

EL JUEGO DE LOS JURISTAS.  
ENSAYO DE CARACTERIZACIÓN  
DE LA INVESTIGACIÓN DOGMÁTICA\*

*Christian Courtis*

Facultad de Derecho  
Universidad de Buenos Aires (Argentina)  
Instituto Tecnológico Autónomo de México

La abrumadora mayoría de la investigación y de las publicaciones producidas en el campo del derecho corresponde a la llamada dogmática jurídica, doctrina o «ciencia del derecho». Esta disciplina —o, para mejor decir, esta perspectiva, aplicada sobre distintos objetos normativos, como las normas constitucionales, civiles, penales, administrativas, laborales, internacionales, las decisiones judiciales...— es la principal fuente de socialización de los futuros juristas en el lenguaje del derecho, y la principal fuente bibliográfica de consulta de distintos operadores prácticos del derecho —abogados, jueces, legisladores, administradores— para sustentar o justificar sus decisiones. Lo que sigue es un simple intento de caracterizar algunas de las tareas cumplidas por la dogmática jurídica. Esta caracterización permitirá —espero— visualizar con mayor claridad los diferentes puntos de vista asumidos por el dogmático frente a su objeto de estudio, y formular algunas sugerencias metodológicas para realizar trabajos de investigación en este campo disciplinario.

1. LA DOGMÁTICA COMO DISCIPLINA INTELECTUAL

¿En qué consiste la tarea dogmática en tanto que trabajo intelectual? ¿Con qué otras actividades intelectuales es comparable? Tal vez una primera aproximación debería tener la cautela de señalar que bajo el rótulo «dogmática», o «doctrina jurídica», los juristas hacen muchas cosas distintas, no siempre reconducibles a un único modelo conceptual<sup>1</sup>. Así, bajo el

\* Este trabajo adapta algunas reflexiones publicadas en Bovino y Courtis, 2001, 183-222.

1. Cf., por ejemplo, las lúcidas advertencias de Carrió en «La interpretación de la ley» como tópico de la Teoría General del Derecho», 1970, 35-49. En sentido similar, Guibourg, 2000, 186-188.

pañó de una misma monografía, manual o tratado de toda rama del derecho, uno puede encontrar genealogías históricas de normas, intentos de descripción sistemática de un conjunto normativo, comparaciones entre conjuntos normativos vigentes y normas del pasado o normas extrajeras, intentos de solución de problemas interpretativos y de aplicación, comentarios de sentencias judiciales, críticas a un conjunto normativo y propuestas de modificación, entre muchas otras cosas. Abordaré algunos de estos diferentes empeños por separado.

En todo caso, creo que es posible señalar alguna característica general de todas estas distintas tareas: su orientación fundamentalmente *práctica* (ver Atienza, 1993a, 246). La dogmática se propone estudiar el ordenamiento jurídico para conocerlo, transmitir ese conocimiento, operarlo, optimizarlo, mejorarlo. Esta orientación práctica impone, desde el inicio, algunas advertencias sobre las tensiones que caracterizan a la labor dogmática.

Las distintas manifestaciones del objeto del trabajo dogmático —normas, decisiones judiciales, proyectos de normas que se pretende introducir en el ordenamiento jurídico— revisten la forma de enunciados discursivos, cuyo sentido no es obvio, ni captable a través de alguna suerte de intuición innata común a todo intérprete. Por verse expresados en términos lingüísticos, y por integrarse en un conjunto mayor de enunciados similares, la determinación del sentido de esos enunciados se enfrenta —al menos— a los siguientes problemas:

- a) Problemas de indeterminación lingüística, 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 esos lenguajes: vaguedad, ambigüedad, carga emotiva, textura abierta, etc. Por otro lado, el hecho de que la legislación emplee 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», etcétera.
- b) Problemas de carácter lógico, como el de la inconsistencia, carácter incompleto y redundancia de las normas, tematizado también por la corriente analítica<sup>2</sup>.
- c) Problemas relacionados con el hecho —discutido extensamente a partir de las aportaciones de Ronald Dworkin (1984, 72-83) y Robert

2. Ver Guibourg, «La interpretación del derecho desde el punto de vista analítico» (Guibourg, 1997, 123).

Alexy—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 posible (Alexy, 1993, 86). 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 un mismo sector del ordenamiento jurídico de principios ideológicamente inconsistentes<sup>3</sup>.

d) Problemas —vinculados con los mencionados en el punto anterior— de determinación de los valores y de los fines de un conjunto normativo, necesarios para establecer su sentido y su alcance (ver Atienza y Ruiz Manero, 1996, 130-142; Aguiló Regla, 2000, 140-144). La identificación de valores y fines, en especial cuando no son explícitos, no es una operación mecánica ni obvia, y se enfrenta a dificultades tales como la existencia de tensiones entre distintos valores y fines simultáneamente consagrados por un conjunto normativo, la necesidad de adoptar algún modelo conceptual que permita razonar a partir de valor y fines, y la necesidad de ponderación o establecimiento del peso respectivo de valores y fines en caso de conflicto<sup>4</sup>.

e) Problemas derivados de la estructura jerárquica y escalonada del orden jurídico, 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 identificación misma de la norma que rige el caso puede depender de su comparación con una norma de rango superior. Pese a que éste 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 constitucionalidad<sup>5</sup>. 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 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

3. Robert W. 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» (Gordon, 2001, 343-372). Puede consultarse además la extensa bibliografía allí citada.

4. Baste, como botón de muestra, la primera frase del intento de caracterización del derecho administrativo de uno de los dogmáticos iberoamericanos más reputados de esa rama del derecho, Agustín Gordillo: «El Derecho Administrativo es por excelencia la parte del Derecho que más agudamente plantea el conflicto permanente entre la autoridad y la libertad» (Gordillo, 2000, I, iii-1).

5. Ver, por todos, Ferrajoli, 2005, 855-868.

la omisión de aquello que el legislador está obligado a hacer<sup>6</sup>. En el caso de muchos países de América Latina, esta cuestión cobra una especial magnitud, dada la enorme ampliación de límites y obligaciones impuestas 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 disposiciones. En Europa, el problema ha manifestado principalmente en orden a la necesidad de armonizar los ordenamientos jurídicos nacionales con las normas comunitarias.

f) Problemas que emanan del hecho —importantísimo para el abogado práctico, pero muchas veces soslayado por los filósofos del derecho— 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<sup>7</sup>. En este sentido, el «derecho positivo» también está formado por un conjunto no siempre coherente de casos jurisprudenciales.

Todos estos factores, además, se potencian mutuamente. Por ejemplo, las normas constitucionales están afectadas por problemas de indeterminación lingüística, o de inconsistencia, o contienen conceptos jurídicos indeterminados: cuando se la compara con una norma inferior, los problemas de indeterminación o inconsistencia pueden afectar a cualquiera de las dos normas bajo comparación. La combinación de diferentes interpretaciones posibles de cada norma puede redundar en la postulación de la existencia o inexistencia de antinomias, lagunas, etc. Lo mismo sucede con los principios, que pueden estar contenidos en la constitución, o en la legislación inferior, y que también están atravesados por problemas de indeterminación lingüística. Conjuntos normativos de todos estos niveles de la estructura jerárquica del ordenamiento jurídico pueden consagrar valores y fines que se encuentran en tensión. Y lo mismo sucede con las sentencias judiciales. Las combinaciones de estos problemas pueden multiplicarse extensamente<sup>8</sup>.

¿Qué consecuencias tiene esta serie de problemas sobre el carácter de la actividad dogmática? Creo que la cuestión central puede ser presentada como sigue: si la dogmática se limitara a una tarea puramente teórica, des-

criptiva o cognoscitiva de su objeto, enfrentada con cualquiera de estos problemas —que en última instancia se deben al carácter convencional e imperfecto del derecho, potenciado por el carácter colectivo, no uniforme y temporalmente disperso de su creación—, su papel debería ceñirse a identificar el problema en cuestión, sin ofrecer criterio alguno para su solución. Como se sabe, éste era el modelo de ciencia jurídica sustentado por Hans Kelsen, que descansa en gran medida en una epistemología construida a imagen y semejanza de las ciencias naturales. Sin embargo, semejante modelo es poco menos que inútil en términos prácticos: cuando un operador del derecho se enfrenta a un problema interpretativo, no pretende que le señalen que el problema existe —eso, presumiblemente, ya lo ha notado— sino que le ofrezcan criterios para resolverlo. La dogmática ha cumplido históricamente estas dos tareas en forma conjunta: describir el objeto del que pretende dar cuenta, y prescribir soluciones para superar problemas de interpretación y aplicación.

De este doble carácter se derivan algunas particularidades. Primero, las soluciones propugnadas se pretenden derivadas o inferidas del conjunto normativo interpretado, pero a su vez retroactúan sobre el mismo objeto de conocimiento, al fijar posición sobre las soluciones interpretativas consideradas adecuadas y por ende descartar otras reconstrucciones alternativas. Muchos autores caracterizan esta tarea como «creadora», y señalan que tiene el efecto de reformular el conjunto de normas que son objeto de interpretación<sup>9</sup>. En rigor, esta tarea de «configuración» del objeto de interpretación no sólo se lleva a cabo cuando se discute la solución de problemas interpretativos particulares: la descripción y sistematización de un conjunto normativo son habitualmente filtradas por el empleo de «teorías» y «categorías» de origen dogmático.

Segundo, la selección de soluciones adecuadas a problemas interpretativos —y, en última instancia, la «descripción» de lo que el dogmático considera derecho positivo— importan necesariamente opciones valorativas: la pretensión de neutralidad y el recurso a supuestas garantías de objetividad —como la apelación al modelo del «legislador racional»— esconden habitualmente el punto de vista político-axiológico del intérprete. La dogmática contemporánea se ha caracterizado por un gradual reconocimiento de los supuestos axiológicos a partir de los cuales se efectúa tanto la reconstrucción del ordenamiento normativo como la propuesta de soluciones interpretativas en casos problemáticos. Además, la orientación político-axiológica del dogmático se manifiesta en forma clara cuando efectúa propuestas de modificación del ordenamiento jurídico. En esos casos, sea que proponga modificaciones para reforzar la realización de valores presentes en el ordenamiento vigente, sea que pretenda la elimi-

6. Ferrajoli, 2005, 876-880; «El derecho como sistema de garantías», en Ferrajoli, 2004, 28-31.

7. Ver, por ejemplo, «Cómo estudiar un caso», en Carrió, 1999, 39-40; Levi, 1964.

8. Tal vez el movimiento que ha explorado más críticamente el problema de la indeterminación en las áreas particulares del derecho sea el de Critical Legal Studies. Ver, por todos, Gordon, 2001, y Kennedy, 1999.

9. Aienza, 1993a, 246; Calsamiglia, 1986, 129-143, y «Ciencia jurídica», en Garzón Valdés y Laporta (eds.), 2000, 21-24; Nino, 1974, 32-34 y 41-53; Peña González, 1993, 13-15 y 21-22.

nación —y el eventual reemplazo— de normas vigentes por rechazar los valores que encarnan, es casi inevitable que el doctrinario haga aparente su propia escala valorativa.

Tanto las diferentes percepciones acerca de la naturaleza de los problemas interpretativos como la divergencia axiológica hacen de la dogmática un discurso polémico. El contenido del derecho positivo, más que un consenso 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 esas atribuciones de sentido, extensión y comprensión de esos sentidos para ajustar la regla al caso, y una multiplicidad de otras operaciones intelectuales en las que juegan factores valorativos. 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 controvertida, y ofrecer una solución sostenible, una reconstrucción posible a partir de otras piezas del rompecabezas que considere relevantes —normas de distinto rango, principios, decisiones jurisprudenciales anteriores. 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 a la discusión de la propuesta. 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 general consideradas «manuales» u «obras de divulgación», pero raramente concitan alguna valoración intelectual en tanto trabajo dogmático.

