soluciones jurídicas originales: «La ficción que comentamos permite atribuir esas soluciones efectivamente originales a la voluntad de la cual derivan las soluciones jurídicas positivas»²². A pesar de que el legislador no es como lo describe la ficción utilizada —su racionalidad es una cuasihipótesis aceptada dogmáticamente y no sometida a verificación empírica—, las pautas normativas derivadas de esa ficción prescriben que los juristas deben interpretar el derecho como si el legislador se asemejara a la ficción²³.

1.3 Conclusiones

Uno de los aspectos más criticado de la dogmática apunta, especialmente, al carácter metafísico de muchas de sus proposiciones. A pesar de ello, los distintos operadores del sistema jurídico (legisladores, jueces, abogados) toman en cuenta las elaboraciones teóricas de la dogmática, razón por la cual esa actividad cumple una función relevante en la vida social²⁴.

Sin embargo, la teoría ha dejado de lado el estudio de la actividad dogmática tal cual ella se desarrolla efectivamente y de las funciones que ella desempeña. Los elementos principales de la ideología dogmática que determinan sus funciones son: *a*) el dogma de que los jueces deben aplicar el derecho tal como ha sido sancionado por el legislador; *b*) el ideal de que los jueces adecuen sus decisiones a los

¹⁹ Cf. NINO, *Consideraciones*, p. 81.

²⁰ Cf. NINO, *Consideraciones*, pp. 85 y ss.

²¹ Sobre estos principios, cf. NINO, *Consideraciones*, pp. 92 y ss.

²² Cf. NINO, *Consideraciones*, p. 88.

²³ Cf. NINO, *Consideraciones*, p. 90.

²⁴ Cf. NINO, *Consideraciones*, p. 104.

estándares valorativos vigentes; y c) la concepción del ordenamiento positivo como sistema coherente y unívoco de reglas jurídicas. El dogma de la adhesión al derecho positivo es incompatible, aparentemente, con la función creadora de nuevas soluciones, y para mantener la operatividad de ambos ideales se recurre a un complicado desarrollo conceptual que presenta la reformulación del derecho como un conjunto de soluciones ya contenidas en el derecho positivo²⁵.

Entre las técnicas utilizadas por la dogmática se halla el uso de ficciones que, en general, responden a concepciones sinceras de los juristas propias del racionalismo acerca de su objeto de estudio²⁶ y, a la vez, «constituyen pautas de casi tanto valor vinculante como los textos legales»²⁷.

El principal problema de la dogmática consiste, en opinión de Nino, en su fachada supuestamente descriptiva y en los errores conceptuales que la sostienen²⁸. Sin embargo, la actividad de los juristas responde a pautas racionales y sus consecuencias pueden ser evaluadas conforme a criterios intersubjetivos²⁹. Ello pues la dogmática –como razonamiento moral– es un tipo de razonamiento deductivo análogo al que utilizan las ciencias empíricas³⁰, que utiliza criterios y principios que, al mismo tiempo que permite la inferencia de soluciones no contenidas en el texto legal, no se oponen abiertamente al sistema del derecho positivo. Esta circunstancia permite «contar con criterios racionales para resolver una controversia o evaluar una conclusión con mucha más amplitud de lo que es posible en relación a la moral»³¹. Por ello, a pesar de que la dogmática no es una ciencia descriptiva empírica ni una ciencia formal no se puede negar su racionalidad o la posibilidad de controlar intersubjetivamente sus soluciones³².

2. EN DEFENSA DE UNA CONCEPTUALIZACIÓN NO INGENUA DE LA DOGMÁTICA

El análisis que sigue pretende constituir, en cierta medida, un alegato defensivo de un modelo dogmático que, sin repetir vicios de concepciones dogmáticas del pasado, cumpla una función útil para la creación y aplicación del derecho. Previamente, sin embargo, es importante señalar algunos puntos en los que la caracterización de

²⁵ Cf. NINO, *Consideraciones*, p. 105.

²⁶ Cf. NINO, *Consideraciones*, p. 106.

²⁷ Cf. NINO, *Consideraciones*, p. 107.

²⁸ Cf. NINO, *Consideraciones*, p. 108.

²⁹ Cf. NINO, *Consideraciones*, pp. 108 y s.

³⁰ Cf. NINO, *Consideraciones*, p. 110.

³¹ Cf. NINO, *Consideraciones*, p. 113.

³² Cf. NINO, *Consideraciones*, p. 114.

Nino acerca de lo que realmente hace la dogmática es incompleta, excesivamente estereotipada o sencillamente errónea. De todos modos, es justo reconocer que subsisten elaboraciones teóricas que presentan todos los vicios señalados por Nino³³—v. gr., conclusiones manifiestamente contrarias al derecho positivo³⁴— y otros vicios adicionales—la complejidad y abstracción crecientes de los desarrollos teóricos³⁵.

³³ Respecto del carácter científico de la dogmática y de las consecuencias que la suposición de ese carácter produce en el ámbito teórico, es ilustrativa la opinión de Schünemann: «Ordenación y regulación del saber existente, averiguación de las contradicciones que se den y disponibilidad permanente de dicho saber en forma orientada al problema prueban, por tanto, el valor de la construcción sistemática, ineludible en cualquier ciencia desarrollada» («Introducción al razonamiento sistemático en Derecho penal», en AA.VV., *El sistema moderno del Derecho penal: cuestiones fundamentales*, Ed. Tecnos, Madrid, 1991, p. 32).

Lo más interesante de esta afirmación es que es formulada en un contexto en el cual se compara las proposiciones de un paleobiólogo acerca del origen del *homo habilis* con las proposiciones formuladas por los juristas. De este modo, el párrafo esconde y confunde las diferencias entre una ciencia descriptiva y el saber jurídico. El paleobiólogo que sistematiza los datos sobre el *homo habilis* no altera su objeto de estudio, sólo predica sobre él. En la concepción de Schünemann, sin embargo, la disciplina jurídica, para ser científica, *debe* modificar su objeto—el conjunto de normas jurídicas positivas, por ej., cuando las reglas no presentan coherencia sistemática alguna—. Los criterios de sistematicidad, en este contexto, no derivan de la necesidad de aplicar las normas jurídicas de una forma más o menos coherente en orden a la realización de algún criterio material de justicia—v. gr., la igualdad— sino, en todo caso, de una necesidad metodológica propia del conocimiento científico. Esta confusión de planos, en el caso inequívoca, es uno de los principales errores que NINO atribuye a la dogmática. Sin embargo, no siempre los autores incurren en este error, pues las reglas formuladas por los juristas para otorgar cierto grado de coherencia y de completitud al sistema pueden ser «explicadas» y justificadas en términos valorativos que presupongan el reconocimiento de los defectos del texto legal.

³⁴ Si bien el concepto de «función creadora» de derecho que Nino atribuye a la actividad de los juristas presenta problemas, como discutiremos más adelante, existen casos en los cuales las conclusiones normativas propuestas no pueden conciliarse de ningún modo con el contenido de las normas que intentan «explicar». Cf., por ejemplo, las argumentaciones que pretenden fundar jurídicamente el incumplimiento de la obligación de establecer el juicio por jurados en materia penal. Sobre este tema, con abundantes citas bibliográficas de los participantes en el debate, cf. GORANSKY, M. D., «Un juicio sin jurados», en AA.VV., *El nuevo Código procesal penal de la Nación*, Ed. Del Puerto, Buenos Aires, 1993, pp. 103 y ss.; MAIER, J. B. J., *Derecho procesal penal*, Ed. Del Puerto, Buenos Aires, 1996, 2.^a ed., t. I, § 7, C.

³⁵ En algunos casos, los modelos desarrollados llegan a tal grado de abstracción y complejidad que pueden ser considerados un ejercicio de demostración de capacidad teórica antes que la reexpresión coherente de un sistema de soluciones para decidir casos reales. Estos desarrollos aumentan la complejidad del modelo innecesariamente, haciéndolo cada vez más oscuro e incomprensible, generando una multiplicación geométrica de categorías, sutilezas y distinciones que provocan en algunos casos una reificación de esas categorías conceptuales sin base legal alguna que, al ser aplicadas, pueden negar la solución expresa contenida en la ley o, en ocasiones, impiden otras interpretaciones posibles del texto legal. Un ejemplo de este último caso es el de las afirmaciones doctrinarias acerca de la «indisponibilidad» de ciertos bienes jurídicos, sin sustento legal alguno, que impiden interpretar los tipos penales que no hacen referencia al consentimiento en el sentido de que ellos sólo

La caracterización de la dogmática jurídica y de sus funciones realizada por Nino reviste un indudable valor teórico. Es posible, sin embargo, cuestionar algunas de sus afirmaciones. Cabe aclarar, en primer lugar, que la visión de Nino describe una dogmática única –y en este sentido parece presumir la figura de un «dogmático racional» equivalente a la idea del «legislador racional»– que simplifica en demasía el pensamiento dogmático, al menos si comparamos su modelo con el de las corrientes más actuales de la dogmática penal, civil o constitucional.

2.1 La adhesión formal al derecho positivo

Una de las afirmaciones que Nino realiza con mayor firmeza se refiere a la actitud de adhesión formal al derecho positivo propia del positivismo ideológico que «se da entre los juristas»³⁶. No obstante, luego relativiza esa afirmación cuando reconoce que esta adhesión resultaría contradictoria con la función creadora de la dogmática, razón por la cual aclara que la adhesión acrítica al derecho legislado no es real y sólo es un mecanismo que se utiliza simbólicamente para ocultar la función creadora de la labor de los juristas³⁷.

Sin embargo, este señalamiento corre el serio riesgo de decir bastante poco. En primer lugar, la cuestión del contenido del «derecho positivo» dista de ser una cuestión simple. La confluencia de una serie de factores que sumariamente ejemplificaremos complejiza de modo notable la determinación del «contenido real» del derecho positivo:

prohíben aquellos comportamientos realizados contra la voluntad de la víctima. Sobre el problema de la indisponibilidad del bien jurídico «vida», cf. RIVACOBBA Y RIVACOBBA, M. DE, «Cambio de sentido en la protección y el concepto penal de la vida humana», en *Doctrina Penal*, Ed. Depalma, Buenos Aires, 1989; sobre el valor del consentimiento en la teoría del delito, cf. BACIGALUPO, E., «Consentimiento del lesionado en el derecho y en la dogmática penal españoles», en *Revista Derecho Penal*, Ed. Juris, Rosario, 1992, núm. 1; BOVINO, A., «Sobre el consentimiento del no ofendido», en *Revista Derecho Penal*, Ed. Juris, Rosario, 1993, núm. 2; RUSCONI, M. A., «El problema del lugar sistemático del consentimiento del ofendido», en *Justicia Penal y Sociedad*, Guatemala, 1991, núm. 1.

Esta circunstancia produce consecuencias negativas, pues, además de cumplir con la función de reducir las posibilidades de comprensión del derecho por parte de las personas no entrenadas para ello y de aumentar aún más la brecha entre esas personas y el sistema jurídico, aumenta la necesidad de recurrir a los profesionales del derecho y el círculo de problemas que exigen su participación y, por ende, brinda más poder a aquellos que detentan ese tipo de saber.

³⁶ Cf. NINO, *Consideraciones*, p. 30, en donde agrega la opinión coincidente de Genaro Carrió, a quien cita textualmente en la nota núm. 15. Esta generalización que parece aludir a la totalidad de los juristas dogmáticos es una simplificación extrema que coincide con la imagen de «buen dogmático» (equivalente al «legislador racional») que NINO utiliza recurrentemente a lo largo de todo su análisis.

³⁷ Cf. *Consideraciones*, p. 78.

a) Los problemas de indeterminación lingüística de las normas, tal como han sido formulados por el enfoque analítico característico de Hart y Carrió, que en este punto resulta compatible con las ideas de Kelsen. Por un lado, el hecho de que las proposiciones jurídicas hagan uso de los lenguajes naturales, con un muy escaso nivel de redefinición técnica, hace que aquellas arrastren todas las imperfecciones de los lenguajes naturales: vaguedad, ambigüedad, carga emotiva, etc. Por otro lado, el hecho de que la legislación emplea expresamente conceptos regulativos o normativos —entre los que se incluyen los llamados «conceptos jurídicos indeterminados»— cuyo alcance sólo puede ser concretado a partir de valoraciones sociales: son ejemplos de ello las nociones de «moral pública y buenas costumbres», «buen padre de familia», «buena fe», «reglas del arte o de la profesión», etc.

b) El problema de las inconsistencias o contradicciones lógicas de las normas, tematizado también por la corriente analítica.

c) El hecho —discutido extensamente a partir del aporte de Ronald Dworkin³⁸— de que el orden jurídico esté compuesto, además de por normas o reglas en sentido estrecho, por estándares tales como principios y directrices, cuya función difiere de la de aquéllas. Como se sabe, se ha caracterizado a los principios como mandatos de optimización, dado que ordenan que algo sea realizado en la mayor medida posible³⁹. Principios y directrices también forman parte del derecho positivo, y su consideración a la par de las normas conlleva para el intérprete problemas de interpretación suplementarios. Entre ellos, el de la coexistencia en el orden jurídico de principios ideológicamente inconsistentes⁴⁰.

d) La estructura jerárquica y escalonada del orden jurídico agrega un nuevo plano de indeterminación, ya que la aplicabilidad de una norma a un caso está sujeta al examen de su compatibilidad formal y sustancial y, por lo tanto, la selección misma de la norma que rige el caso puede depender de su comparación con una norma de rango superior. Pese a que este es un tópico clásico en la teoría del derecho —basta con recordar la polémica desatada a partir de la noción de «norma alternativa» propuesta por Kelsen—, la importancia de esta cuestión se ha acrecentado a partir del afianzamiento del constitucionalismo y de la creación de mecanismos de control de constitucionalidad⁴¹. Ferrajoli ha enfatizado dos formas de incumplimiento de los límites y vínculos que la constitución impone al legislador: las antinomias, que consisten en violaciones a un límite formal o sustancial

³⁸ DWORKIN, R. *Los derechos en serio*, Ed. Ariel, Barcelona, 1984, pp. 72-83.

³⁹ ALEX, R. *Teoría de los derechos fundamentales*, CEC, Madrid, 1993, p. 86.

⁴⁰ Robert Gordon ofrece un ejemplo de interpretaciones «individualistas» y «altruistas» de una misma situación contractual en «Cómo descongelar la realidad legal: una aproximación crítica al derecho», en este mismo volumen. Consultar además la extensa bibliografía citada.

⁴¹ Ver, por todos, FERRAJOLI, L., *Derecho y razón*, Ed. Trotta, Madrid, pp. 855-868; en este mismo volumen, «La democracia constitucional».

estipulado en la constitución –un quebrantamiento de aquello que el legislador no debe hacer– y las lagunas, que consisten en el incumplimiento de un mandato dirigido por la constitución al legislador –es decir, en la omisión de aquello que el legislador está obligado a hacer⁴²–. En el caso de nuestro país, y de varios otros países de América Latina, esta cuestión cobra una especial magnitud, dada la enorme ampliación de límites y obligaciones impuestos al legislador a partir de la constitucionalización de un número importante de pactos de derechos humanos, y del otorgamiento de jerarquía suprallegal a otros tratados y disposiciones⁴³.

e) El hecho –importantísimo para el abogado práctico, pero muchas veces soslayado por los filósofos de tendencia analítica– de que el conjunto de normas con las que operan los intérpretes y aplicadores del sistema jurídico no se limita a lo sancionado por los poderes con facultades legislativas o reglamentarias, sino que también está integrado por las interpretaciones jurisprudenciales de esas reglas –de modo que el «contenido del derecho positivo» está compuesto, para cualquiera que quiera investigar la regulación normativa de un caso, no sólo por la regla «desnuda» dictada por el legislador, sino por el conjunto de decisiones judiciales que interpretan el alcance de la regla–. En este sentido, el «derecho positivo» también formado por un conjunto no siempre coherente de casos jurisprudenciales.

Todos estos factores, además, se potencian mutuamente. Por ejemplo, los términos empleados por las constituciones y por los tratados de derechos humanos están afectados por problemas de indeterminación lingüística, o de contradicciones lógicas, y contienen conceptos jurídicos indeterminados, de modo que cuando se compara una norma inferior con una norma constitucional o de un pacto de derechos humanos, los problemas de indeterminación o contradicción pueden afectar a cualquiera de los dos términos de la comparación. Lo mismo sucede con los principios, que pueden estar contenidos en la constitución o en pactos de derechos humanos, o en la legislación inferior, y que evidentemente están atravesados por problemas de indeterminación lingüística. Y lo mismo sucede con las sentencias judiciales. Las combinaciones de estos problemas pueden multiplicarse interminablemente⁴⁴.

⁴² FERRAJOLI, L., *Derecho y razón*, op. cit., p. 876-880; «El derecho como sistema de garantías», en *Derechos y garantías. La ley del más débil*, Ed. Trotta, Madrid, 1999, pp. 28-31; «La democracia constitucional», op. cit.

⁴³ V., en general, ABREGÚ, M., y COURTIS, C. (comp.), *La aplicación de los tratados sobre derechos humanos por los tribunales locales*, Ed. Del Puerto-CELS, Buenos Aires, 1997.

⁴⁴ Tal vez el movimiento que ha explotado más críticamente el problema de la indeterminación en las áreas particulares del derecho sea el de *Critical Legal Studies*. Ver, por todos, GORDON, R. W., «Cómo descongelar la realidad legal: una aproxima-

De modo que la determinación de cuál es el contenido del derecho positivo —requisito previo a la «adhesión dogmática al derecho positivo»— constituye ya un problema complejo y multiforme, abierto a múltiples posibilidades y a variables interpretativas y valorativas de diverso signo. La «adhesión formal» de dos juristas dogmáticos distintos al mismo «objeto» puede tener como resultado soluciones completamente divergentes, aunque en ambos casos se diga que ellos «adhieren formalmente al derecho positivo». De hecho, las discusiones interpretativas sobre el derecho positivo, a la que gran parte de la dogmática se dedica con fruición, se producen justamente a partir de la afirmación por parte de los contendientes de que la solución que cada uno propone surge de la interpretación del derecho positivo⁴⁵.

En segundo lugar, la afirmación de que los juristas dogmáticos adhieren necesariamente al derecho positivo, en el sentido de concordar ideológicamente con el contenido del derecho positivo, es simplemente falsa, hecho fácilmente demostrable desde que una de las funciones características de la dogmática jurídica, además del intento de descripción del contenido del derecho positivo, es la crítica a las soluciones del derecho positivo que consideran incorrectas desde el punto de vista tanto lógico como valorativo. Los tratados y libros de derecho están plagados de proposiciones de *lege ferenda*, en las que los autores, reconociendo que no existe forma de interpretar una determinada norma de modo de ajustarse a su valoración personal, señalan la necesidad o conveniencia de una modificación legislativa o jurisprudencial. Esto lleva a distinguir al menos tres funciones en la dogmática⁴⁶:

a) Una función expositiva, ordenadora, sistematizadora, dedicada a describir el derecho positivo cuyo contenido no es considerado problemático⁴⁷. En este caso, hablar de adhesión formal al derecho

ción crítica al derecho», *op. cit.*; KENNEDY, D., *Libertad y restricción en la decisión judicial*, Siglo del Hombre Editores, Bogotá, 1999.

⁴⁵ Cfr. en este sentido la afirmación de LUHMANN: «la función (de la dogmática) consiste... no en el encadenamiento del espíritu, sino precisamente al revés, en el aumento de libertades en el trato con experiencias y textos. La conceptualidad dogmática posibilita la toma de distancia también y precisamente allí donde la sociedad espera vinculación». (énfasis en el original). LUHMANN, N., *Sistema jurídico y dogmática jurídica*, CEC, Madrid, 1983, p. 29. En el mismo sentido, FERRAZ Jr., T. S., *Função social da dogmática jurídica*, Max Limonad, San Pablo, pp. 96-97; PEÑA GONZÁLEZ, C., «Los desafíos actuales del paradigma del derecho civil», en *Estudios Públicos*, núm. 60, primavera 1995, CEP, Santiago, p. 331.

⁴⁶ En *Algunos modelos...*, NINO propone dos niveles en los que los juristas dogmáticos «deben desarrollar» su labor teórica para cumplir «una función importante» al «encara(r) la tarea de discutir problemas axiológicos para la actividad jurisdiccional» (p. 105). Estos dos niveles se acercan a las dos últimas funciones que describimos a continuación. Sin embargo, nuestro análisis afirma que los juristas dogmáticos vienen de hecho desarrollando estas funciones desde hace tiempo, sin necesidad de seguir los consejos de NINO.

⁴⁷ Cumpliendo una función pedagógica, expositiva. V. ROXIN, C., «Sobre la significación de la sistemática y dogmática del derecho penal», en *Política criminal y*

positivo como un vicio del dogmático tiene tanto sentido como hablar de la adhesión formal de un geógrafo al paisaje que describe.

b) Una función cuya orientación pretende ser descriptiva, en el sentido de postular como plausible una interpretación determinada del contenido del derecho positivo, pero también tiene un componente prescriptivo, ya que señala razones para inducir al aplicador a preferir esa interpretación por sobre otras⁴⁸. Esta función —llamémosla *de lege lata*, para mantener el término tradicional—, tal como lo venimos diciendo, no está exenta de problemas discursivos y argumentativos, ya que se propone señalar soluciones que se pretenden racionalmente derivables del derecho positivo. Si recordamos el complejo cuadro descrito en el punto anterior, cabe señalar que los juristas dogmáticos más refinados despliegan una tarea de reconstrucción posible del contenido del derecho positivo, señalando argumentos o motivos que favorecen su reconstrucción particular frente a otras reconstrucciones rivales o alternativas. Esta labor, lejos de consistir en una tarea de descripción mecánica, implica una gran serie de problemas, que incluyen, entre otros: i) problemas de determinación semántica del sentido de los términos de las normas o principios que se pretenden aplicables; ii) problemas de determinación teleológica (por ejemplo, la discusión acerca de los «fines» de la norma); iii) problemas de compatibilidad sistemática (por ejemplo, la determinación de los alcances de la coexistencia de dos institutos que responden a justificaciones opuestas); iv) problemas de compatibilidad histórica (por ejemplo, la interpretación de instituciones previas a una reforma constitucional de acuerdo a los nuevos principios constitucionales), v) problemas lógicos (por ejemplo, la solución de contradicciones normativas). Una de las tareas más frecuentes desarrolladas por los dogmáticos se vincula con la necesidad de proponer soluciones particulares para casos considerados problemáticos y, en este sentido, pretende constituirse en guía intelectual para el eventual aplicador del derecho positivo —paradigmáticamente, al juez— que se enfrente al caso en cuestión. Resulta obvio que para hacer esto, el jurista deba asumir como punto de partida el derecho positivo vigente —lo que pretende es ofrecer una guía de solución de casos particulares a partir del contenido del derecho positivo—. El argumento de la «adhesión dogmática» al derecho

estructura del delito, PPU, Barcelona, 1992, p. 36 : «Una tal sistematización del material jurídico facilita el estudio de los estudiantes...». Carlos Peña la caracteriza como «una función cognoscitiva de describir el derecho vigente, ordenándolo en términos más económicos y sencillos que aquellos con que aparece en su presentación original». V. PEÑA GONZÁLEZ, C., «Qué hacen los civilistas», en *Cuadernos de Análisis Jurídico*, Facultad de Derecho, Universidad Diego Portales, Santiago, 1993, p. 26.