Como puede verse, la reconstrucción de un conjunto de normas del ordenamiento jurídico, la propuesta de soluciones para casos problemáticos y la sugerencia de modificaciones normativas se elaboran habitualmente *contra* otras alternativas posibles —formuladas realmente por otro polemista o imaginadas por el mismo autor. Sin embargo, no toda discusión dogmática se resuelve automáticamente en una discusión sobre valores —y menos aún sobre valores extra-normativos. 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 reconstrucciones o 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<sup>10</sup>. 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 frecuentemente como resultado la sensación de un diálogo trunco<sup>11</sup>. Esto se debe en gran medida a los complejos problemas de indeterminación del contenido del derecho positivo: según uno fije la construcción de su punto de partida, según considere que una premisa —la identificación y el significado de las normas sobre las que se pretende trabajar— está fija o es pasible de discusión, calificará la naturaleza del problema y ofrecerá su solución.

La discusión dogmática de mayor riqueza se produce, de todos modos, cuando las soluciones alternativas se confrontan conscientemente en el plano axiológico. Sin embargo, son realmente excepcionales los casos en

10. Es casi un lugar común en la literatura crítica de la dogmática señalar la resistencia de los dogmáticos a reconocer que toman posición en el plano axiológico y la postulación de sus argumentos axiológicos bajo el manto de construcciones que se presentan como descriptivas. Ver, por ejemplo, Carrió, <sup>2</sup>1978, 51-55 y 62-64; Nino, 1974, 77-78 y 85-101. Aunque no se trata de un rasgo necesario de la actividad dogmática, ciertamente es una práctica extendida.

Un ejemplo al respecto. El artículo 86, II, del Código Penal Argentino establece: «El aborto practicado por un médico diplomado con el consentimiento de la mujer encinta, no es punible: 2.º) Si el embarazo proviene de una violación o de un atentado al pudor cometido sobre una mujer idiota o demente». Se trata de un típico caso de ambigüedad sintáctica: la redacción plantea la cuestión de determinar cuál es el alcance de la disyunción —si separa la hipótesis de la violación contra cualquier mujer de la de atentado al pudor cometido contra una «mujer idiota o demente», o bien la hipótesis de violación contra una «mujer idiota o demente» de la de atentado al pudor contra una «mujer idiota o demente».

Sebastián Soler, uno de los penalistas argentinos más ilustres, se inclina a favor de la primera variante. Estos son sus argumentos: el texto del artículo 86 fue tomado «de segunda mano» del Proyecto de Código Penal Suizo de 1915. La versión original, en alemán, identifica dos condiciones de permisibilidad con los términos siguientes: «2) Si el embarazo proviene de una *Notzucht* o de una *Schändung*». En las cláusulas que definen los abusos sexuales, la versión alemana del Proyecto de Código Penal Suizo de 1915 usa los términos *Notzucht* y *Schändung* para designar dos hipótesis distintas de abuso sexual: 1) *Notzucht*: contacto sexual no consentido por la víctima, logrado mediante uso de fuerza o intimidación; 2) *Schändung*: contacto sexual con una persona que no puede válidamente consentir a una relación sexual (en especial, víctimas mentalmente in sanas, privadas de consciencia, o incapaces de resistir). La versión francesa del Proyecto de Código Penal Suizo de 1915 denominó a todos los abusos sexuales con un mismo término (en español «violación»), sea que ocurran como consecuencia de violencia o intimidación, o que consistan en la relación sexual con una persona que no puede válidamente consentir. Sin embargo, en la cláusula sobre permisibilidad del aborto se tradujo 1) *Notzucht*: «violación»; 2) *Schändung*: «atentado al pudor cometido sobre una mujer idiota o demente». La Comisión del Senado argentino que introdujo el texto del artículo 86 en 1919 usó como modelo esta versión francesa del Proyecto de Código Penal Suizo de 1915 (Soler, <sup>2</sup>1987, III, 111-116).

El argumento, claro, no prueba nada si uno no demuestra que los legisladores de la Comisión del Senado sabían que el texto francés traducida de ese modo el texto original en idioma alemán, y que pretendieron mantener el sentido del modelo original. Para eso, tenían que compartir la valoración sobre la equivalencia axiológica de las dos hipótesis de permisibilidad del texto alemán original, con la que Soler está obviamente de acuerdo. Agradezco el ejemplo a Marcelo Ferrante.

11. Letizia Gianformaggio (1987) ofrece un buen ejemplo en «Lógica y argumentación en la interpretación jurídica o tomar a los juristas intérpretes en serio». La autora confronta dos interpretaciones dogmáticas referidas al alcance del tipo penal de asociación mafiosa en la ley italiana.

los que un debate dogmático se resuelve en una discusión filosófica o moral extra-jurídica —por ejemplo, a partir de la propia concepción filosófica o política del autor. 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 consagrados<sup>12</sup>) 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 visión política, moral o filosófica de quien la realiza. Existe, sin embargo, 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 axiológico-política entre modos distintos de entender cuáles son esos valores —y en las que, por ende, se argumenta en ese plano (ver Peña González, 1993, 23-25).

Quisiera, para culminar esta caracterización introductoria, deslizar otro comentario, esta vez relacionado con lo que llamaré *cuestiones de escala*. Bajo la denominación de dogmática caen, en ocasiones, piezas conceptualmente tan distintas como recensiones de una sentencia judicial y tratados de una rama entera del derecho. ¿Es posible englobar obras de apariencia tan diversa bajo una misma denominación? La diferencia entre los distintos tipos de entendimiento intelectual que se consideran típicos de la disciplina dogmática —el comentario de una sentencia o conjunto de sentencias, el análisis de una ley recientemente sancionada, la sistematización del material referido a una institución jurídica, o al tratamiento jurídico de un tema determinado, la elaboración de un esquema conceptual que abarque una rama entera del derecho— no está dada por el punto de vista empleado, sino por alcance del objeto elegido. Este puede variar de una única norma, o de su aplicación a un supuesto particular —es el caso del comentario de una sentencia judicial—, hasta la totalidad de una rama del derecho —es el caso de los clásicos tratados

12. 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.

de derecho civil, penal, administrativo, etc.—, e incluye múltiples posibilidades intermedias. La selección del alcance del objeto corresponde a la decisión convencional del investigador, y deberá ser funcional a su propósito práctico. De esta selección se derivan algunas consecuencias ligadas, justamente, a la noción de escala: cuanto más extenso sea el conjunto normativo elegido como objeto, mayor será el grado de generalidad y menor el detalle con el que puede ser tratado, o bien mayor la extensión del trabajo si se pretende abordarlo minuciosamente —del mismo modo en que, de acuerdo a la escala de los mapas, se puede representar una mayor superficie en el mismo espacio, a costa de un menor nivel de detalle, o bien, si se pretende mantener un cierto grado de detalle, es necesario aumentar el tamaño del mapa.

## 2. LAS DISTINTAS TAREAS DESEMPEÑADAS POR LA DOGMÁTICA

Lo dicho hasta aquí lleva a distinguir al menos tres tareas cumplidas por la dogmática, y una variante relativa al tipo de enunciado que adopta como objeto:

a) Una tarea expositiva, ordenadora, sistematizadora, dedicada a *describir* un conjunto de normas del derecho positivo cuyo contenido es presentado como no problemático. 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» (Peña González, 1993, 26)<sup>13</sup>. Una de las funciones que cumple esta tarea de sistematización es la de facilitar el estudio y la transmisión del conocimiento del derecho positivo —es decir, una función pedagógica o *heurística*<sup>14</sup>.

Conviene recordar, sin embargo, las *cuestiones de escala* señaladas antes: el trabajo de sistematización puede limitarse a una o unas pocas normas, o abarcar un conjunto normativo más extenso. Cuando la tarea de descripción y sistematización recae sobre un conjunto normativo relativamente extenso, la descripción va acompañada habitualmente de una labor de clasificación, reordenamiento, inducción de «principios», elaboración de las «categorías» y, en los casos de mayor desarrollo teórico, formulación de las denominadas «teorías». Es interesante recalcar que las obras que se limitan a la mera descripción o glosa del contenido de las normas seleccionadas —es el caso, por ejemplo, de las leyes o códigos comentados— son consideradas piezas de menor valor intelectual: la dogmática parece avanzar

13. En sentido similar, Alchourrón y Bulygin: sistematizar consistiría, entre otras cosas, en «presentar una base axiomática nueva, más reducida y, por lo mismo, más fácilmente manejable que la anterior» (Alchourrón y Bulygin, 1971, 114).

14. Ver Roxin, «Sobre la significación de la sistemática y dogmática del derecho penal», en Roxin, 1992, 36: «Una tal sistematización del material jurídico facilita el estudio de los estudiantes...».

cundo el jurista lleva adelante una tarea de evaluación y síntesis, y ofrece una reconstrucción que permite explicar la estructura y sentido del conjunto normativo del que pretende dar cuenta.

La manifestación más compleja de esta tarea de sistematización la constituyen las denominadas «teorías» o «teorías jurídicas»<sup>15</sup>. Construcciones teóricas tales como las llamadas «teoría del delito», «teoría general de los hechos y actos jurídicos», «teoría de la responsabilidad civil», «teoría de los actos administrativos», «teoría general de las nulidades», «teoría general del proceso», etc., constituyen modelizaciones o generalizaciones, guiadas por la pretensión de ordenar, dar unidad y coherencia y explicar el sentido de un conjunto normativo amplio, referido a un tema o problema común. Estas «teorías» permiten transmitir el conocimiento del derecho, generan categorías y clasificaciones para operarlo y elaboran criterios interpretativos para superar problemas de aplicación. Su éxito se traduce en su influencia tanto en el plano de las decisiones judiciales, como en la creación y modificación de normas del derecho positivo.

b) Una tarea 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* o *normativo*, ya que señala razones para inducir al aplicador a preferir esa interpretación sobre otras<sup>16</sup>. Esta tarea —que llamaré de *lege lata*, para mantener el término tradicional— se caracteriza por identificar *problemas interpretativos* en el derecho positivo vigente, y se propone señalar soluciones adecuadas que se pretenden racionalmente derivables de ese derecho.

Si recordamos el complejo cuadro descrito en el apartado anterior, cabe señalar que los juristas dogmáticos más competentes 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 incluye, 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 y axiológica (por ejemplo, la discusión acerca de los fines de la norma y de los valores que ella consagra); 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 reconstrucción histórica (por ejemplo, la determinación del sentido origi-

15. Ver, al respecto, Cossío D., 2001, 345-347.

16. Cf. 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* (Helin, 1997, 208-209). En el mismo sentido, Riccardo Guastini: «La interpretación doctrinal de una determinada disposición, de hecho, puede ser entendida como una 'recomendación', dirigida a los jueces, para atribuir a una disposición un determinado significado» («La interpretación: objetos, conceptos y teorías», en Guastini, 1999, 20).

nario de una norma o institución); v) problemas lógicos (por ejemplo, la solución de inconsistencias 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, la dogmática pretende consistir en guía intelectual para el eventual aplicador del derecho positivo —paradigmáticamente, el juez— que se enfrente al caso en cuestión. Para hacer esto, el jurista debe 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. Esto no significa que la construcción de hipótesis dogmáticas resulte unívoca, mecánica o rutinaria: aun partiendo de la premisa de la aceptación del derecho positivo vigente, las posibilidades de construcción de soluciones diversas —si se tienen en cuenta todos los problemas de indeterminación del contenido del derecho positivo recordados en el apartado anterior— son muchas veces sumamente amplias.

c) Una tarea 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 interpretación, sino la modificación* del derecho positivo vigente. Al desarrollar esta actividad el jurista debe reconocer que la evidencia semántica, lógica, teleológica, histórica, etc., le impide considerar que la solución que postula pueda derivarse del contenido del derecho positivo vigente, y por ello lo critica y aboga por su reemplazo, a partir de una solución 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, o el agregado de una nueva regla.