⁴⁸ Cfr. MARKKU HELIN, quien califica a las interpretaciones de la dogmática ante casos cuya solución no ha sido aún establecida como *recomendaciones*, por oposición a *aserciones*. V. HELIN, M., «Sobre la semántica de las oraciones interpretativas en la dogmática jurídica», en AARNIO, A., GARZÓN VALDEZ, E., y UUSITALO, J. (comps.), *La normatividad del derecho*, Gedisa, Barcelona, 1997, pp. 208-209.

positivo resulta banal: es obvio que, dada la obligación del juez de fallar en todo caso, los juristas presenten su solución como contenida –o virtualmente contenida, o potencialmente contenida– en el derecho positivo, y esto no tiene nada de malo⁴⁹. Y, por otro lado, tampoco significa que la construcción de hipótesis dogmáticas resulte unívoca, mecánica o rutinaria: como se dijo, aun partiendo de la premisa de la aceptación del derecho positivo vigente, las posibilidades de construcción de soluciones diversas –teniendo en cuenta todos los problemas de indeterminación del contenido del derecho positivo planteados en el punto anterior– son muchas veces sumamente amplias.

c) Una función cuya orientación pretende ser crítico-prescriptiva, y no descriptiva. En esta hipótesis, que denominaremos de *lege ferenda*, el intérprete acepta que la solución que propone para la regulación o decisión de un caso no puede ser derivada del derecho positivo, y en este sentido, postula que la mejor solución implica *no la adhesión, sino el rechazo* del derecho positivo vigente. Al desarrollar esta actividad, en absoluto infrecuente entre los autores dogmáticos, el jurista debe reconocer que la evidencia semántica, lógica, teleológica, histórica, etc., le impide considerar que la solución que postula sea compatible con el contenido del derecho positivo vigente, y por ello critica la o las soluciones derivables del derecho positivo y aboga por el reemplazo de esas soluciones por la propuesta por él mismo. En general, esta función se entiende dirigida al legislador, aunque –como se explicará en los próximos párrafos, también puede estar dirigida a los jueces–. El sentido de esta función es proponer el abandono de la regla vigente y su reemplazo por una nueva.

La distinción de estas funciones depende también del punto de partida que se asuma como premisa⁵⁰. Ferrajoli, por ejemplo, considera que «la crítica al derecho, conforme a sus propias fuentes de legitimación y de deslegitimación jurídica, es la principal tarea cívica de

⁴⁹ El principal cargo de NINO, parece ser que los dogmáticos realizan una función prescriptiva *como si* estuvieran simplemente describiendo (NINO, *Consideraciones...*, p. 107; *Algunos modelos...*, p. 106; v. en el mismo sentido, CALSAMIGLIA, A., *Introducción a la ciencia jurídica*, Ariel, Barcelona, 1986, p. 132). El cargo confunde más de lo que aclara. De acuerdo a nuestra observación, si el derecho positivo es pasible de múltiples reconstrucciones, los dogmáticos pretenden describir una interpretación derivable del derecho positivo, pero es claro que también prescriben su adopción. Un modelo de dogmática puramente descriptivo –tal como el que Kelsen proponía: describir las alternativas semánticas de interpretación sin interceder por ninguna– no ha existido en la historia, por la sola razón de que no puede cumplir el objetivo de ofrecer una guía para solucionar casos. Cfr. HELIN, M., «Sobre la semántica de las oraciones interpretativas en la dogmática jurídica», *op. cit.*, p. 200.

⁵⁰ Luhmann señala la imposibilidad de distinguir con pleno sentido entre argumentos de *lege lata* y de *lege ferenda*. V. LUHMANN, N., *Sistema jurídico y dogmática jurídica*, *op. cit.*, p. 35. De todos modos, el uso de la distinción tradicional resulta útil para entender el punto de vista del dogmático, es decir, para describir lo que él pretende estar haciendo.

la jurisprudencia y de la ciencia jurídica»⁵¹. De acuerdo a su propuesta, la tarea del jurista es «explicitar la incoherencia y la falta de plenitud mediante juicios de invalidez sobre las (normas) inferiores y correlativamente de ineffectividad sobre las (normas) superiores»⁵². Los juristas cumplen este papel cuando, por ejemplo, denuncian la inconstitucionalidad de una norma inferior: en este caso, «adhieren» a la norma superior, pero «no adhieren» a la norma inferior que critican, sino que la rechazan por inválida⁵³.

Otra de las actividades típicas de la dogmática jurídica consiste en la crítica de las soluciones jurisprudenciales, crítica que de hecho supone una similar combinación de ambas funciones. Por un lado, el jurista dogmático cumple una función de *lege lata*, pretendiendo derivar del derecho positivo la solución que considera correcta. Pero por otro lado, frente a una decisión judicial que considera no compatible —ya sea por motivos lógicos o por valoraciones de otro tipo— con esa solución, el jurista *no adhiere* a la solución jurisprudencial, sino que *la rechaza* —por inconsistente con la mejor interpretación posible del derecho positivo que él postula—, sugiriendo su modificación por los mismos jueces que la dictaron o por otros que la revisen. En este sentido, el jurista «adhiera» al contenido de las normas aplicables —de acuerdo a lo que considera su mejor interpretación— pero «no adhiere» a la forma en que ha sido aplicada por el juez, sin que de hecho niegue que la pieza jurisprudencial que critica «forme parte» del derecho positivo. La actitud del jurista frente a la sentencia que considera errónea es similar a la que adopta frente a una norma que considera errónea: debe aceptar su existencia, pero sugiere su modificación —es decir, «no adhiere» a ella.

Como tercera cuestión, la afirmación genérica de que los juristas dogmáticos adhieren o aceptan dogmáticamente el contenido del orden jurídico parece un tanto arriesgada. En muchos casos, las obras de los juristas dogmáticos contienen sus puntos de partida y sus presupuestos justificatorios del ordenamiento jurídico. Por ejemplo, dos de los penalistas más reconocidos en nuestro medio, Maier⁵⁴ y Zaffaroni⁵⁵, han explicitado en sus obras esos presupuestos⁵⁶. El propio

⁵¹ FERRAJOLI, L., *Derecho y razón*, op. cit., p. 878.

⁵² FERRAJOLI, L., *Derecho y razón*, op. cit., p. 879.

⁵³ «Es así como la crítica del derecho positivo desde el punto de vista del derecho positivo tiene una función descriptiva de sus antinomias y lagunas y al mismo tiempo prescriptiva de su auto-reforma, mediante la invalidación de las primeras y la integración de las segundas.» FERRAJOLI, L., *Derecho y razón*, op. cit., p. 879.

⁵⁴ Cf. MAIER, *Derecho procesal penal*, cit., § 1, dedicado íntegramente al desarrollo de la teoría del derecho de la cual parte y a su justificación del ordenamiento jurídico.

⁵⁵ Cf., por ejemplo, *En busca de las penas perdidas*, Ed. Ediar, Buenos Aires, 1989, que significa una revalorización y reformulación de la dogmática jurídico-penal con fundamentos iusnaturalistas.

⁵⁶ Lo mismo se puede afirmar respecto a la obra de WELZEL, en Alemania: cf. *El nuevo sistema del derecho penal. Una introducción a la doctrina de la acción finalista*, Ed. Ariel, Barcelona, 1964.

Nino dedicó el último libro que publicara en vida al análisis de la Constitución, en una brillante obra dogmática que explicita minuciosamente sus puntos de partida epistemológicos, filosóficos y políticos⁵⁷. Los ejemplos podrían extenderse largamente⁵⁸. En otros casos, los juristas explican sus puntos de partida al dedicarse al análisis de algún tema concreto⁵⁹. Finalmente, si bien existen autores cuyos trabajos no dedican atención especial a esos aspectos, una lectura atenta de sus elaboraciones teóricas permite descubrir sus presupuestos implícitos⁶⁰.

Un aspecto que debe tenerse en cuenta, en esta cuestión, consiste en la imposibilidad material de la explicitación efectiva de todos los presupuestos valorativos en cada trabajo doctrinario —y, por extensión, en cada decisión de la práctica jurídica—. Imaginemos qué sucedería en la práctica judicial si cada resolución debiera contener todos sus presupuestos justificatorios. Así, por ejemplo, el juez que autoriza fotocopiar el expediente debería explicar por qué razones la Constitución Nacional es derecho positivo, por qué es válida su designación de juez, por qué es competente para decidir el pedido, por qué es válida la norma que autoriza a conceder el pedido, etc. Del mismo modo, cuando un autor dogmático abordara una cuestión jurídica acotada —por ejemplo, la determinación de un plazo procesal aplicable, la extensión de la responsabilidad extracontractual, el alcance de un término utilizado en el derecho de familia— debería, de acuerdo a ese criterio, fundar su concepción acerca del derecho y el poder, su posición sobre el sentido de la regulación constitucional, su teoría de la interpretación jurídica, su concepción acerca de la justificabilidad de la regulación del área del derecho que esté cultivando, etc. En síntesis, no parece razonable exigir que los juristas tornen explícitos todos sus presupuestos valorativos en cada pieza concreta de su discurso teórico referida al análisis de alguna institución determinada del derecho positivo. Esto convertiría a los dogmáticos en filósofos, y los alejaría de la resolución de cuestiones prácticas. Para los juristas que no se dedican a las preocupaciones teóricas de Nino, la cuestión puede ser importante pero, respecto a su objeto concreto de estudio, no deja de ser secundaria. Quizás lo que Nino pierde de vista es que el derecho, además de ser un objeto de interés teórico, es, antes y principalmente,

⁵⁷ NINO, *Fundamentos de derecho constitucional*, Ed. Astrea, Buenos Aires, 1992, en especial caps. 1 y 2.

⁵⁸ Por mencionar dos trabajos que enmarcan explícitamente los puntos de partida de la respectiva obra dogmática de sus autores, v. BAYLOS GRAU, A., *Derecho del trabajo: modelo para armar*, Ed. Trotta, Madrid, 1991; LORENZETTI, R. L., *Las normas fundamentales de derecho privado*, Ed. Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 1995.

⁵⁹ Resulta paradigmático, en este sentido, el trabajo de ZAFFARONI, E. R., «La ley de obediencia debida», en *Revista Lecciones y Ensayos*, Ed. Astrea, Buenos Aires, 1988, núm. 50, pp. 23 y ss.

⁶⁰ Al menos como para estar seguros de que su adhesión al derecho no es la adhesión formal que Nino critica.

un mecanismo que pretende ordenar comportamientos sociales, y que por tanto la dogmática tiene una finalidad eminentemente práctica: guiar la solución de casos problemáticos⁶¹.

Por estas razones, el hecho de que el objeto de estudio de los dogmáticos sean las normas jurídicas no permite afirmar, sin más, que ello indica la actitud característica del positivismo ideológico. Esta afirmación resulta de una sobresimplificación excesiva de la labor dogmática, demasiado atada a la concepción teórica que los filósofos del derecho del siglo XIX tenían sobre la dogmática, más que a lo que realmente hacen los juristas dogmáticos.

Por otra parte, tampoco puede afirmarse tan sencillamente que la adhesión simbólica al derecho positivo significa que el jurista modifica el sistema jurídico de modo inconsciente, pues para ello deberíamos dejar de lado a quienes utilizan ese aspecto simbólico como estrategia de persuasión o justificación⁶². Frente al hecho de que una irrupción discursiva que no exprese cierto grado de aceptación del derecho positivo tendrá, casi con seguridad, escasas posibilidades persuasivas, es necesario reconocer la utilización consciente y estratégica de esa aceptación simbólica. Desde el punto de vista persuasivo —lo que pretende la dogmática no es otra cosa que la aceptación de las soluciones que propone por parte de quienes deciden casos⁶³— resulta obvio que una de las condiciones de aceptabilidad de una solución dogmática es que se presente como fundada en el derecho positivo vigente, y no en el simple parecer de quien la postula, o en sentimientos subjetivos de justicia, o en concepciones políticas o ideológicas personales. Este mecanismo no sólo es utilizado por los juristas dogmáticos sino también por los jueces, pues —aunque se admita que ellos «crean» derecho— desde el punto de vista discursivo éstos presentan sus soluciones jurisprudenciales como «derivación» del derecho positivo, y no como simple invención. Esta ausencia de consideración de

⁶¹ Ferraz la califica de «pensamiento tecnológico». V. FERRAZ Jr., T. S., *Função social da dogmática jurídica*, op. cit., pp. 89-95. Ver, además, *infra*, 2.3.