La inclusión de esta tarea en el campo de la dogmática podría ser pasible de crítica, en la medida en que el propio nombre de «dogmática» está inspirado en la noción de *dogma*. El origen del término es la consideración del derecho positivo, el derecho puesto por el legislador, como el equivalente a un dogma religioso, es decir, como un punto de partida no discutible —Niklas Luhmann (1983, 27) denomina a este rasgo «negabilidad de los puntos de partida» de la dogmática<sup>17</sup>. En la medida en que las propuestas de *lege ferenda* consisten justamente en des-sacralizar el punto de partida (el derecho puesto), ponerlo en cuestión y proponer su modificación, podría decirse que caen fuera de la tarea dogmática, y que tal vez serían clasificadas más adecuadamente bajo el tipo de estudio que Theodor Viehweg llama *catética* o *libre investigación jurídica*<sup>18</sup>, o lo que

17. En igual sentido Calsamiglia, 1986, 76.

18. Ver «Problemas sistémicos en la dogmática jurídica y en la investigación jurídica» y «Al-

Manuel Atienza denomina, más propiamente, «ciencia de la legislación» o «teoría de la legislación»<sup>19</sup>.

Creo, sin embargo, que hay buenas razones para mantener el tipo de estudios dirigidos a sostener propuestas de *lege ferenda* dentro del campo de la dogmática. El primero es que en el propio campo de la dogmática no existe una división fundamental de tareas entre quienes realizan una labor de sistematización o comentarios de *lege lata*, y quienes formulan propuestas de *lege ferenda*. Las propuestas de *lege ferenda* se incluyen en las mismas obras en las que se desarrolla el resto de los empeños de la dogmática, sin que los juristas sientan que están realizando tareas incompatibles o desconectadas entre sí. El segundo, que tal vez logre explicar esa percepción por parte de los juristas de todas las ramas del derecho, es que afirmar que las propuestas de *lege ferenda* niegan absolutamente los puntos de partida asumidos por la dogmática sea probablemente una exageración. El jurista que formula propuestas de *lege ferenda* no abandona el punto de vista interno, ni rechaza la totalidad del orden jurídico. La formulación de propuestas de cambio normativo supone más bien lo contrario: la aceptación global del ordenamiento jurídico y —aun más— la aceptación de los mecanismos del derecho para regular la vida social. Quien formula propuestas de *lege ferenda* pretende influir sobre el legislador, o sobre quien tenga poder de modificación de las normas bajo crítica. Esta crítica se dirige únicamente a una norma o un conjunto de normas puntuales: lo que se persigue es la mejora, la optimización global del ordenamiento jurídico<sup>20</sup>. El presupuesto conceptual abrazado por el jurista que realiza enunciados de *lege ferenda* es el de la posibilidad de perfeccionamiento del ordenamiento jurídico, y su marco teórico no difiere del de otras tareas cumplidas por la dogmática.

gunas consideraciones sobre el razonamiento jurídico», en Viehweg, 1997, 71-85 y 114-127; respectivamente.

19. Ver, por ejemplo, Atienza, 1989a, 41-70 —aunque, paradójicamente, el autor remarque las dificultades para diferenciar dogmática jurídica y ciencia de la legislación (cf. pp. 41-47)—. Karpen, en un texto considerado clásico en la materia, distingue entre cinco ramas de la teoría de la legislación: la *teoría de la legislación* en sentido restringido (concepto, evolución y análisis) comparado del concepto de ley; la *análisis de la legislación* (la ley en cuanto fuente del derecho); la *táctica de la legislación*, que se ocupa del denominado «procedimiento externo de legislación»; la *metódica de la legislación*, que tiene como objeto el «procedimiento interno de legislación»; las cuestiones jurídico-políticas y de teoría de la decisión que tienen que ver con los contenidos, medios y fines de la ley, y la *técnica legislativa* en sentido estricto, que se ocupa del establecimiento de reglas generales referidas a la redacción de leyes (Karpen, 1986, 5-32, cit. por Ortiz de Urbina, «Teoría de la legislación y derecho penal. La aprobación del Código penal de 1995 y la relación entre dogmática y política criminal desde el punto de vista de la teoría de la legislación», inédito).

20. La noción de «optimización» supone alguna noción de racionalidad que la guía. Manuel Atienza ha sugerido una serie de concepciones de la racionalidad (racionalidad lingüística, jurídico-formal, pragmática, teleológica, ética) aplicables a la legislación, que pueden funcionar como criterio útil para clasificar las justificaciones de las propuestas de *lege ferenda* hechas por los juristas. Ver, por ejemplo, Atienza, 1989a, 50-68; 1993b, 197-238. Sobre posibles conflictos entre esas distintas concepciones de racionalidad, ver también Atienza, 1989b, 385-403. Ver también infra, apartado 5.

d) Hasta aquí he focalizado la caracterización de la dogmática en su trato con normas jurídicas. Sin embargo, la actividad dogmática no se limita al «trato directo» con normas jurídicas: parte de su labor consiste también en la *sistematización*, *comentario* y *crítica de sentencias judiciales*. La distinción se refiere entonces al objeto de conocimiento o elaboración, no a la tarea o punto de vista empleado.

En orden a este punto, cabe afirmar que con respecto a las sentencias judiciales, podría reproducirse un esquema de análisis similar al propuesto antes, ya que los juristas abordan el análisis jurisprudencial a través de diferentes puntos de vista.

Por un lado, pueden cumplir una tarea eminentemente descriptiva, de *sistematización* de sentencias de un mismo tribunal o sobre una misma cuestión —en sentido básicamente similar a la tarea de sistematización de normas, aunque en este caso adoptando como objeto las decisiones judiciales.

Una segunda tarea posible es la de la determinación del alcance de las sentencias para casos futuros: esta tarea puede denominarse *de sententia lata*, y consiste en asumir como premisa la sentencia analizada y proyectar sus consecuencias, en especial imaginando su impacto sobre hipótesis distintas.

Una tercera tarea consiste en la crítica de la o las sentencias comentadas, dirigidas a provocar un cambio de la línea jurisprudencial. Se trata de recomendaciones dirigidas principalmente a los mismos jueces que adoptaron una decisión para que revoquen, en casos futuros, el criterio adoptado en el caso criticado: es decir, de recomendaciones de *sententia ferenda*.

Por último, el comentario jurisprudencial puede constituir una estrategia para demostrar la inadecuación o injusticia de una norma. En estos casos, el comentarista no niega que la sentencia analizada sea una aplicación justificada de la norma vigente, sino que subraya las consecuencias indeseables de la aplicación de la norma, ilustradas a partir del decisorio adoptado por los jueces. De modo que el sentido del comentario de la sentencia es sugerir una modificación normativa: es decir, se trata de un argumento para sustentar una recomendación de *lege ferenda*.

También en el caso de comentarios jurisprudenciales es importante tener en consideración *cuestiones de escala*, relativas a la extensión del objeto de análisis elegido: son frecuentes los trabajos dogmáticos que se centran en el comentario de una única sentencia; otros trabajos eligen comentar una serie de decisiones judiciales vinculadas temáticamente; algunos otros, dar cuenta de la totalidad de decisiones de un tribunal sobre un área o un problema determinado. El mayor número de casos comentados en un mismo trabajo impone menor detalle en el análisis, o —si se pretende cultivar un cierto nivel de detalle— mayor extensión del producto académico.

Resta decir que aunque he distinguido estas tareas realizadas por la dogmática —sistematización, propuesta de soluciones de *lege lata*, sugere-

rencias de *lege ferenda*, comentario de jurisprudencia—, lo cierto es que es frecuente que todas ellas aparezcan entremezcladas en las obras de doctrina de alguna envergadura. Obras tales como tratados o monografías que pretenden agotar el material referido a algún instituto jurídico asumen muchas de estas tareas simultáneamente: en el marco de la sistematización del conjunto normativo elegido, identifican problemas interpretativos y ofrecen soluciones frente a esos problemas; critican el contenido de las normas vigentes y proponen cambios normativos; describen y comentan críticamente los casos judiciales relevantes decididos sobre la materia en cuestión. Creo, sin embargo, que puede afirmarse que en toda obra dogmática hay una *tarea o punto de vista predominante*, que puede ser complementada por los demás abordajes. Esta afirmación me lleva —volcado ya a ofrecer lo que podría denominarse parte propositiva de este trabajo— a sugerir, como punto de partida de quien encara una tarea de investigación dogmática en el campo del derecho, la *definición de cuál será el punto de vista predominante de su trabajo*. La falta de definición de este punto de vista tiene como consecuencia una cierta confusión y pérdida de unidad conceptual del trabajo realizado: no son raras las monografías, tesis o tesis jurídicas que parecen un *collage*, una colección de retazos cuyo único punto en común es referirse parcialmente al mismo tema.

En el espacio que queda me dedicaré a realizar algunas sugerencias metodológicas vinculadas con cada una de las tareas de la dogmática que he identificado.

### 3. LA INVESTIGACIÓN SISTEMATIZADORA

Como he dicho antes, la orientación principal de la tarea de sistematización es descriptiva. Esta tarea no se limita a la mera síntesis o reexpresión de las normas del derecho positivo, sino que se vehiculiza fundamentalmente por medio de la elaboración de teorías, principios, clasificaciones o distinciones y categorías, a través de los cuales el doctrinario pretender dar cuenta del contenido y del sentido del conjunto normativo analizado, proporcionar un marco interpretativo a partir del cual derivar soluciones para casos de indeterminación y proporcionar un esquema heurístico que permita la transmisión del conocimiento de las normas en cuestión. No se trata de una tarea de repetición mecánica del contenido de las normas que son objeto de sistematización: la selección de normas, la asignación de sentido a esas normas, la propuesta de criterios clasificatorios, la formulación de relaciones entre normas y conjuntos normativos y la inducción de principios explicativos que den coherencia al conjunto elegido son operaciones que implican una actividad propositiva por parte del jurista.

La utilidad de la tarea de sistematización consiste en hacer comprensible un conjunto normativo, a partir de una labor de síntesis de sus características fundamentales, de explicación de su sentido y de los principios que

gobiernan, y del análisis de las relaciones entre sus partes componentes, entre el conjunto examinado y otros conjuntos normativos relevantes. De ahí la importancia de la dogmática de orientación sistematizadora como herramienta de enseñanza del derecho. Las obras de sistematización de conjuntos normativos también cumplen un papel práctico, relacionado con la aplicación del derecho: ofrecen un marco conceptual que permite operar con normas jurídicas, facilitan al abogado y al juez la comprensión de sectores del ordenamiento jurídico con los que no están familiarizados, dan cuenta de novedades y modificaciones legislativas, etcétera.

El punto crucial de la investigación sistematizadora es el de la *selección del conjunto normativo* sobre el que se pretende trabajar. La selección depende del interés del investigador, y supondrá un recorte convencional del ordenamiento jurídico. Sin embargo, por convencional que sea la elección, no todo recorte del ordenamiento jurídico ofrece material plausible de sistematización útil o relevante. Seleccionar las normas del ordenamiento jurídico español o mexicano o argentino cuyo enunciado comience por la letra «E» sería absurdo. Parte de la habilidad del investigador se juega en el funcionamiento de lo que podría denominarse —para usar una expresión cara a la teoría hermenéutica— mecanismo de «pre-comprensión»: la capacidad de descubrir una cierta unidad de sentido en un conjunto normativo determinado<sup>21</sup>. En muchos casos, esa unidad viene dada por la propia forma en que el legislador estructuró un conjunto normativo: una ley entera, un capítulo o un título de un código, un reglamento. Sin embargo, el panorama normativo al que uno se enfrenta habitualmente dista de ser tan simple: es común que quien tenga que asignar unidad a un conjunto de normas dispersas, o reordenar normas ubicadas en diferentes sectores del ordenamiento jurídico, sea el propio jurista dogmático. Fenómenos como el de la llamada «descodificación», o pérdida de racionalidad jurídico-formal del ordenamiento jurídico<sup>22</sup>, enfrentan al jurista a una tarea de reconstrucción unitaria de piezas normativas diseminadas, o bien —en sentido inverso— al aislamiento de algunas normas seleccionadas de un conjunto normativo mayor. La dogmática suele denominar a un conjunto normativo del que se predica una cierta unidad de sentido «figura», «instituto» o «institución»

21. Algunos ejemplos de esta forma de selección en textos dogmáticos que me ha tocado revisar recientemente: la disciplina jurídica del principio de igualdad y de la prohibición de discriminación por razón de género en el ámbito laboral en España (Fernández López, 1992, 95-155); la noción de «derecho fundamental» que surge del artículo 53 de la Constitución española (Jiménez Campo, 1999); las medidas cautelares en el proceso civil mexicano (Martín, 2004); los presupuestos para la declaración del concurso mercantil en México (Zamánillo Cervantes, 2003); el régimen mexicano de la evaluación de impacto ambiental (Gutiérrez González, 2004).

22. Basta con anotar algunos fenómenos que caracterizan la legislación contemporánea de muchos países de América Latina: la inflación legislativa, el surgimiento de numerosas leyes y regímenes de excepción con respecto a códigos y leyes orgánicas, el abuso de la derogación implícita, el profuso empleo de las llamadas «leyes-ómnibus», caracterizadas por la ausencia de unidad temática, el auge de la delegación legislativa y de las «leyes en blanco», la extendida costumbre de agregar normas penales en leyes de cualquier índole, etc. Para una caracterización del fenómeno de la «descodificación» en materia civil, ver Irti, 1992.

(cf. Cossío D., 2001, 355-356). Vuelvo a traer a colación la importancia de tener en cuenta las *cuestiones de escala* a las que hice referencia antes: el universo abarcado puede variar desde una o unas pocas normas (por ejemplo, las normas que regulan la excarcelación), hasta una rama entera del derecho (por ejemplo, el derecho procesal penal completo). Unas pocas normas pueden ser material insuficiente para llevar a cabo una sistematización significativa; el intento de abarcar demasiado puede hacer que un trabajo sea excesivamente genérico o trivial, o bien interminable.

Seleccionado el universo normativo sobre el que se trabajará, la primera pregunta que se formula habitualmente el jurista es el de los *finés* de ese fragmento de derecho positivo y el de los *valores* que consagra —es decir, una cierta explicación sobre el sentido de ese conjunto normativo. Una de las formas en que se contesta a esta pregunta consiste en indicar —en el caso de no estar enunciados expresamente— o señalar —en caso de estar expresos— los principios que lo rigen. Dado que los conjuntos normativos se encuentran ubicados en un conjunto mayor de normas, otra de las formas de contestar a la pregunta acerca de fines y valores es la de indicar qué principios de superior jerarquía reglamenta o especifica, o qué principios constitucionales o legales lo gobiernan. Así, por ejemplo, se dice que las normas que disciplinan la responsabilidad civil son una manifestación específica del principio *alterum non ledere*, que prohíbe dañar a los demás e impone la obligación de reparar plenamente el perjuicio. En el derecho argentino, a su vez, el principio se ha fundado constitucionalmente en el denominado principio de reserva, que dispone que nadie puede ser obligado a hacer lo que la ley no manda, ni privado de lo que ella no prohíbe, y en el derecho de propiedad<sup>23</sup>.

Una vez señalados los valores y fines consagrados por un conjunto normativo, la tarea de sistematización suele llevar a cabo una *descripción de los componentes* de ese conjunto normativo. A partir de la unidad conceptual denominada «instituto» o «institución», la dogmática efectúa habitualmente una clasificación de los enunciados jurídicos del conjunto bajo análisis: les asigna significado, identifica categorías y definiciones, describe el contenido deóntico de normas regulatorias —prohibiciones, mandatos, permisos—, da cuenta de la existencia de normas de competencia o normas que confieren poderes, ordena esos enunciados a partir de distinciones, etc. La tarea dogmática puede ayudarse del análisis formal o estructural de los enunciados jurídicos, pero se caracteriza por interesarse centralmente por el *contenido* de esos enunciados (Bobbio, 1990, 182).

Además de describir asladamente sus componentes, considerar un conjunto normativo como un sistema parcial supone *establecer las relaciones mutuas entre estos distintos enunciados jurídicos*: determinar su

23. De la formulación del principio de reserva, la dogmática civil ha derivado que nadie está obligado a soportar un daño irrogado sin derecho, y que esto genera un derecho a la reparación. Ver, por ejemplo, Kemelmaier de Carlucci, 1997, 265-314; Lorenzetti, 1993, 1140-1160.

alineance e interferencia mutua, detectar problemas lógicos, identificar las normas o estándares clave en el andamiaje de ese conjunto. La indagación de la relación mutua entre enunciados jurídicos acude, por ejemplo, al empleo del esquema regla/excepciones. Si la tarea de sistematización pretende una presentación «en términos más económicos y sencillos» del conjunto normativo elegido, es necesaria una cierta tarea de jerarquización o relevamiento de la importancia de sus componentes, capaz de distinguir sus rasgos característicos de los secundarios. Sin efectuar operaciones de abstracción, selección y jerarquización, la sistematización se convierte en mera exposición o repetición del contenido de las normas puestas por el legislador: la utilidad de tal ejercicio sería escasa. No es extraño que un lector medianamente informado experimente la sensación de haber sido estafado cuando revisa el texto de una «ley comentada» y percibe que la única labor llevada a cabo por quien se presenta como autor fue la de repetir el contenido de las disposiciones comentadas con otras palabras.

Como modo de esclarecer las particularidades del conjunto normativo elegido, la dogmática suele recurrir, además, al recurso de relacionar ese conjunto normativo, o algunos de sus componentes, con los de otro conjunto normativo cuyas semejanzas y diferencias permitan entender el sentido de la regulación estudiada: se trata de la *comparación de instituciones*. Esta elaboración trabaja sobre dos ejes: el subrayado de *semejanzas* —de contenidos, estructuras o funciones comunes— y de *contrastes* entre el conjunto normativo que es objeto de sistematización y aquel con el que se lo compara. La relevancia de la comparación propuesta será función de su capacidad de facilitar la comprensión del sentido propio del conjunto normativo sistematizado, a partir de las semejanzas y contrastes con el conjunto normativo elegido como término de comparación. Así, por ejemplo, los procesalistas suelen comparar la caducidad con la prescripción, dado el sustrato común de tomar en consideración los efectos del tiempo sobre el proceso; en materia procesal penal, la dogmática compara la excarcelación, la condena de ejecución condicional y la libertad condicional, por importar las tres figuras beneficios vinculados con la libertad frente al ejercicio del poder penal del Estado, y condiciones para su otorgamiento y mantenimiento; los constitucionalistas comparan derechos fundamentales y garantías institucionales, por establecer ambos mandatos y prohibiciones sobre los poderes políticos, etcétera.

En síntesis, un buen trabajo de sistematización debería: a) seleccionar un conjunto normativo con cierta unidad de sentido; b) determinar los fines y valores que consagra, a través de la inducción de principios que capten su sentido; c) identificar, describir y jerarquizar los elementos que componen ese conjunto normativo; d) describir las relaciones entre esos componentes; y e) señalar semejanzas y contrastes con otros conjuntos normativos relevantes.

6/20/2006 7:39:15 AM

estas características imponen a la investigación dogmática de *lege lata* una estructura. El primer paso radica en el *planteamiento del problema interpretativo*: poco interés reviste una investigación sobre no existiría solución que se han mayores problemas interpretativos que se han mayor discusión<sup>25</sup>. Cito varios problemas interpretativos que se han planteado últimamente en los derechos mexicano y argentino: ¿Puede el presidente mexicano vetar el acto de aprobación del presupuesto efectuado por la Cámara de Diputados? ¿Pueden las personas jurídicas reclamar moral de acuerdo al Código Civil del Distrito Federal? ¿Puede la Corte Suprema argentina ordenar a una provincia ajustar sus leyes y la organización de su sistema penitenciario a estándares mínimos fijados por la Constitución, las normas internacionales sobre derechos humanos y las leyes federales? ¿Está constitucionalmente mandada, o sólo permitida, la sanción penal del aborto en el derecho argentino?

Un segundo paso posible, que permite conservar la interpretación planteada, estriba en *discutir la naturalidad de la nueva determinación* en cuestión. ¿Dónde radica la indeterminación? ¿Se trata de un problema lingüístico? ¿Se trata de un problema de estructura escalonada del ordenamiento jurídico —por ejemplo, un problema de inconstitucionalidad, o de antinomia entre una norma legal y una reglamentaria? ¿Se trata de un problema de principios aplicables al caso?

Un tercer paso consiste en la *presentación de las alternativas* de varias resoluciones del caso *controvertido*. Si el problema es susceptible de varias res-

25. Otro ejemplo de planteamiento explícito de un problema interpretativo de vital importancia viene al caso aquí: «La entrada en vigor de la nueva Constitución [...] plantea inmediatamente el problema de su valor normativo propio. [...] La tradición de nuestro Derecho Constitucional, por razones que luego intentaremos comprender, ofrece muy escasos soportes para intentar solventar esta cuestión. O, mejor dicho, ofrece un modelo que inmediatamente se apece a negar a la inaprovechable a la situación actual, el modelo que, por unas u otras vías, conduce a negar a la Constitución, inaprovechable a la situación específica fuera del ámbito de la organización y las relaciones de la Constitución, el modelo que, en concreto toda la parte material de la Constitución, contendría sólo principios 'programáticos', indicaciones que sólo en cuanto el legislador recogiera los poderes superiores; todo lo demás, y en concreto todo el resto de la Constitución, contendría sólo principios 'programáticos', indicaciones que sólo en cuanto el legislador recogiera llegarían a encarnarse en normas jurídicas verdaderas, las leyes de desarrollo de tales principios, únicas normas aplicables por los tribunales y vinculantes para los poderes públicos y para los ciudadanos. [...] Resulta claro que la Constitución de 1978 inrenta resueltamente huir de este modelo y así, por una parte, declara de manera expresa que «los ciudadanos y los poderes públicos se someten a la Constitución» (art. 9.1); por otra parte, declara 'derogadas cuantas disposiciones se opongan a lo establecido en esta Constitución' [disposición derogatoria 3]; además, en su propio texto destaca alguno de sus contenidos materiales como directamente vinculantes a todos los poderes públicos, con tutela judicial inmediata, e incluso reforzada a través del amparo constitucional (arts. 53, apartados 1 y 2, y 161, apartado 1. b); finalmente, las leyes han dejado de ser el único camino de positivización facultativa del supuesto 'programa constitucional' que ellas mismas serían nulas si contradicen los preceptos de la Constitución (arts. 161, apartados 1, a y 164). [...] La explicación de todo este nuevo valor normativo de la Constitución nos exigirá remontarnos a algunas cuestiones de principio, lo que haremos en la medida indispensable para hacer posible esa explicación y permitirnos operar técnicamente con esa especie nueva de norma con que se encuen- tra ahora nuestro Derecho (ningún precedente histórico puede servirnos directamente), norma que es, además, la primera entre todas y la más relevante» (García de Enterría, 1983, 39-40).