⁶² En este sentido, cabe preguntarse las posibilidades de influencia efectiva de un discurso que no comparta ningún elemento en común con el discurso técnico-jurídico propio de cierto medio o contexto académico —que actúa así como un condicionamiento preexistente del medio—. Este fenómeno de exclusión de discursos extraños ha sido sufrido personalmente por el mismo Nino. Él contó el impacto de su libro *Los límites de la responsabilidad penal* en la comunidad académica de los penalistas: «dado que hago una crítica radical de las bases de la teoría del delito vigente en sus distintas versiones, pensé que iba a ser objeto de las más acerbadas objeciones y críticas de otros autores, porque realmente trataba de cuestionar los fundamentos mismos de ese desarrollo. Pero no pasó absolutamente nada. O sea que básicamente no tuve ninguna reacción ni comentario dentro del país» (cf. NINO, C. S., «La discusión crítica en nuestro medio académico [entrevista]», en *Lecciones y Ensayos*, Ed. Astrea, Buenos Aires, 1988, núm. 50, pp. 278 y s.). Abordamos el tema en el punto 2.3.

⁶³ V. FERRAZ Jr., T. S., *Função social da dogmática jurídica*, op. cit., pp. 176-182.

los aspectos estratégicos de la argumentación jurídica nos conduce al siguiente problema.

2.2 La función creadora de la dogmática jurídica

Quizás las consideraciones de Nino más esclarecedoras sean las que destacan la labor creativa de los juristas. Sin embargo, sus afirmaciones permiten formular algunos interrogantes.

El primer problema surge del hecho de que para afirmar que los juristas agregan «algo» al derecho positivo, es necesario, al mismo tiempo, afirmar que las normas contienen «algo» unívoco y determinado antes de la tarea interpretativa. Sin necesidad de sostener que las normas no contienen significado alguno, es indispensable aclarar que toda interpretación⁶⁴ significa una actividad «creadora» en el sentido que Nino atribuye a esa expresión. Como hemos afirmado antes, el «contenido» del derecho positivo, más que un conjunto unívoco y estable de significados fijos, es el resultado de un proceso incesante de atribución de sentido a normas y principios, selección de reglas o principios aplicables de acuerdo a esa atribución de sentido, extensión y compresión de esos sentidos para ajustar la regla al caso, y una multiplicidad de otras operaciones intelectuales en las que juegan factores ideológicos, valorativos y extranormativos. El carácter de estas operaciones es fundamentalmente polémico: ante cada «problema», ante cada oportunidad en la que resulta necesario atribuir sentido a una regla para aplicarla, pueden articularse varias soluciones alternativas, motivadas por distintas directrices interpretativas. La tarea fundamental de la dogmática es la de adelantar estos «problemas», estas instancias en las que la atribución de sentido resulte polémica, y ofrecer, a partir de una reconstrucción posible de las otras piezas del rompecabezas —normas de distinto rango, principios, decisiones jurisprudenciales anteriores—, una solución sostenible. El procedimiento argumentativo de la dogmática más refinada acude, además, a la reconstrucción de otras alternativas, y a la discusión de los motivos que aconsejan descartar esas alternativas y preferir la solución propuesta. Esta afirmación contradice la posibilidad de delimitar estrictamente —como ya lo apuntáramos— la oposición entre las funciones descriptivas y creadoras supuestas por Nino, en la medida en que la propia noción de «problema» —que es la que articula en general la elaboración dogmática— supone algún grado de indeterminación en el contenido de las normas, o bien el deseo de desafiar el significado que ha impuesto una comunidad dogmática o una decisión de autoridad. Las obras que se dedican simplemente a repetir las soluciones ya impuestas en la comunidad dogmática o en la jurisprudencia son en

⁶⁴ Tanto la de los órganos que aplican el derecho como la de quienes formulan elaboraciones teóricas.

general consideradas «manuales» u «obras de divulgación», pero raramente conciten alguna valoración intelectual en tanto trabajo dogmático.

Un segundo problema vinculado con la función creadora surge de la afirmación de que los criterios interpretativos de la dogmática son de invención exclusiva de los juristas, y que derivan de la ficción del «legislador racional». Esta afirmación parte de una correcta apreciación crítica con respecto a la ficción del «legislador reacional», pero resulta totalmente exagerada. En primer término, la formulación de propuestas dogmáticas no requiere en absoluto la formulación de la ficción del legislador racional —de modo que la crítica es acertada si se dirige a las formulaciones dogmáticas que parten de dicha ficción, pero no invalida en absoluto otras articulaciones dogmáticas que no caigan en ese vicio.

En segundo lugar, es posible reinterpetar la función que cumple la ficción del «legislador racional» en términos aceptables, sin necesidad de afirmar esa ficción. En nuestro ámbito, la codificación —y en general la articulación escalonada del orden jurídico— representa la pretensión de lograr cuerpos legales completos, sistemáticos y coherentes que solucionen todos los casos posibles, y los códigos pretenden expresar estas propiedades⁶⁵. Aun cuando los códigos no cumplan *efectivamente* esta pretensión —es decir, aun cuando existan indeterminaciones, contradicciones y lagunas— el sistema jurídico ordena comportarse como si ello ocurriera, a través de la orden dada a los jueces de resolver en todos los casos sometidos a su consideración⁶⁶. Esta «norma de clausura» obliga a articular —a partir del resto del material legal dado— alguna respuesta que pueda considerarse razonablemente derivable del sistema jurídico, solucionando la indeterminación, contradicción o laguna. Por ello, ofrecer una solución dogmática a un «problema» jurídico no implica en absoluto presuponer la existencia de un legislador que racionalmente y de una vez sanciona la totalidad de las normas que forman un sistema jurídico —hipótesis obviamente ficticia—, sino simplemente llevar a cabo la orden de «salvar las impurezas» del sistema, dando a todos los casos planteados una solución que resulte compatible con el contenido del material que sí se considera determinado. Más aún: en muchos casos, el dere-

⁶⁵ La división en partes generales y especiales, el desarrollo de principios generales pretendidamente exhaustivos, la remisión a reglas generales de un instituto diferente, entre otras circunstancias, no son más que la expresión clara de que se supone que un código es un sistema completo y coherente de soluciones jurídicas.

⁶⁶ En el derecho argentino, el art. 15 del Código Civil, de aplicación general, dispone que los jueces «no pueden dejar de juzgar bajo el pretexto de silencio, oscuridad o insuficiencia de las leyes» y, de este modo, no sólo reconoce las posibles inconsistencias y lagunas del ordenamiento jurídico, sino que estipula la irrelevancia de estas circunstancias frente a la necesidad de dar solución al caso. En el ámbito del derecho penal, el principio de legalidad y la prohibición de analogía cumplen una función similar.

cho positivo establece expresamente criterios para resolver casos problemáticos⁶⁷. Estos principios presuponen las imperfecciones e imprevisiones del sistema y, precisamente por ello, brindan pautas que obligan a decidir «como si» el sistema fuera coherente, completo, sistemático.

En tercer lugar, afirmar que los criterios que utiliza la dogmática para postular soluciones resultan exclusivamente de la imaginación de los juristas implica un serio error de juicio. Por un lado, como hemos dicho, si los juristas pretenden que la solución que ellos proponen para un caso deriva del «contenido del derecho positivo», resulta evidente que deben ofrecer alguna prueba de que el criterio o principio en el que fundan su solución tiene algún asidero legal, ya sea por vía de deducción, inducción, analogía o algún otro procedimiento argumentativo. Es cierto que los juristas acuden para fundar las soluciones que proponen a las denominadas «teorías», y que en muchos casos ahorran el paso de vincular la «teoría» a principios o normas de derecho positivo. Pero en algún punto, para que una teoría logre sostenerse como criterio aceptable para fundar soluciones, alguien debe haber establecido una conexión entre su contenido y el que asigna a algunas normas o principios del derecho positivo —de modo que es dudoso que una teoría que demuestre no tener conexión alguna con el «contenido del derecho positivo», o, peor aún, que demuestre ser incompatible con él, tenga demasiado éxito argumentativo—. Y por

⁶⁷ En el derecho argentino, es el art. 16 del Código Civil el que dice qué debe hacer el juez en estas situaciones: «Si una cuestión civil no puede resolverse, ni por las palabras, ni por el espíritu de la ley, se atenderá a los principios de leyes análogas; y si aún la cuestión fuere dudosa, se resolverá por los principios generales del derecho, teniendo en consideración las circunstancias del caso». En primer lugar, se admite que las cuestiones deben ser resueltas atendiendo a las palabras o al espíritu de la ley; ello indica que además de las palabras, existe otro elemento reconocido por el derecho para tomar la decisión: el espíritu de la ley. Independientemente de cuál pueda ser el contenido de esta expresión, lo cierto es que es un principio del derecho positivo que se puede acudir a «algo más» que a las palabras de la ley para su interpretación. Pero cuando la cuestión no se resuelve en las palabras o en ese «algo más que las palabras», debe acudir a los principios de leyes análogas. De este modo, el derecho positivo no sólo supone que la regulación de las distintas instituciones se funda en ciertos principios, sino que, además, les otorga la calidad de criterio legal para la decisión de ciertos casos. Ante esta afirmación, podría sostenerse que estos principios son los que están contenidos textualmente en las mismas normas jurídicas de la institución a la que se remite y no fuera de ella. Sin embargo, la disposición sigue adelante y agrega que, cuando el caso siga sin respuesta, debe acudir a los «principios generales del derecho». Estos «principios generales» no necesariamente coinciden con normas concretas —de otro modo sería innecesario remitir a ellos—, de manera que al menos algunos de estos principios están *fuera* de su texto y sólo pueden ser contruidos por el intérprete. De este modo, el derecho positivo *ordena* utilizar ciertos mecanismos utilizados por la dogmática. La búsqueda de la «naturaleza jurídica» de alguna institución no reglada que realizan los dogmáticos, por ejemplo —y por absurda que resulte la denominación de «naturaleza jurídica»—, no es más que la aplicación del principio que ordena resolver el caso según las reglas de una institución análoga.

otro lado, dado que existe una comunión importante entre la comunidad dogmática y la comunidad legislativa, en muchos casos los propios criterios o teorías desarrollados por la dogmática son adoptados legislativamente y pasan expresamente a formar parte del derecho positivo⁶⁸.

De este modo, los criterios más importantes que la dogmática utiliza no son sólo «invención» de los juristas sino en algunos casos principios a los que remite el propio derecho positivo, y en otros construcciones teóricas que pretenden dar cuenta del contenido del derecho positivo. En todo caso, aun cuando no se coincidiera con esta afirmación, debe reconocerse que los mejores ejemplos de aplicación del método dogmático reflejan en general los aspectos fundamentales que estructuran el derecho positivo, y que, por ello, puede afirmarse que la dogmática suele generar teorías adecuadas al sistema jurídico sobre el cual opera⁶⁹.