24. Cito un ejemplo de reconocimiento explícito de esta tarea —con las limitaciones del lenguaje de la época en que fue formulado—: «El objeto de este libro es determinar la naturaleza jurídica del subsuelo minero y petrolero. Me propongo investigar de quién es el subsuelo y qué derechos otorga la concesión que permite su explotación. [...] Existe en México una falta de uniformidad en la doctrina relativa a la naturaleza jurídica de los derechos que tiene la Nación sobre el subsuelo minero y petrolero y también en relación con la naturaleza jurídica de las concesiones mineras. Respecto del primer problema las opiniones fluctúan desde el extremo que sostiene que la Nación tiene solamente el dominio eminente del subsuelo, hasta el extremo opuesto, que sostiene que la Nación es titular de la plena propiedad. Respecto del segundo problema también las opiniones fluctúan desde el extremo representado por los que sostienen que la concesión otorga la propiedad del subsuelo, hasta los que sostienen que simplemente otorga derechos de crédito. [...] Para mí resulta evidente que la causa de esta divergencia de opiniones, frente a un problema tan importante para México, radica en el concepto que tienen ambos grupos acerca de la naturaleza jurídica de los derechos reales. [...] Una vez planteado el problema de la naturaleza jurídica de los derechos reales, en forma científica la naturaleza jurídica de los derechos reales para después tratar de descubrir en forma científica la naturaleza jurídica de los derechos reales, es indispensable compararlos con las obligaciones personales. La primera parte de este libro tendrá por objeto elaborar dicha teoría jurídica de los derechos reales, y del éxito obteniendo dependerá la interpretación definitiva de la Constitución, leyes secundarias y jurisprudencia a que se concretará la segunda parte de este libro» (Morineau, 1948, 3-5). Agradezco el ejemplo a Juan Carlos Martín

puestas, el investigador puede hacer una presentación del abanico de respuestas posibles —o al menos de las más relevantes. No es raro que la iniciativa de encarar una investigación *de lege lata* se deba al desacuerdo con una solución interpretativa ya planteada por otro jurista: en este caso, la presentación de la alternativa que el investigador criticará suele ser la transcripción de esa opinión ajena. Los dogmáticos suelen denominar —con cierta exageración— «teorías» a las distintas posiciones sobre un problema interpretativo, o a la articulación de las razones que justifican adoptar una posición ante un problema interpretativo. Así, es habitual encontrar que la exposición de las varias soluciones interpretativas en danza se presente como la «teoría amplia», la «teoría restringida», la «teoría intermedia» o la «teoría ecléctica»<sup>26</sup>. Esto significa, en general, que sobre el problema interpretativo hubo posiciones dogmáticas divergentes y relativamente articuladas. Las discusiones interpretativas a las 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 positivo<sup>27</sup>.

También es posible que sobre un problema interpretativo aún no haya habido varias posiciones encontradas —por ejemplo, porque un texto legislativo es muy reciente. En estos casos, la habilidad del dogmático consiste en «adelantar» problemas interpretativos, es decir, en identificar en el texto normativo posibles problemas de aplicación e imaginar distintas soluciones encontradas. La solución que se critica también puede provenir de los jueces —también es frecuente que la solución criticada haya sido la sostenida por un tribunal en un caso concreto. Dejaré el comentario de esta posibilidad para el análisis de la investigación jurisprudencial.

El cuarto y último paso de este tipo de investigación debe centrarse en la demostración de *por qué la alternativa que se propone es mejor que cualquier otra alternativa*. Como he puntualizado antes, el discurso dogmático es un *discurso polémico*: se construye *contra* otras alternativas interpretativas posibles. 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

26. Cabe señalar que se trata de un uso distinto —y mucho menos justificado— del término «teoría» que cuando se habla de «teorías jurídicas» en el sentido de generalizaciones que pretenden dar cuenta de parte del ordenamiento jurídico, como en el caso de la «teoría del delito», o de la «teoría general del proceso». Ver apartado 2.a), *supra*.

27. Cf. 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» (Luhmann, 1983, 29; énfasis en el original). En el mismo sentido, Sampaio Ferraz Jr., 1980, 96-97; Peña González, 1995, 331.

variados. Un movimiento inicial común en esta etapa es 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 más allá importa 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, axiológicas. Avanzar más aún supone dar razones 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.

## 5. LA INVESTIGACIÓN DE LEGE FERENDA

Bajo este rótulo considero las investigaciones dedicadas a la propuesta de reformas o modificaciones del derecho positivo. La motivación de este tipo de investigación es la insatisfacción del jurista con una regulación vigente en el derecho positivo —o con la ausencia de regulación de un determinado caso. La investigación *de lege ferenda* se dirige a criticar la solución normativa vigente y a propugnar su reemplazo, enmienda o complementación por otra norma aún no vigente, propuesta por el investigador. La propuesta de solución está destinada, paradigmáticamente, a convencer de la necesidad de su adopción al legislador, o a la autoridad que tenga poder de modificar o complementar la norma criticada. En cuanto al carácter de los enunciados de este tipo de investigación, el segmento crítico puede contener enunciados descriptivos —por ejemplo, la descripción de problemas lingüísticos o lógicos de la norma cuyo reemplazo se pretende, o de datos empíricos que demuestren su ineffectia o el registro de efectos inesperados en su aplicación— y enunciados valorativos —típicamente, la crítica de una norma por considerarse injusta o inacceptable con arreglo a ciertos valores. El segmento propositivo expresa las valoraciones propias del jurista y tiene carácter prescriptivo.

De modo que este tipo de investigación importa: primero, la *identificación del universo normativo* que se pretende criticar y cuya modificación se propugna. Nuevamente, es necesario tener en cuenta aquí razones de escala: la selección de un universo normativo demasiado extenso —el Código Civil entero, por ejemplo— dará probablemente como resultado críticas excesivamente genéricas y propuestas de modificación normativa vagas y poco útiles. Inversamente, la selección de un universo normativo demasiado estrecho —una oración defectuosamente redactada en una cláusula legal, por ejemplo— puede llevar a propuestas triviales o de escaso interés teórico y práctico.

Segundo, la *crítica de las normas cuestionadas*. Las razones que justifican la crítica de una norma son variadas y pueden responder —como

dije antes— a distintos tipos de racionalidad<sup>28</sup>. Así, por ejemplo, la crítica que un jurista formula a las normas vigentes puede deberse a problemas de racionalidad comunicativa o lingüística —oscuridad, vaguedad, etc.— a problemas de racionalidad sistemática o técnico-jurídica —su incompatibilidad con otras normas vigentes, su carácter incompleto, etc.—; a problemas de racionalidad pragmática —su incapacidad de motivar la conducta de los destinatarios—; a problemas de racionalidad teleológica —incumplimiento de los fines que se proponía cumplir—; a problemas de racionalidad ética —su incompatibilidad con ciertos valores normativos extra-normativos, o a una combinación de ellos.

Ejemplifico lo dicho con un tema debatido desde hace algunos años en México, que es el de la necesidad de modificar la Ley de Amparo. Entre las críticas apuntadas se encuentran: el carácter excesivamente estrecho de la acción de amparo en materia de legitimación activa (se exige afectación personal y directa de un derecho subjetivo) y pasiva (sólo procede contra actos de autoridades públicas), de efectos (sólo procede cuando el remedio requerido sea de carácter individual); y el carácter excesivamente amplio que ha adquirido su objeto (por vía de alegación de afectación de la seguridad jurídica y de la efectividad de la tutela judicial, se tratan como cuestiones constitucionales problemas de hechos, prueba e interpretación de la ley local). Esto ha llevado, por un lado, a dejar sin tutela judicial derechos y bienes constitucionalmente protegidos (como los derechos sociales, medioambientales y otras formas de lesión colectiva a derechos); y por otro, a una sobrecarga excesiva de la jurisdicción federal, donde terminan dirimiéndose los pleitos ordinarios de la jurisdicción local, con gran dispendio de tiempo y recursos, y mediante una complicación innecesaria de los procesos. Parece entonces que la crítica a la Ley de Amparo vigente pone en evidencia defectos de racionalidad técnico-jurídica (en cuanto genera disfunciones entre el derecho local y el derecho federal, y es refractaria a la protección de ciertos derechos y bienes) y defectos de racionalidad teleológica (en la medida en que cumple defectuosamente con el fin declarado de tutelar derechos y bienes de jerarquía constitucional).

Tercero, la *formulación de la propuesta normativa* cuya introducción se defiende. Las alternativas son varias: entre otras variantes, puede tratarse de una propuesta de derogación; del reemplazo completo de la norma criticada por otra; de la introducción de una o varias modificaciones en la norma criticada; o de la propuesta de introducción de una norma nueva que complementa la anterior —es el caso de las propuestas de normas destinadas a suplir lagunas o a reglamentar una norma que requiera ser

28. Ver *supra*, nota 20. Sigo aquí la conceptualización de Manuel Atienza presentada en los trabajos allí citados.

29. Ver, en este sentido, una obra cuya orientación principal —revelada desde el mismo título— es la de efectuar propuestas de *lege ferenda*. A. Zaldívar Lelo de Larrea, *Hacia una nueva ley de amparo*, 2002.

especificada para efectos de su aplicación o implementación. Desde otro punto de vista —el del grado de concreción de la norma proyectada— la propuesta puede consistir en la formulación detallada del texto normativo que se propugna —caso en el que la investigación de *lege ferenda* suele incluir un anexo con la redacción de un anteproyecto de norma— o, de modo más genérico, con el simple señalamiento de las bases o lineamientos sugeridos para una futura regulación.

## 6. LA INVESTIGACIÓN JURISPRUDENCIAL

Como he dicho antes, la diferencia que trazo entre los tres tipos de investigación a los que me he referido antes, y la investigación sobre jurisprudencia, consiste en que mientras en los casos anteriores el objeto de investigación eran normas jurídicas creadas por el legislador, en este caso el objeto de investigación son sentencias judiciales. Asumida esta distinción, vuelvo a decir que las tres orientaciones de la investigación sobre normas jurídicas que analicé hasta ahora —sistematización, sugerencia de interpretaciones a partir de las normas vigentes, sugerencia de modificación de las normas vigentes— pueden también aplicarse al caso de la investigación que elija las sentencias judiciales como objeto. Las sugerencias hechas para los tres tipos de investigación analizados antes valen también, con las particularidades del caso, en la investigación sobre jurisprudencia<sup>30</sup>. Para evitar extenderme demasiado, trataré esas distintas orientaciones aplicadas a las sentencias judiciales en un solo apartado.

Cualquiera que sea la orientación que pretenda dársele, la investigación jurisprudencial debe partir de *elegir la decisión o el conjunto de decisiones*

30. No pretendo agotar aquí los tipos de análisis posible sobre la jurisprudencia. Me limito a tratar la forma más frecuente de análisis, que es la que toma las sentencias como piezas autosuficientes —simplemente porque ésta es la forma más habitual de trabajo sobre decisiones judiciales que llevan a cabo los juristas. Me apresuro a aceptar que cabrían muchas otras formas de análisis: el principal inconveniente de este abordaje tradicional es el de no problematizar el proceso que lleva a un tribunal a tener por aceptados los hechos. Un tratamiento de las sentencias sensible a este problema requeriría considerar todo el procedimiento judicial y tomar como objeto de análisis no sólo su producto final, sino el propio proceso de «constitución» de la verdad judicial, que incluiría las narraciones originales de ambas partes, las pruebas ofrecidas, el procedimiento de valoración de la prueba y las conclusiones de hecho adoptadas por el tribunal. Esto, por supuesto, lleva muchísimo más trabajo que analizar sólo la sentencia, que es apenas el producto final del proceso, y que habitualmente ha borrado las marcas de la discusión sobre hechos. Cabría señalar que la concreción rigurosa de un tipo de análisis semejante ni siquiera se vería satisfecha con la revisión del expediente completo de cada caso, ya que parte de las decisiones sobre hechos dependen del resultado de audiencias orales y de la transcripción escrita de testimonios, siempre susceptible de distorsión e inexactitud. Las propuestas de enseñanza clínica del derecho subrayan la importancia de este tipo de abordaje, al menos como método de enseñanza de destrezas relacionadas con el ejercicio profesional de la abogacía. Dado el detalle y el volumen de material a revisar en cada caso, este abordaje se encuentra en tensión con la necesidad de sintetizar tendencias jurisprudenciales. Ver, al respecto, Frank, 2001, 35-72; 1969. Ver también, desde una perspectiva completamente distinta, Marí, 1980, 81-109; Marí *et al.*, 1982.