Un tercer problema que Nino plantea se vincula al ocultamiento de los presupuestos valorativos que fundan las soluciones de la dogmática⁷⁰. Sin embargo, esto no es absoluto: por ejemplo –como ya hemos dicho–, las tendencias actuales de la dogmática penal, civil y constitucional exponen cada día más los aspectos valorativos de sus elecciones, incluso en la formulación de sus «teorías generales». Son ejemplos de estas tendencias la postulación –como criterio rector de la interpretación– de la consideración de las consecuencias político-criminales de la solución⁷¹, o bien de las conse-

⁶⁸ Por ejemplo, la incorporación de la «teoría de los actos jurídicos» al Código Civil, o la incorporación de las categorías de la «teoría del delito» al Código Penal alemán, o la incorporación por vía legislativa de soluciones de *lege ferenda* desarrolladas previamente por la dogmática, como la responsabilidad civil por riesgo creado, la teoría de la imprevisión, la teoría del abuso de derecho, etc.

⁶⁹ Esta adecuación, por supuesto, no puede ser predicada de toda elaboración dogmática, sino sólo de aquellas que respeten ciertos criterios mínimos de racionalidad, básicamente análogos a los criterios de aceptabilidad de una teoría científica (v. gr., que no propongan soluciones claramente contrarias a las normas jurídicas vigentes, que no signifiquen desarrollos oscuros, complejos e incomprensibles de escaso valor práctico, que hagan explícitos los presupuestos valorativos que fundan las decisiones, que tengan algún valor explicativo sobre el material jurídico que pretenden integrar, etc.). Sobre la necesidad de adecuación de los criterios generados por la dogmática con el nivel de desarrollo y complejidad del sistema jurídico, v. LUHMANN, *Sistema jurídico y dogmática jurídica*, op. cit., pp. 39-40.

⁷⁰ Este ocultamiento parece ser el tema que más preocupa a Nino, pues él reconoce que la adhesión acrítica al derecho positivo es meramente simbólica y, también, reconoce la necesidad de una elaboración teórica que reexprese (es decir, que cumpla las funciones descriptivas y creadoras de derecho) el sistema positivo.

⁷¹ Esta orientación, sin embargo, no se logra por la simple vía de comparar en abstracto las diversas soluciones posibles, sino de analizar detenidamente los efectos que tales decisiones provocarán sobre el mundo. «Orientación a las consecuencias presupone que las consecuencias de la legislación, de los Tribunales y de la ejecución de las penas son realmente conocidas y valoradas como deseadas o no deseadas», señala gráficamente Hassemer (*Fundamentos del derecho penal*, Ed. Bosch, Barcelona, 1984, p. 35). De este modo, la orientación actual tiende a hacer cada vez más

cuencias de la asignación de responsabilidad civil por daño según distintos factores⁷², o bien de las necesidades de tutela de bienes colectivos para determinar el alcance de la legitimación del amparo⁷³. Los ejemplos podrían multiplicarse en distintas ramas del derecho. Tampoco es infrecuente, cuando la dogmática discute la solución de casos particulares –problemas de interpretación de tipos penales, o de derechos constitucionales, etc.–, observar el procedimiento argumentativo de comparar valorativamente las alternativas plausibles, a partir de cierta escala axiológica que se asume como parámetro. En síntesis, no es cierto que toda dogmática oculte los presupuestos valorativos que fundan sus soluciones, y menos aún que el ocultamiento de los presupuestos valorativos resulte necesario para que la actividad de los juristas sea clasificada como «dogmática».

2.3 Hacia una conceptualización no ingenua de la dogmática

Lo dicho hasta ahora nos permite reconstruir de algún modo el estatuto teórico de la dogmática sin necesidad de hacerla depender de mitos y ficciones endebles. Intentaremos ordenar algunas de las observaciones de los párrafos anteriores, para señalar las notas características de una dogmática autoconsciente del papel que pretende desempeñar.

a) *Carácter práctico*: en primer lugar, cabe recalcar que, en tanto construcción teórica, la dogmática jurídica, aun cuando asuma ribetes especulativos, tiene una finalidad eminentemente *práctica*, en el sentido de pretender constituirse como guía para la toma de decisiones⁷⁴. Si bien parte de la producción dogmática pretende describir y sistematizar el contenido del «derecho positivo», resulta claro que se reconoce mayor calidad intelectual a las obras que intentan generar solu-

explícitos los presupuestos valorativos, si bien esta actitud difiere en intensidad en los distintos juristas.

⁷² V., por ejemplo, LÓPEZ OLACIREGUI, J. M., «Esencia y fundamento de la responsabilidad civil», en *Revista del Derecho Comercial y de las Obligaciones*, Ed. Depalma, Buenos Aires, 1978, año 11, núm. 61/6, p. 941. Peña considera que el análisis económico del derecho es un ejemplo de dogmática orientada hacia las consecuencias, que, como se sabe, prefiere soluciones a partir de considerar los efectos de las diversas alternativas sobre la riqueza. V. PEÑA GONZÁLEZ, C., «Los desafíos actuales del paradigma del derecho civil», *op. cit.*, p. 334 y ss.

⁷³ V., por ejemplo, GORDILLO, A., *Tratado de derecho administrativo*, t. II, Fundación de Derecho Administrativo, Buenos Aires, pp. II-1/24.

⁷⁴ V. ROXIN, C., «Sobre la significación de la sistemática y dogmática del derecho penal», *op. cit.*, p. 41. Peña la describe como «una función de auxilio técnico a los operadores del derecho proporcionándoles un conjunto de soluciones coherentes y precisas a ser aplicadas en los casos relevantes de la vida social». V. PEÑA GONZÁLEZ, C., «Qué hacen los civilistas», *op. cit.*, p. 26. En sentido similar, FERRAZ Jr., T. S., *Função social da dogmática jurídica*, *op. cit.*, pp. 83-85.

ciones para cuestiones consideradas problemáticas⁷⁵, y no a las que se limitan a repetir el contenido de las reglas cuyo significado es generalmente aceptado por la comunidad jurídica. En este sentido, los mayores desafíos de la labor dogmática consisten en reconstruir –a partir del material jurídico cuyo significado se entiende relativamente convenido– soluciones para casos que presentan alguna dificultad interpretativa. Una segunda tarea, reservada a las obras de mayor abstracción teórica, consiste en la generación de «teorías jurídicas», es decir, en la elaboración de categorías conceptuales que intentan dar cuenta, justificar, explicar el sentido de una determinada regulación jurídica –vigente, histórica o hipotética–. En estos supuestos, aunque no siempre se razone a partir de casos problemáticos, de todos modos existe una finalidad práctica mediata, amén de la pedagógico-expositiva: la creación de generalizaciones conceptuales que, eventualmente, aporten criterios para la solución de casos problemáticos⁷⁶.

Una tarea distinta cumplida por la dogmática es la crítica del derecho positivo establecido, o bien la proposición de criterios para la creación de nuevo derecho positivo, en el caso en el que el contenido del vigente se considere desactualizado o insatisfactorio –es lo que antes denominamos función *de lege ferenda*–. También en este caso el cometido del trabajo dogmático es práctico: generar un cambio en el derecho vigente⁷⁷.

b) *Dependencia contextual*: un segundo elemento de suma importancia para conceptualizar la dogmática jurídica consiste en su dependencia de un marco de determinación pragmático. La orientación de un estudio dogmático depende en gran medida de la situación coyuntural del tema tratado en el marco de varias comunidades relevantes: la propia comunidad dogmática, el medio judicial y los poderes legisferantes. Así, el mismo tema puede ser tratado como propuesta legislativa, propuesta de resolución de casos, crítica jurisprudencial o crítica legislativa, dependiendo de la existencia o no de decisiones legislativas o jurisprudenciales acerca del tema abordado. El propio carácter de «problema» depende del grado de consenso sobre el significado de expresiones normativas por parte de ciertas comunidades –al menos de la comunidad dogmática–⁷⁸ y del medio judicial. Como hemos dicho, la determinación de cuál sea el contenido del «derecho

⁷⁵ Cfr. la opinión de Viehweg: «la jurisprudencia ha de ser concebida como una permanente discusión de problemas». VIEHWEG, T., *Tópica y jurisprudencia*, Taurus, Madrid, 1964, p. 146.

⁷⁶ Tanto la elaboración de discusiones sobre la «naturaleza jurídica» de un instituto, como la elaboración de «principios generales» o «principios rectores» cumplen esta finalidad.

⁷⁷ Como hemos dicho antes, la crítica de la jurisprudencia cumple un papel similar, aunque partiendo de premisas distintas –aceptación de las normas positivas y rechazo de la solución jurisprudencial adoptada a partir de ellas.

⁷⁸ Cfr. HELIN, M., «Sobre la semántica de las oraciones interpretativas en la dogmática jurídica», *op. cit.*, pp. 200-201 y 204-210.

positivo» no es en absoluto «evidente», y una de las funciones clásicas de la dogmática es la de proponer soluciones para superar indeterminaciones –indeterminación lingüística, lagunas, contradicciones lógicas–. La superación provisoria de esas indeterminaciones proviene, bien de la aceptación generalizada de un criterio dogmático de solución, bien de la resolución judicial «autoritaria» –que puede seguir o no la sugerencia de algún planteo dogmático–, bien de una iniciativa legislativa que defina con mayor claridad el problema. Nada garantiza, sin embargo, que los consensos provisionales sean eternos: un nuevo planteo dogmático puede sembrar nuevas dudas sobre el asunto, modificando la percepción de lo que se entendía como significado establecido. O bien la propia jurisprudencia puede romper el consenso dogmático, obligando a replantear la cuestión a partir del cambio de marco ⁷⁹. O bien un cambio legislativo puede quebrar el marco de discusión previo ⁸⁰. En síntesis, la relativa determinación o indeterminación del contenido del «derecho positivo» depende de la situación coyuntural del consenso de una serie de actores pragmáticos. Esto obliga a entender la dogmática en un marco colectivo, en el contexto de relaciones estratégicas, de relaciones de poder –poder de imposición de ciertos significados ⁸¹.

c) *La dogmática como discurso polémico*: hemos señalado ya que uno de los objetos privilegiados de la dogmática es la sugerencia de soluciones para resolver casos problemáticos –o bien problematizados por el propio autor–. Esta característica impone a la investigación dogmática una cierta estructura. Un primer paso consiste en la determinación del problema: poco interés reviste una investigación sobre un caso en el que no existan mayores alternativas, o sobre cuya solución no exista mayor discusión. La dirección que asume la investigación es la demostración de por qué la alternativa que se propone es mejor que cualquier otra alternativa. En este sentido, el discurso

⁷⁹ V. ESSER, J., *Principio y norma en la elaboración jurisprudencial del derecho privado*, Bosch, Barcelona, 1961, cap. XII, especialmente pp. 316-326.

⁸⁰ Nunca está de más recordar la furibunda opinión de von Kirchmann: «tres palabras rectificadoras del legislador convierten bibliotecas enteras en basura», VON KIRCHMANN, J., *La jurisprudencia no es una ciencia*, IEP, Madrid, 1961, p. 54.