*judiciales* que se pretende analizar. Determinar el interés de la sentencia del conjunto de sentencias elegidas es responsabilidad de quien propone la investigación. Los criterios para decidir el conjunto de sentencias a analizar son variados: típicos ejemplos de estos criterios son la unidad temática («Novedades jurisprudenciales en materia laboral...»), la aplicación o interpretación en las sentencias elegidas de una misma norma o institución o de normas o instituciones relacionadas («El derecho a la salud ante los tribunales...»), la identidad del tribunal que las ha dictado en un cierto período temporal («Jurisprudencia de la Corte Suprema 2002-2003...»), el carácter reciente de las normas aplicadas por las sentencias, o el hecho de que se trate de sus primeras aplicaciones («Primeras aplicaciones jurisprudenciales de la nueva ley de quiebras...»), el tipo de argumento o razonamiento empleado («La analogía en las sentencias del Tribunal de Casación...»), etc. También aquí corresponde recordar la importancia de las cuestiones de escala: la investigación sobre jurisprudencia puede variar desde una única sentencia analizada hasta el relevamiento de toda la jurisprudencia producida sobre una norma, sobre alguna materia, por un tribunal, o en un lapso de tiempo determinado. Si la sentencia única elegida tiene escaso interés, es posible que se trate de material insuficiente para producir una investigación que valga la pena. Si se elige como objeto de investigación un número exagerado de sentencias, es probable que el análisis de cada una sea demasiado somero, o que la extensión del trabajo se haga inmanejable.

Cabe, sin embargo, señalar algunas diferencias con la investigación sobre normas, que proyectan algún criterio para elegir la sentencia o el conjunto de sentencias sobre los que se pretende trabajar. Varias de estas diferencias son consecuencia de que una misma norma es susceptible de aplicaciones potencialmente infinitas y de que los tribunales tienen competencia para aplicar una gran cantidad de normas. De modo que, mientras la investigación sobre normas se caracteriza por una cierta unidad sistemática, que proviene del recorte unitario que hace el dogmático de un conjunto normativo, la investigación sobre sentencias —en especial cuando se analiza un gran número de ellas— tiende más bien a la dispersión, ya que la selección del conjunto de sentencias está determinado por la particularidad de las distintas circunstancias fácticas a las que han sido aplicadas las normas, o por las aplicaciones de distintos tipos de normas por parte de los tribunales. El análisis de sentencias es, por decirlo de modo gráfico, un análisis de fragmentos. Veamos entonces algunos criterios que es necesario tener en cuenta para que la selección de sentencias a analizar presente alguna utilidad.

Primero, las sentencias constituyen aplicaciones de normas que contienen un caso genérico a casos individuales. Decidida la aplicación de una norma a un caso individual —o, dicho de otro modo, decidido que el caso individual se subsume en el caso genérico contenido en la norma—, la misma norma se aplicará a todos los casos individuales que compartan

los mismos rasgos o propiedades relevantes del caso ya decidido —la llamada *ratio decidendi* será la misma en todos esos casos. Esta idea da una pauta de qué tipo de casos presentan algún interés para la descripción o sistematización: se trata de aquellos casos en los que la subunción del caso individual en el caso genérico presente alguna novedad o particularidad. Los casos que articulan por primera vez una *ratio decidendi*, o introducen alguna novedad relevante en la subunción de un caso individual en un caso genérico, suelen denominarse *leading cases* («caso pionero» o «caso guía»). Sistematizar casos en los que, establecido ya un *leading case*, se repite la *ratio decidendi*, y que sólo se diferencian por la presencia de rasgos o propiedades irrelevantes (como el nombre de las partes, la fecha o el lugar de los hechos, etc.) tiene muy poco interés teórico y práctico.

Segundo, dada la potencial heterogeneidad de las sentencias que dicta un tribunal, o de un fuero, o del aparato judicial cuyas decisiones se pretenda analizar, conviene hacer explícito el criterio de selección empleado. El carácter fragmentario de las situaciones de hecho resueltas a partir de la misma norma, o de las aplicaciones de distintas normas por los mismos tribunales, requiere del investigador algún esfuerzo de fundamentación de ese criterio de selección, cuya pretensión es la de dotar al conjunto más o menos variopinto de situaciones de hecho y de normas aplicadas de alguna unidad. De lo contrario, se corre el riesgo de analizar conjuntamente peras y bananas.

Elegida la sentencia o el conjunto de sentencias sobre las que se trabajará, mi sugerencia es la de definir la orientación que se quiere imprimir al trabajo de investigación. La pregunta es: ¿cuál es la intención predominante para el análisis de estas decisiones judiciales? En línea con lo ya dicho, me parece que las respuestas más importantes a esta pregunta son las siguientes: a) describirlas y sistematizarlas; b) extraer de ellas algunas consecuencias que sirvan para predecir decisiones judiciales futuras; c) criticar las soluciones adoptadas y sugerir la interpretación que debieron haber adoptado los jueces, y que deberían adoptar en casos similares en el futuro; d) sugerir que, dados los resultados a los que lleva su aplicación judicial, la norma aplicada debería modificarse. Por supuesto, como he dicho antes, es posible que un trabajo de investigación sobre jurisprudencia haga todo esto simultáneamente. Mi sugerencia, sin embargo, para que el trabajo tenga un foco claro es elegir la respuesta que tenga mayor peso, a efectos de acotar y ordenar el sentido de la investigación. Comentaré brevemente la estructura de los trabajos de investigación que se desprendían de cada una de las respuestas.

La primera respuesta guiará un trabajo de *descripción y sistematización* de la o las decisiones judiciales elegidas como objeto de investigación. Se trata del equivalente, en materia de investigación jurisprudencial, de la sistematización de normas jurídicas. El propósito que guía este tipo de

investigación es el de informar al lector acerca de los precedentes judiciales relevantes generados en relación con el criterio de selección elegido. Los criterios típicos al respecto son un área temática determinada, una misma norma, derecho o «institución» jurídica, un mismo tribunal o fuero, o una combinación de ellos<sup>31</sup>. Amén de una utilidad pedagógica, este tipo de trabajo cumple con una importante función práctica: ofrecer al abogado litigante, al fiscal o a los propios jueces un panorama de los nuevos precedentes jurisprudenciales producidos por los tribunales, para así tomarlos en consideración como guía para el ejercicio de la abogacía. Creo también que este tipo de trabajo cumple un papel útil al seleccionar y exponer los criterios de decisión de los tribunales, cuyo conocimiento y difusión es prácticamente la única forma de fiscalización ciudadana de la actividad de los jueces.

Sin perjuicio de remitir aquí, con las debidas adaptaciones, a las sugerencias hechas en materia de sistematización de normas, quisiera agregar una nota referida a esta orientación descriptiva cuando se trata de sentencias. Dar cuenta cabalmente de una sentencia supone, al menos: a) describir sucintamente la situación de hecho que se tuvo por probada; b) describir la norma o normas consideradas aplicables a esos hechos y la interpretación que de ellas dio el tribunal; c) describir los argumentos dados para justificar esa interpretación; d) describir la resolución adoptada. Este esquema básico puede ser completado con información y análisis suplementario: mayor información sobre los hechos, datos sobre las partes contendientes, tipo de acción planteada, argumentos de las partes, prueba ofrecida y producida, evolución procesal del caso, eficacia de la sentencia, etc. Mi sugerencia es que, adoptado un esquema de análisis de sentencias, el mismo se aplique consistentemente al conjunto de decisiones judiciales seleccionadas.

Como he dicho antes, es un hecho que los tribunales no siempre deciden coherentemente: parte de la tarea descriptiva consiste en señalar la existencia de contradicciones entre criterios decisorios, o bien subrayar las distinciones hechas por los jueces para decidir de manera diversa en casos aparentemente similares.

La segunda respuesta da lugar al tipo de trabajo sobre sentencias que denominó orientación de *sententia lata*. La formulación de enunciados de *sententia lata* parte de la descripción de una o más sentencias —y, en ese sentido, está vinculada con la sistematización de sentencias, con la que a menudo se entremezcla. Sin embargo, como en el caso de la investigación de *lege lata*, la investigación de *sententia lata* identifica problemas interpretativos en la o las sentencias analizadas, y se propone esclarecer su sentido y proyectar sus consecuencias para casos futuros,

31. Para un buen ejemplo, que explicita los criterios de selección de jurisprudencia desde su título, ver Desdentado y Valdés, 1998.

de modo que sirve como guía a aplicadores, abogados y justiciables. En este sentido, mientras la sistematización se limita a dar cuenta o informar acerca de las decisiones comentadas, la investigación de *sententia lata* suele discutir más detalladamente el contenido de la o las sentencias bajo análisis, en la medida en que se ha detectado en ellas un problema de interpretación o se han vislumbrado consecuencias relevantes para casos futuros.

De modo que lo que caracteriza a esta orientación es la identificación de problemas interpretativos sobre una o varias decisiones judiciales y la tarea de determinación de sus consecuencias para nuevas hipótesis. Si en la investigación de *lege lata* el punto de partida es el hecho dado de la norma puesta por el legislador, aquí el punto de partida es el hecho dado de la decisión judicial analizada. Las cuestiones en debate son su significado y sus consecuencias. Para ello, al igual que en el caso de la investigación de *lege lata*, es necesario describir el problema interpretativo relevante, señalar algunas interpretaciones rivales posibles e interceder por una de esas interpretaciones, justificando esa determinación.

Lo mismo puede decirse del señalamiento de consecuencias de la decisión analizada para casos futuros: se parte del dato de la sentencia, se esclarece el criterio decisorio y se formulan hipótesis de aplicación de ese criterio decisorio a nuevos casos, advirtiendo sobre sus posibles derivaciones para la aplicación de otras normas o frente a circunstancias relacionadas<sup>32</sup>.

Cuando se analizan varias decisiones contradictorias o aparentemente contradictorias, la investigación de *sententia lata* no se agota en el mero señalamiento del conflicto: su tarea es la de ofrecer criterios que permitan superarlo, o privilegiar una línea de interpretación con respecto a otra.

La tercera respuesta genera lo que llamo investigación de *sententia ferenda*. A diferencia del caso anterior, en el que se parte de la aceptación de la sentencia, en este caso lo que sucede es que el jurista no acepta que la sentencia sea una derivación justificada del derecho aplicable, es decir, considera que la decisión judicial ha sido errónea y que debe enmendarse en casos futuros —es decir, no se «adhieren» a la solución judicial. En ese sentido, existe un cierto paralelo con la orientación de *lege ferenda* de la investigación sobre normas: en ambos casos el dogmático debe aceptar el hecho de que una autoridad con poder normativo —el legislador en un

32. Un ejemplo puede ilustrar el punto. Cecilia Medina comenta la sentencia Blake, de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, que decide que —a la luz de la Convención Americana sobre Derechos Humanos— el derecho al debido proceso incluye también a los familiares de una víctima de desaparición forzada. La autora afirma: «Con esta interpretación, la Corte establece que la víctima, o sus familiares, tienen el derecho a ser oídos en el juicio penal y, más aún, el derecho a exigir que la acción penal se ejerza. Esto incluye en el proceso penal a actores que no parecían haber estado, *prima facie*, considerados en la norma» (Medina Quiroga, 2005, 279).

caso, el juez en otro— ha puesto un dato con significado jurídico en el mundo —una norma, una sentencia— pero, por las razones que se dedicará a explicar en su trabajo, considera que el sentido de esos datos es erróneo, y recomienda a la autoridad con poder normativo que corresponda enmendarse ese error y adoptar la solución que él propone.

En este caso, el jurista discute *contra* la decisión judicial comentada: parte de la aceptación del derecho vigente como criterio para resolver la situación examinada en la sentencia, pero critica la selección de normas, la interpretación, el encuadramiento de los hechos o las razones del tribunal<sup>33</sup>. Este tipo de investigación adopta, entonces, la forma de una polémica contra la o las sentencias comentadas. Su producto es una recomendación dirigida a futuros aplicadores del derecho en situaciones similares, para que reviertan lo establecido en la sentencia criticada y adopten la sugerencia interpretativa hecha por el crítico.