⁸¹ En sentido similar, CALSAMIGLIA, A., *Introducción a la ciencia jurídica*, op. cit., pp. 77-79 y 83-86. Sumamente interesante es señalar la posibilidad de dependencia contextual de los propios criterios de argumentación dogmáticos, y por lo tanto, de los criterios de evaluación de calidad de los trabajos dogmáticos. En este sentido, no es infrecuente que obras dogmáticas que –evaluadas desde parámetros conceptuales ajenos al contexto– resulten de excelente calidad pasen desapercibidas o resulten ignoradas. El problema, sin embargo, no es diferente del de la evaluación de los descubrimientos científicos en general. V., por todos, KUHN, T. S., *La estructura de las revoluciones científicas*, FCE, México, 1971, pp. 253-262, y «Objetividad, juicios de valor y elección de teoría», en *La tensión esencial*, FCE, 1982, pp. 344-364. Para una discusión de la cuestión en el ámbito jurídico, v. RUIZ MANERO, J., «Consenso y rendimiento como criterios de evaluación en la dogmática jurídica», en *Doxa*, Alicante, 1985.

dogmático es necesariamente un *discurso polémico*: se construye *contra* otras alternativas posibles –formuladas realmente por otro polemista o imaginadas por el mismo autor–. La tarea que encara el dogmático es la de ofrecer una solución al problema tratado a partir de lo que cree la mejor reconstrucción posible permitida por el material jurídico que tiene a disposición. Dada la variedad de «problemas» normativos (indeterminación lingüística, laguna, contradicción normativa, ambigüedad axiológica), los métodos a través de los cuales se lleva a cabo la tarea de reconstrucción son también variados. Tal vez uno de los puntos de partida comunes sea la demostración de que la solución propuesta no se opone al significado aceptado de las normas que se consideran relevantes, o al menos a algunos de sus posibles significados. Ir un paso más allá implica dar razones que funden la vinculación de la solución propuesta con el derecho positivo cuya vigencia se toma como premisa –razones lógicas, lingüísticas, sistemáticas, históricas, teleológicas–. Avanzar más aún supone dar razones que justifiquen la bondad de la solución que se propone en comparación con la de otras soluciones rivales. En síntesis, demostrar que la solución propuesta puede derivarse del derecho positivo que se adopta como premisa, y que es mejor que otras soluciones.

d) *La discusión sobre valores*: es evidente que detrás de toda solución normativa existe una opción valorativa. Sin embargo, no toda discusión dogmática debe resolverse automáticamente en una discusión sobre valores –y menos aún sobre valores extra-normativos, como demasiado apresuradamente parece sugerir Nino⁸²–. Esto llevaría a sobrecargar innecesariamente la finalidad práctica de la dogmática. La discusión se entabla en el plano axiológico sólo cuando el autor dogmático considera que no es posible confinar el tratamiento de un problema a una cuestión semántica, lógica o sistemática, porque –abordada la cuestión desde estos puntos de vista– siguen siendo plausibles varias soluciones alternativas. Si resulta posible descartar una solución por sugerir un uso absurdo de las palabras a interpretar, o por ser claramente contradictoria con el significado aceptado de alguna norma relevante, o incoherente con otras soluciones aceptadas, es poco probable que un jurista pretenda fundar su rechazo acudiendo al análisis axiológico. Ahora bien, dada la relativa plasticidad de los «problemas» jurídicos, no es raro que, mientras un autor cree solucionar una cuestión en el plano lógico o lingüístico, otro vea en él un problema valorativo. Los argumentos considerados relevantes en un plano son minimizados en otro, y esto da como resultado una cierta sensación de inconmensurabilidad –la sensación de un diálogo de sordos–. Como ya hemos dicho, esto se debe a los complejos problemas de indeterminación del contenido del derecho positivo: según uno fije la construcción de su punto de partida, según considere que

⁸² NINO, *Algunos modelos...*, pp. 102-103.

una premisa está fija o es pasible de determinación, calificará la naturaleza del problema y pretenderá su solución.

La discusión dogmática de mayor riqueza se produce, sin embargo, cuando las soluciones contendientes confrontan conscientemente en el plano axiológico. Sin embargo, son realmente excepcionales los casos en los que una discusión dogmática se resuelve en una discusión filosófica o moral extra-normativa –por ejemplo, a partir de la propia concepción filosófica o política del autor⁸³–. Las discusiones axiológicas más comunes pretenden fundar la bondad de una solución dogmática en su mayor consistencia con valores *normativos*, es decir, por valores consagrados (o pretendidamente consagrados⁸⁴) por el sistema jurídico. De todos modos, dada la generalidad e indeterminación de los habituales «valores superiores» del sistema jurídico –justicia, igualdad, dignidad, seguridad–, a medida que el plano de la argumentación se hace más abstracto, la interpretación del sentido de esos valores se acerca bastante a la expresión de la ideología política, moral o filosófica de quien la realiza. Nuestra intención, sin embargo, es remarcar que existe un gran espacio de argumentación axiológica a partir de valores normativos de menor abstracción –en general, de aquellos «principios» que justifican la regulación de algún área del derecho–. Las construcciones dogmáticas más refinadas son aquellas capaces de mostrar que la solución propuesta para resolver un caso problemático resulta de la mejor reconstrucción del sistema jurídico *fundada en la interpretación de los valores consagrados por el sistema*. El jurista dogmático sugiere soluciones a partir de la generación de modelos teóricos compatibles con una interpretación posible de los valores del sistema. Así, las confrontaciones dogmáticas más ricas son aquellas conscientes de que, detrás de una discusión sobre soluciones alternativas para un caso problemático, existe una discusión ideológico-política entre modos distintos de entender cuáles son esos valores –y en las que, por ende, se argumenta en ese plano⁸⁵.

En otro trabajo hemos propuesto un análisis del derecho como cristalización del deseo de regular las condiciones de la vida social. El texto legal puede ser leído como una obra de ficción que crea un marco espacial y temporal, personajes, régimen de convivencia, organización y ejercicio del poder, sistema de distribución de bienes, formas de solución de conflictos. El texto legal –como «obra de ficción»– comparte la función prescriptiva de los textos utópicos, pues ambos construyen la imagen del mundo plasmando el deseo a través

⁸³ Esta parece ser la sugerencia de Nino. V. *Algunos modelos...*, pp. 102-104.

⁸⁴ La construcción dogmática de «principios jurídicos» a partir de la inducción de características o finalidades de la regulación jurídica cumple una función de «cristalización» de valores no consagrados explícitamente por el sistema jurídico. Piénsese, por ejemplo, en el principio de «lesividad» de la conducta punible en materia penal.

⁸⁵ V. PEÑA GONZÁLEZ, C., «Qué hacen los civilistas», *op. cit.*, p. 23-25.

de prescripciones que lo configuran. La trama del texto destaca la función política del programa legal como expresión del orden deseado y reconocimiento de escalas axiológicas. La función de la dogmática jurídica, en este contexto, consiste en la reformulación del proyecto utópico contenido en los textos legales. Así, la dogmática desempeña un papel similar al del texto, que sólo difiere en el nivel de detalle y precisión, pues ambos contribuyen a estructurar el orden deseado⁸⁶. El dogmático, a partir de su propia lectura de la novela del derecho, escribe capítulos que pretende se incorporen a ella⁸⁷. En síntesis, gran parte de la tarea dogmática consiste en completar coherentemente la solución de casos problemáticos a partir de cierta reconstrucción ideológico-política del orden jurídico positivo. De la consciencia de los propios juristas acerca de la tarea que desarrollan depende, entonces, la posibilidad de encuadrar los debates dogmáticos en el lugar adecuado, evitando discusiones bizantinas e inconducentes.

3. ALGUNAS COMPLICACIONES DEL «USO JUDICIAL» DE LA DOGMÁTICA

3.1 Dogmática y condiciones de aplicación del saber dogmático

Hasta aquí hemos intentado caracterizar el estatuto teórico de la dogmática, señalando cuáles son las funciones que pretende desarrollar. Si una de las tareas privilegiadas de la dogmática jurídica es la formulación de soluciones para la resolución de casos en la práctica,

⁸⁶ V. COURTIS, C., «Texto legal y función utópica. Acerca de la posibilidad de leer las constituciones y los pactos de derechos humanos como textos utópicos», en *No Hay Derecho*, Buenos Aires, 1991, núm. 5, pp. 12 y ss. De la misma opinión es nada menos que Georg Henrik von Wright: «De quien dicta una orden o una prohibición —sea un agente individual o una asamblea legislativa— puede decirse normalmente que desea o “quiere” que las cosas sean como las ha prescrito»; «Puede decirse que un orden jurídico y, similarmente, todo código o sistema de normas coherente tiene en mira lo que propongo llamar un estado de cosas *ideal*», «Creo que es una buena caracterización de la actividad llamada *dogmática jurídica* decir que su tarea es exponer y aclarar la naturaleza exacta del estado de cosas ideal que el derecho tiene en mira»; «a fin de que sea racional sustentarlo, el ideal tiene que ser una imagen de un *mundo posible*...», «lo que queda del “reino” (del deber ser) es un mundo alternativo, “ideal”, constituido por los contenidos normativos de un código o de un orden normativo dado»; «Las normas prescriben algo y no describen nada. Pero el contenido de las normas, es decir, aquello que las normas declaran obligatorio, permitido o prohibido, puede decirse que describe un mundo ideal». VON WRIGHT, G. H., «Ser y deber ser», en AARNIO, A.; GARZÓN VALDEZ, E., y UUSITALO, J. (comps.), *La normatividad del derecho*, op. cit., pp. 98-100, 105.

⁸⁷ Similar metáfora ha empleado Ronald Dworkin para describir la tarea del juez ante un «caso difícil». V. DWORKIN, R., *El imperio de la justicia*, Gedisa, Barcelona, 1988, pp. 166-172.

una de las cuestiones principales para evaluar su utilidad real en tanto discurso es la de determinar en qué medida guía efectivamente la decisión de casos prácticos —es decir, en qué medida influye sobre la práctica judicial—. Evidentemente, se trata de una cuestión empírica, que varía enormemente por países y por épocas, pero al menos es posible señalar una vez más la dependencia contextual de la dogmática con respecto a actores que le son ajenos —en especial el medio judicial—. La existencia de una enorme brecha que separe los temas y soluciones propuestos por la dogmática y el sentido de las decisiones judiciales es una pésima señal al respecto del «rendimiento» de sus formulaciones, y más bien indica el cultivo de una suerte de actividad esquizofrénica. En última instancia, las únicas armas para que la dogmática cumpla el papel que se propone serían la fuerza de convicción de sus razones y la socialización de los jueces dentro de los parámetros de la cultura jurídica por ella modelada.

La falta de control de la propia dogmática sobre su empleo judicial permite, sin embargo, abordar el problema desde el ángulo inverso. Los órganos judiciales que producen el discurso jurídico práctico justifican sus decisiones habitualmente en términos de aplicación del derecho positivo reexpresado por la dogmática jurídica. Sin embargo, cabe preguntarse si no existen otros elementos que determinan esas decisiones, variables externas y diferentes de esas valoraciones que la dogmática oculta. Si así fuera, podría afirmarse que el discurso que produce la práctica jurídica, a pesar de justificarse explícitamente en los términos de la dogmática, se estructura a partir de una lógica diferente. Esta suposición contradice abiertamente una idea presupuesta por los juristas: «el discurso jurídico producido por la práctica judicial es la continuidad del discurso teórico en su aplicación a los hechos del caso»⁸⁸.

Esta idea puede ser cuestionada. Si en lugar de concebir a la sentencia como el resultado de la aplicación de criterios establecidos por la dogmática —una operación lógico-deductiva, o una decisión política o moral entre opciones normativas—, «la entendemos como el resultado final de un proceso de lucha en el cual intervienen elementos jurídicos y extra-jurídicos que operan dentro y fuera del tribunal, dirigidos a la defensa estratégica de los intereses involucrados en el conflicto, la atención teórica se desplazará de arriba (las normas y los conceptos dogmáticos) hacia atrás (la práctica judicial)»⁸⁹.

⁸⁸ Cf. ABRAMOVICH, V., «El complejo de Rock Hudson», en *No Hay Derecho*, s. ed., Buenos Aires, 1991, núm. 4, p. 10. El autor aclara que la suposición implica la idea de que entre el discurso práctico de los órganos que aplican el derecho y el discurso teórico existe «uniformidad semántica, lo que permite a la teoría jurídica hablar de un solo objeto jurídico, o campo semántico uniforme, y el consiguiente menosprecio de la práctica judicial en tanto se imputa todo desajuste entre discursos a la inoperancia del aparato burocrático de administración de justicia».

⁸⁹ ABRAMOVICH, V., «El complejo de Rock Hudson», cit., p. 10.