Aquí, los pasos a tener en consideración son los siguientes. Primero, la descripción de la sentencia o del punto de la sentencia que se pretende discutir. Segundo, la crítica a la decisión, sobre la base de señalar qué errores de apreciación ha cometido: si ha seleccionado mal las normas aplicables al caso, si ha interpretado erróneamente la norma aplicable, si ha subsumido erróneamente el caso individual en el caso genérico de la norma aplicable, si la motivación de la decisión es equivocada, etc. Por último, la formulación y defensa de la solución alternativa propuesta por el jurista, destinada a motivar a los jueces en casos futuros.

La última respuesta se traduce en trabajos de orientación de *lege ferenda*. Aquí, el análisis de una o varias sentencias judiciales es empleado como argumento para demostrar la necesidad de introducir una modificación en el derecho vigente. A diferencia de la hipótesis anterior, en ésta el jurista no discute que la solución judicial sea una derivación acertada del

33. Carlos Nino ofrece buenos ejemplos en su repaso de la jurisprudencia constitucional argentina. Cito aquí una muestra de ello: «Sin embargo, no se puede dejar de señalar que también democrática algunos retrocesos notables. Un ejemplo de ello es el fallo de la Cámara Nacional de lo Civil de la Capital Federal del 12/7/90 denegando a la Comunidad Homosexual Argentina la inscripción como persona jurídica, alegando que ella no promueve el bien común ya que la homosexualidad es contraria a la 'ética cristiana', y sosteniendo que la asociación en cuestión podría estar interesada en promover ese tipo de prácticas. Este fallo no sólo desconoce suplenente el artículo 19 de la Constitución nacional, sino que también ofende la libertad de asociación —tomando en cuenta que el bien común en nuestra práctica constitucional se define en función del valor supremo, que es la autonomía personal—, la libertad de cultos —ya que es contrario al artículo 14 pretender juzgar según principios de una religión en particular—, la igualdad tal cual está reconocida en el artículo 16 —ya que se trata a los ciudadanos diferentemente según sus preferencias sexuales—, y la libertad de expresión consagrada en el artículo 14 —ya que se ignora que, aun cuando dicha agrupación pretendiera promocionar la homosexualidad, si ello se hiciera resguardando a los niños, cae dentro de la sobreprotección de la libertad de expresión, pues, como vimos, nunca puede constituir un daño la aceptación voluntaria por terceros adultos de la idea expresada» (Nino, 1992, 324).

derecho vigente al caso: por lo contrario, acepta que la sentencia construye una aplicación justificada de las normas que gobiernan el caso. Sin embargo, lo que el dogmático no acepta en este caso es la justicia o adecuación del resultado de esa aplicación, a partir de parámetros valorativos que asume como estándares de comparación. Se trata de un ejemplo de razonamiento de estructura silogística: a) de la norma A se deriva el resultado X; b) X es injusto o inadecuado; c) A es injusta o inadecuada. La derivación práctica del silogismo es que, sea para evitar resultados como X, invención propia injusticia o inadecuación, A debe ser modificada<sup>34</sup>. Por sea por su propia injusticia o inadecuación, A debe ser modificada<sup>34</sup>. Por ello, este tipo de orientación funciona como sustento de una propuesta de *lege ferenda*, en el sentido ya analizado en el apartado anterior.

Los pasos que debería contener una investigación de este tipo son los siguientes. Primero, la descripción de la solución judicial bajo análisis, como ejemplo de aplicación de la norma que se pretende criticar.

Segundo —dado que el propósito último del trabajo es el de poner en evidencia la injusticia de la norma aplicada—, la descripción de la norma empleada para resolver el caso.

Tercero, la crítica de la solución judicial a partir de parámetros de valoración propuestos por quien lleva a cabo la crítica. Como he dicho en el apartado anterior, siguiendo a Manuel Arienza, dadas las diferentes concepciones de racionalidad aplicables a una norma —y, en este caso, a una solución judicial derivada de la norma—, estos parámetros pueden ser diversos: la inadecuación comunicativa o lingüística (un ejemplo de esto es la indeterminación del contenido de la norma, que lleva prácticamente al juez a concretarlo *ex post facto*, en detrimento de los valores de previsibilidad y seguridad jurídica<sup>35</sup>), la inadecuación sistemática o técnico-jurídica (que lleva a los jueces a soluciones incompatibles con el equilibrio de un determinado sistema normativo<sup>36</sup>), la inadecuación prag-

34. El silogismo tiene un paralelo estructural, en el terreno normativo, con el silogismo hipotético-deductivo que caracteriza la propuesta falsacionista popperiana en el plano de las aserciones sobre hechos: a) la postulación de la ley A implica el resultado particular X; b) X es falso; c) la ley A es falsa. Ver Popper, 1967, 39-47 y 57-88.

35. Ver, al respecto, Ferratoli (2005, 120-124) para la exposición del problema, y 708-711 para la crítica concreta del lenguaje en el que están previstos varios delitos en el ordenamiento jurídico italiano sobre esa base.

36. En la Argentina se ha discutido la cuestión de la ruptura de la economía de penas establecida por el Código Penal por un decreto-ley que introdujo un agravamiento para el caso de robo de automotor con armas. La pena mínima para ese delito agravado era de nueve años, mientras que la mínima para el homicidio simple es de ocho años. Varios tribunales declararon la inconstitucionalidad de la escala penal establecida en el decreto-ley, sobre la base de la ausencia de su proporcionalidad con respecto a la pena conminada frente a la afectación del bien jurídico «vida». La Corte Suprema avaló estas decisiones en la causa «Martínez, José E.», del 6 de junio de 1989. Sin embargo, tras la ampliación del número de miembros de la Corte Suprema por el entonces presidente Menem, la nueva composición del tribunal modificó el criterio anterior y convalidó la escala penal establecida en el decreto-ley, al considerar que «no carece de razonabilidad». Ver Corte Suprema argentina, «Pupellis, María Cristina y otros s/ robo calificado», del 14 de mayo de 1991. La crítica de la dogmática tuvo sus frutos, y la norma cuestionada fue derogada por el Congreso (ver Ley 24.271, publicada el 18 de noviembre de 1996).

mática (por ejemplo, cuando los jueces imponen sanciones en casos en los cuales la norma establece obligaciones cuya irrazonabilidad impide la motivación de los destinatarios<sup>37</sup>), la inadecuación teleológica (es decir, cuando las consecuencias de la aplicación de la norma son contrarias a sus fines declarados<sup>38</sup>) o su injusticia o inadecuación ética o axiológica (es decir, cuando la solución judicial afecta o lesiona valores normativos o extra-normativos sostenidos por el crítico<sup>39</sup>). La crítica de la solución

En sentido similar, con respecto a la escala penal del robo en Chile, ver Bascuñán Rodríguez, 2002, 55-125. En pp. 60-61 puede leerse: «El punto de partida para enfrentar esta cuestión práctica es el reconocimiento de que el legislador ha distorsionado el sistema de penas del marco legal de modo tal que ya no es reconocible la jerarquización originaria del Código Penal, basada en el principio de proporcionalidad entre pena y disvalor del injusto. Ante esta irracional agravación de penas es explicable que la jurisprudencia judicial y el foro desplieguen estrategias argumentativas para eludir sus efectos. La resistencia opuesta por la praxis a la irracionalidad legislativa es en definitiva una cuestión de desobediencia en virtud de la asunción de la responsabilidad por las consecuencias. La actitud del jurista frente a este fenómeno puede ser de crítica o de comprensión dependiendo de cuál sea su juicio acerca de la responsabilidad política del juez desobediente. Cuando el legislador ha eludido su responsabilidad por las consecuencias, que el juez la asuma puede ser considerado tanto como un acto de responsabilidad o como de suma irresponsabilidad. A pesar de lo anterior, en su papel de intermediario entre la aplicación del derecho vigente y su reforma, la tarea del jurista pasa por constatar y exponer el fenómeno de la desobediencia judicial responsable, para hacer frente al legislador. Lo que no puede hacer el jurista es ocultar la irresponsabilidad legislativa y la desobediencia judicial, asignando a la decisión del legislador un sentido del que carece para proveer un justificación falaz a la decisión del juez. Por esa vía se inmuniza al sistema jurídico respecto del sistema político, en circunstancias que lo que se requiere es que el sistema político asuma y satisfaga las demandas de definiciones racionales que le plantea el sistema jurídico».

37. Los conflictos entre normas penales ambientales y modo de vida de los pueblos indígenas en México ofrecen buenos ejemplos de este problema. Indígenas tzotziles del estado de Chiapas, que emplean la madera para construir sus viviendas y como fuente de energía, fueron imputados de «ecodidio» por cortar madera de bosques sin autorización de la autoridad administrativa ambiental. En el noroeste de México, indígenas cuapás, que viven tradicionalmente de la pesca en el Alto Golfo de California, han sido sometidos a detención, confiscación de elementos de pesca y persecución por las autoridades ambientales debido a una norma administrativa destinada a proteger especies marinas en peligro de extinción. Ver Recomendación 008/2002 de la Comisión Nacional de Derechos Humanos ([www.cndh.org.mx](http://www.cndh.org.mx)).

38. Otro ejemplo mexicano puede ilustrar esta hipótesis. La Procuraduría General de la República (es decir, la cabeza del Ministerio Público) estableció, como criterio para la facilitación de la detección y persecución de casos de tortura, el empleo de las prescripciones del denominado Protocolo de Estambul. Para ello, quienes efectúan dictámenes para evaluar evidencias de tortura son peritos de dependientes de la Procuraduría, que es el órgano sospechoso de cometer actos de tortura para arrancar confesiones. El Protocolo de Estambul señala que si, en las entrevistas destinadas a detectar tortura, el investigador nota que la presunta víctima requiere asistencia médica o psicológica, debe hacer la derivación correspondiente (Protocolo de Estambul, párrafo 153). El Ministerio Público interpretó entonces que, como condición necesaria para consignar un presunto caso de tortura ante los jueces, debía cumplirse obligatoriamente con la asistencia psicológica a los denunciantes. De modo que el empleo del Protocolo de Estambul terminó constituyendo una traba más para la persecución penal de la tortura.

39. La aplicación de sanciones por los jueces en casos de desobediencia civil ofrece buen material para ello (Estrévez Araujo, 1994, cap. I). Para un ejemplo conundante, ver el alegato defensivo de Nelson Mandela ante la imputación penal de incitar a una huelga general y salir del país sin pasaporte, en noviembre de 1962: «El [...] fundamento de mi objeción es que no me considero ni legal ni moralmente obligado a obedecer leyes hechas en un parlamento en el que no estoy representado. Que la voluntad del pueblo es la base de la autoridad del gobierno es un

judicial funciona entonces como crítica de la norma de cuya aplicación la sentencia es un ejemplo particular.

Por último, como las recomendaciones de *lege ferenda* están destinadas a propugnar la derogación, modificación o sustitución de la norma en cuestión, el trabajo puede concluir sugiriendo el tenor del cambio recomendado, sustentado sobre el argumento de que, de adoptarse ese cambio, ya no se verificarán sentencias indeseables como la analizada.