La inexistencia de uniformidad semántica entre el discurso teórico y la sentencia en el proceso de producción de la decisión judicial ha sido señalada por Marí⁹⁰. Una nota esencial del discurso jurídico consiste en la fractura que ocurre entre el proceso discursivo y su producto final: «Entre el proceso de producción y constitución del discurso jurídico y este discurso como producto-final existe una discontinuidad, un desplazamiento. (...) (Esa ruptura) es un modo de funcionamiento de los mecanismos sociales. (...) El principio que lo organiza es un principio de control (...) ubicado en un campo de formaciones no discursivas, a saber, de instituciones, de acontecimientos políticos y de sucesos de distribución del poder. (...) Ese desajuste (está) pues, construido por la *praxis* social variable históricamente...»⁹¹.

El conflicto es el elemento que caracteriza la producción del discurso judicial. El proceso, como subrogación de la guerra, define la posición de los litigantes retroactivamente y en virtud de la actividad desplegada para obtener la decisión. No gana quien tiene razón, sino que quien gana, tiene razón. Los litigantes utilizan con irreverencia el discurso dogmático, trastocando, segmentando y aun utilizando piezas contradictorias, estratégicamente, atendiendo a la actividad de la contraparte y la postura del juzgador. El resultado de este proceso, la sentencia, se funda en los términos del discurso dogmático sin aludir a los múltiples elementos y variables que la configuraron⁹². Así, el discurso judicial es un mecanismo que construye estratégicamente sus soluciones. Por ello, estudiar un caso a partir de su sentencia implica convertir esa sentencia en una pieza «aséptica» y suponer la existencia de una falsa uniformidad semántica entre el discurso práctico y las elaboraciones de la dogmática⁹³.

⁹⁰ MARÍ, E. E., «Moi, Pierre Riviere... y el mito de la uniformidad semántica en las ciencias jurídicas y sociales», en AA.VV., *El discurso jurídico*, Ed. Hachette, Buenos Aires, p. 58.

⁹¹ RUIZ, A., «La ilusión de lo jurídico. Una aproximación al tema del derecho como un lugar del mito en las sociedades modernas», en *Crítica Jurídica*, Ed. Universidad Autónoma de Puebla, Puebla, 1986, núm. 4, p. 165.

⁹² En este proceso, el discurso de los abogados se entrecruza dentro y fuera del expediente con múltiples discursos, acotando y redefiniendo la realidad por las marchas y contramarchas de la actividad probatoria, que expresa la lucha por definir los hechos y la verdad jurídica aplicable al caso. «La autonomía de la teoría jurídica, creada por la idea de que el derecho es separable de las valoraciones políticas de los jueces, otorga legitimidad a las decisiones tomadas en nombre de la ley. Los académicos dedicados al derecho dan legitimidad al sistema y el principio del *stare decisis* es una “justificación que legitima falsamente” decisiones que son esencialmente sociales y políticas» (RUSSELL, J. S., «The Critical Legal Studies challenge to contemporary mainstream legal philosophy», en *Ottawa Law Review*, 1986, vol. 18, p. 15, la traducción es nuestra).

⁹³ ABRAMOVICH, V., «El complejo de Rock Hudson», cit., p. 10. El mismo fenómeno ha sido demostrado desde el enfoque sociológico a través de investigaciones empíricas de la criminología de la reacción social sobre los procesos de criminalización secundaria. Estas investigaciones han señalado la existencia de patrones uniformes de criterios extranormativos que orientan la selección de los individuos a crimi-

A pesar de ello, la concepción del derecho mayoritaria que subyace a la dogmática excluye completamente la consideración de la práctica jurídica o bien supone relaciones erróneas entre el programa establecido en el texto legal –y reformulado por la dogmática– y la instancia en donde tiene lugar la práctica jurídica como práctica social. En el primer caso, se acota todo el fenómeno jurídico a un conjunto de textos explicados por juristas teóricos que se ocupan de sus aspectos formales a través de un reduccionismo que propone el ideal de neutralidad y ahistoricidad del derecho y concibe las decisiones judiciales como un mero proceso de aplicación de reglas generales al caso concreto⁹⁴. En el segundo caso, se establece una relación de continuidad entre el discurso dogmático y el discurso de la práctica jurídica, idea que define al discurso teórico «por lo que excluye como objeto teórico: las características del funcionamiento de la práctica

nalizar. Factores como la raza, o la posición social y económica tienen más influencia en la decisión que la gravedad del hecho.

Sobre la influencia de la raza en las decisiones de la justicia penal en los EE.UU., cf. PELLER, G., «Criminal Law, Race, and the Ideology of Bias: Transcending the Critical Tools of the Sixties», en *Tulane Law Review*, 1993, vol. 67, p. 2231; WRIGHT, B., *Black Robes, White Justice*, Ed. Carol Publishing Group, Nueva York, 1993, 2.^a ed.; ROBERTS, D. E., «Crime, Race and Reproduction», en *Tulane Law Review*, 1993, vol. 67, p. 1945; «Race and the Prosecutor's Charging Decision», en *Harvard Law Review*, 1988, vol. 101, p. 1472; APPLIGATE, A. G., «Prosecutorial Discretion and Discrimination in the Decision to Charge», en *Temp. Law Quarterly*, 1982, vol. 55, p. 35; DAILEY, D., «Prison and Race in Minnesota», en *University of Colorado Law Review*, 1993, vol. 64, p. 761.

El criminólogo alemán Sack denomina «metarreglas» a estos patrones de comportamiento que determinan la decisión de los casos fundados en estas variables –cuya relevancia no se reconoce explícitamente–. Su análisis distingue entre reglas (reglas jurídicas generales que se aplican para dar la respuesta jurídica al caso) y metarreglas (reglas sobre la interpretación y la aplicación de las reglas generales). La originalidad de la propuesta de Sack consiste en haber sugerido un «desplazamiento» del análisis de las «metarreglas» del plano prescriptivo de la metodología jurídica al plano descriptivo de la sociología. Así, el concepto de «metarregla» no queda limitado a los principios normativos conscientemente aplicados por el intérprete de las reglas generales, sino que se transforma en el de los mecanismos que real y efectivamente actúan en la mente y en la actividad del intérprete. Estas metarreglas, configuradas por la interacción en la estructura social, permiten describir cómo opera en la realidad la administración de la justicia penal en la atribución de responsabilidad penal, es decir, cuál es la importancia relativa de las distintas variables (pertenezcan o no al discurso jurídico) en el proceso de configuración de las decisiones que los jueces penales toman habitualmente. Estas metarreglas de aplicación de las reglas jurídicas del derecho penal son seguidas, conscientemente o no, por los integrantes de las instancias oficiales que participan en los procesos de criminalización, y su contenido se vincula con leyes, mecanismos y estructuras objetivas de la sociedad basadas en relaciones de poder entre grupos e individuos y relaciones sociales de producción. Estas «metarreglas» no sólo explican la «cifra negra», sino también y especialmente, cómo opera la distribución social del castigo. Sobre este problema, cf. BARATTA, A., *Criminología crítica y crítica del derecho penal*, Ed. Siglo XXI, México, 1993, 4.^a ed., pp. 104 y ss.

⁹⁴ ABRAMOVICH, V., «El complejo de Rock Hudson», cit., p. 10.

judicial y el proceso de producción y transformación de su propio discurso»⁹⁵.

Desde esta perspectiva, las instituciones que producen las prácticas jurídicas no son una mala copia —distorsionada por la praxis— del sistema explicado por la teoría jurídica, sino un modelo distinto a ese modelo teórico, un sistema independiente que tiene su propia lógica, sus propias reglas que lo estructuran y dan sentido a cada uno de sus actos⁹⁶. La relación más estrecha entre práctica jurídica y discurso dogmático es la utilización irrespetuosa de sus piezas realizadas por quienes revisten poder para racionalizar las solicitudes y decisiones que toma el aparato de administración de justicia (y, al mismo tiempo, ocultar los criterios efectivamente utilizados).

Así, se elaboran conceptos dogmáticos para una justicia que no existe y, al mismo tiempo se elude la elaboración de un discurso que resulte aplicable para las instituciones existentes. Este estado de cosas permite sospechar de la validez de *toda esa producción teórica*: «Como lo ha puesto en evidencia la epistemología (Althusser, Bachelard, Moulines) las teorías incluyen sus condiciones de aplicación en su aparato conceptual, por lo que la ignorancia o las falsas ideas acerca del funcionamiento de la práctica jurídica afectan en su validez a toda la producción teórica»⁹⁷.

Ello no significa, claro, que los textos legales y las teorías dogmáticas no tengan influencia alguna sobre la práctica jurídica, sino simplemente que el empleo práctico de la teoría generada por la dogmática no siempre coincide con el sentido para el que ésta fue originariamente formulada. Siempre existe una tensión entre el programa legal formulado por la dogmática y las decisiones de la práctica jurídica. Esa tensión no sólo se resuelve de modos diferentes para las diversas promesas contenidas en el programa utópico⁹⁸. Los múltiples condicionamientos que resuelven esa tensión, por otra parte, además de variar en el tiempo, influyen en distinta medida sobre diferentes tipos de conflictos sociales⁹⁹.

⁹⁵ ABRAMOVICH, V., «El complejo de Rock Hudson», cit., p. 10.

⁹⁶ COURTIS, C., «En ese orden de cosas», en *No Hay Derecho*, s. ed., Buenos Aires, 1991, núm. 3, p. 8.

⁹⁷ ABRAMOVICH, V., «El complejo de Rock Hudson», cit., p. 11. En el campo de la epistemología de las ciencias, existen formulaciones similares. V., por ejemplo, MARÍ, E., quien pone énfasis en la inclusión dentro de la ciencia de sus condiciones de aplicación, en *Elementos de epistemología comparada*, Puntosur, Buenos Aires, pp. 30-37.

⁹⁸ Pues los grados de realización de esas promesas en la práctica pueden ir desde una realización completa hasta la no realización. Así, mientras es posible afirmar que el derecho de propiedad garantizado constitucionalmente alcanza un efectivo grado de protección cuando se trata de conflictos interindividuales que no involucran al Estado, también se puede constatar el incumplimiento de otras promesas del texto constitucional (por ej., los derechos sociales del art. 14 *bis* o la garantía del juicio por jurados).

⁹⁹ Así, por ej., la ausencia de independencia del poder judicial respecto del poder ejecutivo puede tener mucho peso en casos de delitos cometidos por funcionarios y escasa influencia para algunos delitos comunes.

El reconocimiento de la lógica que informa el discurso jurídico práctico, ignorado por la teoría jurídica tradicional, explica la propuesta de ampliar el objeto de estudio formulada por la teoría crítica. Ello permite preguntarse: «¿Con qué categorías conceptuales hay que dar cuenta de la presencia en el campo de producción semántico del derecho, de otros discursos que no obstante ser distintos en su origen y función lo determinan y fijan las condiciones de su aparición material?»¹⁰⁰.

3.2 Los problemas del discurso teórico de los dogmáticos

Las elaboraciones teóricas de los juristas dogmáticos, como instancia de conocimiento del derecho positivo, reexpresan el programa utópico contenido en los textos jurídicos, para indicar a los autorizados legalmente cómo deben aplicar el derecho. La reexpresión del programa utópico contenido en los textos legales comprende los fundamentos y las soluciones que los operadores jurídicos deben adoptar en sus decisiones para la realización del orden deseado. Sin embargo, los dogmáticos trabajan habitualmente sólo sobre los textos legales, y, en general, ignoran el nivel de la práctica jurídica que produce el discurso jurídico práctico. Si aquélla es la finalidad de las elaboraciones teóricas, es hora de preguntarnos por la idoneidad de la teoría jurídica para alcanzar tal fin. La influencia de la teoría aumentará en la medida en que más materializados estén sus principios en la lógica de la práctica jurídica y disminuirá cuando las piezas teóricas sólo sirvan para ocultar los criterios que efectivamente informan esa práctica y que difieren de los criterios teóricos. El mayor grado de materialización de los principios del discurso teórico depende de múltiples condicionamientos sociales y políticos, muchas veces externos a los órganos que aplican el derecho. Aun en el caso de un alto grado de materialización de los principios utópicos, siempre habrá un espacio en el que esos principios sean ignorados¹⁰¹.

Ello permite afirmar que la teoría jurídica tradicional no siempre resulta idónea para cumplir con cierto grado de efectividad el fin que se propone. La restricción de su objeto a la dimensión normativa agrava el problema pues impide el reconocimiento de los elementos extra-normativos que determinan la práctica jurídica, de la forma en

¹⁰⁰ MARÍ, E., «¿Qué iusfilosofía para la Argentina de la postmodernidad?», en *No Hay Derecho*, s. ed., Buenos Aires, 1991, núm. 3, p. 27.

¹⁰¹ Es lo que Ferrajoli denomina «la irreducible ilegitimidad política del poder en el estado de derecho». V. FERRAJOLI, L., *Derecho y razón*, cit., p. 886. Especialmente en el ámbito del derecho penal, aun en países con un alto grado de influencia del discurso teórico, parece imposible eliminar ciertos elementos ajenos al programa jurídico de constituciones y pactos de derechos humanos.

que operan estos elementos y del grado de influencia de cada uno de ellos.

En el ámbito de una cultura jurídica cuya práctica reconoce un grado escaso de realización del programa utópico –y desconoce los criterios de formación del discurso práctico propuestos por la teoría jurídica–, las posibilidades y dificultades para realizar el programa legal estarán más condicionadas por circunstancias externas al discurso jurídico que por el contenido del texto legal. Si ello es así, aun el discurso teórico que reexpresa el programa legal lealmente –es decir, sin alterarlo profundamente y sin negar los principios que lo estructuran– deviene superfluo, pues las posibilidades de realización del programa están más condicionadas por circunstancias externas a ese discurso que por la necesidad de contar con una reformulación adecuada del texto legal. En una situación tal, la sola presencia de los textos legales resulta suficiente para expresar el orden deseado, y las posibilidades del texto legal de influir efectiva o ineffectivamente en la realización de la utopía no variarán de modo significativo por la existencia de una elaboración teórica que la reformule. Como consecuencia la utilidad social de la actividad teórica de los juristas disminuye sensiblemente.

3.3 Algunas opciones

Según hemos visto, una de las causas de la escasa efectividad del discurso teórico para determinar el discurso jurídico práctico consiste en que aquél habitualmente no se interesa por las efectivas condiciones de producción de éste. Parte de esta limitación es, desde luego, estructural e irreducible. Sin embargo, existen excepciones que representan el reconocimiento de esas condiciones de producción y dan soluciones que las tienen en cuenta e intentan disminuir o neutralizar su influencia. El reconocimiento de esas condiciones supone al menos la apertura de la dogmática a una orientación sociológica, capaz de relevar las propias dificultades de concreción.

El surgimiento del derecho laboral resulta un caso paradigmático del intento de realizar la promesa incumplida del derecho civil de posibilitar las relaciones contractuales entre personas libres e iguales. Sólo a partir del reconocimiento de ciertos condicionamientos materiales que impedían esas relaciones en las condiciones garantizadas legalmente pudo desarrollarse una rama jurídica fundada en principios que incorporaron las condiciones de aplicación del derecho a las relaciones laborales para disminuir la desigualdad material de los contratantes. El surgimiento de una dogmática crítica, orientada a señalar la inadecuación de las categorías jurídicas del derecho civil para ajustarse a cierto ideal de justicia, llevó a la construcción de técnicas y categorías teóricas –finalmente convertidas en derecho positivo– estructuradas íntegramente a partir de la consideración de esos condi-

cionamientos externos ¹⁰². Por carriles similares ha transcurrido la evolución del derecho del consumo, cuyos dogmáticos se han dedicado a construir categorías para corregir los desequilibrios de poder entre profesional y consumidor que son efecto de la tematización de los contratos de consumo a partir de la teoría del derecho civil clásico ¹⁰³. Otra excepción que en cierto modo influye toda una rama del derecho se vincula al derecho comercial. La fuerza normativa de los usos comerciales no pudo sino ser reconocida, teniendo en cuenta las condiciones de aplicación del derecho comercial, a pesar de que esa rama fuera codificada (piénsese en la tensión generada por la idea de inmovilización del derecho que representa un código y el valor concedido a las prácticas mercantiles para variar las reglas jurídicas) ¹⁰⁴.

En otras ramas del derecho pueden hallarse más excepciones, aunque no siempre como principios estructuradores, sino como decisiones acotadas a algún problema determinado. El derecho penal –afectado en cualquier país por la irracionalidad de los criterios prácticos de selección de casos y por las arbitrariedades de sus operadores– brinda algunos ejemplos de excepciones limitadas a ciertos problemas específicos. Tal vez un ejemplo de ello sea, en la Argentina, la reforma del Código Procesal Penal federal anterior, que al incorporar la prohibición de valorar la confesión «espontánea» prestada en la comisaría significó un intento de reducir la brutalidad policial contra los imputados. La reforma se inspiró en la crítica dogmática a la norma, orientada por la evaluación de sus condiciones de aplicación.

Un ejemplo muy ilustrativo en el derecho de los EE.UU. se vincula con varias decisiones de la Corte Suprema declarando la invalidez del procedimiento de decisión sobre la imposición de la pena de muerte a partir del reconocimiento de la discriminación racial –probada estadísticamente– que orienta profundamente esa práctica. La Corte obligó a los estados a adoptar procedimientos tendientes a reducir la influencia de los prejuicios raciales ¹⁰⁵. La clausura del procedimiento en casos en los cuales el fiscal está autorizado legalmente a perseguir pero el motivo concreto que impulsó su decisión se considera ilegíti-

¹⁰² Es obvio que la transformación no fue producto de la mente de algunos dogmáticos, sino reflejo del cambio de situación en las relaciones de poder entre patrones y empleados. Pero una vez dadas las condiciones políticas para responder legalmente al problema, la teoría jurídica tuvo que tener en cuenta los condicionamientos materiales (la desigualdad entre los contratantes) para dar una solución efectiva. V. HEP-
PLE, B. (comp.), *La formación del derecho del trabajo en Europa*, Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, Madrid, 1994, pp. 78-98; LE GOFF, J., *Du silence à la parole. Droit du travail, société, Etat (1830-1989)*, Calligrammes, Quimper, 1989, pp. 73-116; EWALD, F., *L'Etat Providence*, Grasset, París, 1986.

¹⁰³ V. BOURGOIGNIE, T., *Elementos para una teoría del derecho del consumo*, Ed. Departamento de Consumo y Turismo, Vitoria-Gasteiz, 1994.

¹⁰⁴ V. GALGANO, F., *Historia del derecho mercantil*, Laia, Barcelona, 1981, pp. 96-97.

¹⁰⁵ Cf., entre otros, *Furman v. Georgia*, 408 US 238 (1972); *Woodson v. North Carolina*, 428 US 280 (1976); *Roberts v. Louisiana*, 428 US 325 (1976); *Gardner*

mo es otro ejemplo¹⁰⁶. En estos casos, la construcción de criterios jurídicos está inspirada en la necesidad de incluir la evaluación de factores extranormativos como filtro de la toma de decisiones legales.

Las excepciones también surgen como propuestas del discurso teórico de los penalistas. Una propuesta reciente de Zaffaroni representa un esfuerzo teórico que dedica especial atención a los condicionamientos externos y propone criterios para reducir su influencia en las decisiones judiciales. La categoría de la «vulnerabilidad» es un ejemplo claro del sentido de su propuesta¹⁰⁷.

Uno de los efectos más beneficiosos de la incorporación al discurso teórico de los condicionamientos externos consiste en la transformación del procedimiento judicial: el ámbito del proceso deja de ser un lugar que impide la discusión del problema y se transforma en un ámbito que lo nombra, lo reconoce y lo cuestiona. Así, no sólo se permite que un individuo concreto organice su estrategia para reducir la influencia de esos condicionamientos sino que, además, se genera una nueva instancia para organizar la lucha contra tales condicionamientos¹⁰⁸.

Los ejemplos sugieren la necesidad de un cambio en la teoría jurídica si su finalidad consiste en formular un sistema que oriente la

v. *Florida*, 430 US 349 (1977); *Pulley v. Harris*, 465 US 37 (1984); *Turner v. Murray*, 476 US 28 (1986).

A pesar del intento, la influencia de la raza continuó siendo significativa en perjuicio de las minorías, circunstancia que motivó un voto en disidencia en un fallo reciente reconociendo la imposibilidad de evitar la discriminación: «Aun con el más sofisticado marco legal que regule la pena de muerte, la raza del acusado continúa desempeñando un papel principal en la decisión acerca de quién debe morir y quién debe vivir» (*Callins v. Collins*, 114 S.Ct. 1127, 1135 [1994] [disidencia del juez Blackmun]) (traducción nuestra). Lo más interesante del voto es que todas las afirmaciones referidas a la arbitrariedad y al racismo con que se condena a muerte a personas negras son aplicables a todo proceso penal, más allá de la pena que se aplique.

¹⁰⁶ La clausura de la persecución se aplica en dos tipos de casos. El primer caso se da cuando el fiscal decide perseguir en respuesta al ejercicio legítimo de un derecho del imputado (por ej., demandar al estado por maltrato policial durante la detención). Sobre este tipo de casos, denominado persecución vindicativa (*vindictive prosecution*) y considerado como una violación del debido proceso, cf. *Blackledge v. Perry*, 417 US 21 (1974); *Bordenkircher v. Hayes*, 434 US 357 (1978); *US v. Goodwin*, 102 S.Ct. 2485 (1982). Sobre este desarrollo jurisprudencial, cf. GARNICK, M. G., «Two Models of Prosecutorial Vindictiveness», en *Georgia Law Review*, 1983, vol. 17, p. 467.

El segundo caso se da cuando se inicia la persecución, por un delito que habitualmente no se persigue, sólo contra una persona o grupo de personas que comparten ciertas particularidades (por ej., sólo persigue por ese delito a las personas de cierta raza). Sobre este tipo de casos, denominado persecución selectiva (*selective prosecution*) y considerado una violación al principio de igualdad, cf. *Wayte v. US*, 470 US 598 (1985). Sobre el desarrollo jurisprudencial, cf. KANE, P. S., «Why Have You Singled Me Out? The Use of Prosecutorial Discretion for Selective Prosecution», en *Tulane Law Review*, 1993, vol. 67, p. 2293.

¹⁰⁷ Cf. ZAFFARONI, *En busca de las penas perdidas*, cit., cap. VI, III, pp. 271 y ss.

¹⁰⁸ Así, por ejemplo, el caso estadounidense sobre la pena de muerte no sólo permite al condenado resistir la decisión de imponer esa pena sino que, adicionalmente, abre un nuevo espacio político en el escenario judicial para luchar contra el racismo.

interpretación y aplicación del derecho positivo. Mientras la teoría jurídica mantenga limitado su objeto, sus posibilidades de actuar efectivamente sobre la práctica jurídica no variarán de modo significativo y, al mismo tiempo, colaborará –por omisión– a la ocultación de los criterios que efectivamente informan la aplicación del derecho y a facilitar su utilización, al poner la racionalidad de su discurso al servicio de la justificación de prácticas arbitrarias opuestas al programa utópico. Si la teoría jurídica pretende sinceramente colaborar en la realización de la utopía, no tiene más alternativa que incorporar enfoques que excedan la dimensión normativa del fenómeno jurídico. Mantener su visión idealizada y formalista del derecho no sólo implica la escasa utilidad social de la actividad de los juristas sino que, lo que es más grave, convierte a estos últimos en cómplices de la arbitrariedad.