## 7. ALGUNAS FUENTES COMUNES DE LA INVESTIGACIÓN DOGMÁTICA

Hasta aquí me he limitado a caracterizar distintas tareas asumidas por la dogmática, y a sugerir algunas pautas para abordar dichas tareas, sin abondar demasiado en las herramientas empleadas para llevarlas a cabo. Por razones de espacio, no entraré aquí en el problema de la argumentación jurídica, sobre el que hay ya un importante caudal de literatura especializada<sup>40</sup>. Quiero, sin embargo, subrayar algunas fuentes habituales de análisis a las que acuden los juristas para desarrollar o sustentar su argumentación en relación con las distintas tareas que acometen. He elegido tratarlas en un apartado común, y no por separado, porque, independientemente del distinto propósito de las diversas tareas llevadas a cabo por la dogmática, el bagaje de fuentes a las que acuden para dar cuenta de cada una es similar. Esta aproximación no pretende ser exhaustiva, ni jerarquizar unas fuentes sobre otras, ni sugerir que todo trabajo dogmático deba acudir necesariamente a todas. Me permito señalar, sin embargo, que un trabajo dogmático que no acuda a *ninguna* de estas fuentes difícilmente sea reconocido como trabajo dogmático o como algo más que la expresión de la opinión personal de su autor. Distinguiré, en todo caso, entre *materiales* y *métodos* a los que acuden los juristas para desarrollar y sustentar su argumentación<sup>41</sup>.

principio universalmente reconocido como sagrado en todo el mundo civilizado, y constituye los fundamentos básicos de la libertad y la justicia. Es comprensible por qué los ciudadanos que tienen voto así como representación directa en los cuerpos gubernamentales del país estén moral y legalmente obligados por las leyes que gobiernan el país. Será igualmente comprensible por qué nosotros como africanos adoptamos la actitud de que no estamos ni moral ni legalmente obligados a obedecer leyes que no hemos formulado, ni podemos esperar tener confianza en los tribunales que sostienen estas leyes» («Hombre negro y tribunal blanco», en Mandela, 1966, 149).

40. Ver, en este mismo volumen, Roberto Lara, «Argumentación jurídica e investigación en derecho» y bibliografía allí citada.

41. La distinción es, sin embargo, relativa, ya que entre métodos y materiales hay una relación de proceso a producto —de modo que el empleo de ciertos métodos sobre ciertos materiales se convierte en nuevo material que puede ser empleado para analizar normas. En todo caso, parece plausible distinguir entre evidencia histórica, normas extranjeras, sentencias judiciales o piezas doctrinarias, empleadas como material suplementario para analizar normas, por un lado, y análisis lingüístico, sistemático, lógico, ideológico o empírico, empleados como métodos para analizar normas, por otro.

## 7.1. *Materiales*

### 7.1.1. Historia

El empleo de la historia por parte de los juristas es diverso y no siempre cumple una función clara en la argumentación dogmática. En ocasiones, el capítulo histórico de una monografía o tesina no pasa de ser un apéndice que agrega una pátina cultural al trabajo.

Me parece importante distinguir entre dos modos distintos de entender la historia en el campo del derecho, que por supuesto pueden combinarse<sup>42</sup>. El primero es la llamada *historia social o historia externa del derecho*, que correlaciona la creación, aplicación y modificación de normas jurídicas con hechos sociales. Se trata de un intento de explicación de la sucesión de cambios en el derecho a partir de variables externas al propio derecho —como la economía, las luchas sociales, las alineaciones políticas coyunturales, las guerras, los cambios tecnológicos, los cambios de *épistémé*, etc.—, o, bien, de explicación de la ocurrencia de cambios sociales a partir de la aplicación y funcionamiento del derecho. Los dogmáticos raramente se involucran directamente en este tipo de estudio, y acuden más bien a citas del trabajo de historiadores para ilustrar alguna cuestión ante la que consideran relevante la perspectiva histórica. Una alternativa frecuente entre los juristas, que desde ya mismo *no* recomiendo, es la de formular al pasar, y sin rigor ni sustento adecuado, hipótesis propias sobre la correlación de variables sociales y cambios jurídicos. Es mejor guardar este tipo de pálpitos o impresiones sin mayor sustento para las charlas de café.

Una segunda manera de entender la historia en el ámbito del derecho —que los juristas cultivan más frecuentemente— consiste en la denominada *historia normativa o historia interna en el derecho*. Se trata de un análisis de tipo diacrónico del sistema jurídico, destinado a dar cuenta de las sucesivas modificaciones de normas o de aplicaciones judiciales de las normas. La variante más común de este tipo de historia registra la evolución de la disciplina jurídica de un tema determinado a la luz de los sucesivos cambios —derogaciones, sustituciones, modificaciones, creación de nuevas normas— del ordenamiento normativo<sup>43</sup>. Una variante similar es la que versa sobre la evolución de las interpretaciones jurisprudenciales alrededor de un tema común o de un derecho, norma o institución

42. Ver, al respecto, Bretonne, 1999, 132-146; Cossío D., 2001, 376-378. En sentido similar, Bloch, <sup>2</sup>1994, 115-116.

43. Uno de los procesalistas penales argentinos más destacados, Julio Maier, asume explícitamente esta forma de hacer historia: «La visión histórica a la que accedemos se vincula más con la historia interna de las instituciones jurídicas, correspondientes a la persecución penal, que con su historia externa. No pretende, por ello, acumular erudición acerca del devenir histórico, sino mostrar, por un lado, la correspondencia entre ideología practicada y sistema de enjuiciamiento penal...» (Maier, <sup>3</sup>1996, I, 262-263).

jurídica<sup>44</sup>. Una tercera alternativa, centrada en el desentrañamiento del origen de una norma específica, consiste en el registro de los antecedentes y modificaciones introducidas en el texto que desembocó en el finalmente adoptado o sancionado. Esto incluye la consideración diacrónica de los textos normativos empleados como fuente, el texto original del proyecto y su exposición de motivos, la sucesión de modificaciones introducidas en el trámite parlamentario, la discusión parlamentaria y el texto en última instancia consagrado legislativamente. Menos frecuente pero igualmente relevante es la historia de las teorías o doctrinas generadas por la dogmática alrededor de un derecho, norma o institución: aunque no se trate propiamente de una modificación de las normas jurídicas, los cambios en las doctrinas dominantes tienen influencia sobre su creación e interpretación y aportan un marco teórico más rico para entender las modificaciones de normas o de su aplicación judicial.

Más allá del uso ornamental de las menciones históricas, ¿qué función puede cumplir la historia del derecho en la argumentación dogmática? Habría que comenzar por decir que la historia no sirve para justificar el derecho, sino sólo para explicarlo. La *historia social del derecho* puede jugar un papel importante para la comprensión del sentido de una norma, institución jurídica o conjunto normativo —tanto de su sentido originario, como de la necesidad de adecuar su sentido al cambio de circunstancias sociales<sup>45</sup>. Es decir, acudir a evidencia histórica puede aportar argumentos para desentrañar los valores y los fines incardinados en un conjunto normativo y, por ende, ofrecer pautas para explicarlo y sistematizarlo, y para superar problemas de indeterminación. Adicionalmente, la historia social puede ofrecer argumentos para demostrar el carácter anacrónico de una norma y para propiciar su modificación. En cuanto a la jurisprudencia, la historia social puede señalar factores que ayuden a entender la evolución de la aplicación judicial del derecho y a poner en perspectiva la cristalización de una u otra tendencia jurisprudencial. Esta comprensión permite, por ejemplo, ofrecer argumentos a favor de un cambio jurisprudencial, a partir del señalamiento de la falta de justificación del mantenimiento de determinada interpretación jurisprudencial a la luz de las circunstancias históricas.

44. Para un buen ejemplo de obra dedicada a esta tarea, ver Cossío, 2002, en la que el autor sintetiza y periodiza históricamente las tendencias de interpretación constitucional de la Suprema Corte mexicana.

45. Otro destacado procesalista penal argentino, Alfredo Véliz Mariconde, subraya algunas razones que hacen conveniente acudir al estudio histórico en el derecho procesal penal: «a) Pone de relieve los factores y necesidades sociales que determinaron las instituciones fundamentales del proceso penal y las ideas imperantes en cada ciclo de cultura. b) Revela una lucha incesante entre los intereses sociales e individuales afectados por el delito y el interés por la libertad individual. c) Acredita la íntima conexión que existe entre el régimen político y el proceso penal. d) Demuestra que el sistema procesal penal dominante en nuestro país está en pugna con los postulados y el espíritu de la Constitución Nacional. e) Favorece el estudio comparativo del derecho procesal penal y la valoración correcta de las instituciones vigentes en el orden nacional y provincial» (Véliz Mariconde, <sup>3</sup>1986, I, 19). Agradezco esta cita y la anterior a Alberto Bovino.

También la *historia normativa del derecho* puede ofrecer elementos para captar el sentido de una norma, a partir del contraste con las normas que ha reemplazado o modificado. La modificación expresa de una norma anterior, en especial cuando viene acompañada de exposiciones de motivos, explicaciones y justificaciones, constituye un indicio importante que puede echar luz sobre el significado que debe asignarse, sea que se pretenda explicarla o sistematizar su contenido, sea que se pretenda solucionar un problema interpretativo, sea que se pretenda demostrar la necesidad de modificarla. Se trata del material privilegiado al que acuden quienes propugnan la denominada «interpretación subjetiva» o «interpretación de la voluntad del legislador»<sup>46</sup>. El registro de la evolución jurisprudencial puede echar luz sobre la forma en la que ha cristalizado el sentido dado por los jueces a una norma: este dato puede ser empleado tanto para sistematizar decisiones judiciales, para proyectar el sentido de casos futuros, para discutir la adecuación o justicia de una interpretación judicial, o para proponer la modificación de la norma aplicada por los jueces. La historia dogmática de una institución puede cumplir también un papel esclarecedor: dado el peso de la mediación dogmática en la interpretación de las normas por los operadores jurídicos, la historia de la reconstrucción doctrinaria de un conjunto normativo ofrece material útil para identificar cambios de significado y de valoración del derecho<sup>47</sup>.

### 7.1.2. Derecho comparado

Al igual que en el caso de la historia, el derecho comparado —o de la comparación entre ramas o instituciones de un mismo ordenamiento jurídico— es empleado por los dogmáticos de manera diversa, y no siempre conducente. Es habitual que los trabajos monográficos incluyan un capítulo sobre «derecho comparado», en el que simplemente se recoge la regulación del instituto bajo examen en uno o más ordenamientos jurídicos extranjeros. La utilidad dogmática de tales ejercicios es escasa.

El empleo del derecho comparado —o, para expresarlo mejor, la comparación de las normas que se examinan con otras normas relevantes, en especial de origen extranjero— puede cumplir un papel fructífero cuando ayuda a establecer, por contraste, el *sentido* de un determinado conjunto normativo<sup>48</sup>. La comparación es útil cuando permite visualizar dos respuestas diversas ante un problema análogo, e identificar semejanzas y diferencias de tratamiento. Este ejercicio facilita la comprensión de

46. Ver, al respecto, «La interpretación: objetos, conceptos y teorías» y «Técnicas interpretativas», en Guastini, 1999, 13-14 y 32-34, respectivamente.

47. Bastaría recordar los cambios interpretativos de las normas penales debidos a los sucesivos desplazamientos de diferentes «teorías del delito» dominantes en una u otra etapa histórica. Ver, al respecto, Tavares, 1983. Lo mismo puede decirse con respecto a la tendencia de objetivación de la culpa en materia de responsabilidad civil. Ver, por ejemplo, Corsaro, 2000, 131-167.

48. Ver, al respecto, Zweigert y Kötz, 2002, 17-53; Mayda, 1979, 639-666; Merryman, 1976, 65-92.

los valores y fines establecidos por el conjunto normativo analizado, y de la estructura diseñada por el legislador para lograr esos fines. Comparar estructuras permite además identificar *equivalentes funcionales* en parámetros normativos paralelos de distintos ordenamientos jurídicos, es decir, los conceptos materiales y las piezas formales clave en cada uno. Este recurso es útil en la tarea de sistematización de normas —ya me he referido al empleo similar que hacen los dogmáticos de la comparación de institutos de un mismo ordenamiento jurídico. Cuando puede establecerse una semejanza relevante entre dos conjuntos normativos, el derecho comparado se emplea como fuente de soluciones interpretativas en casos de indeterminación de las normas bajo examen. El argumento usado aquí es que, dada la analogía entre las normas comparadas, la solución adoptada en otro sistema jurídico para superar un problema de indeterminación puede ser adaptada al derecho propio.

También es frecuente acudir al derecho comparado cuando el antecedente de la norma analizada es una norma extranjera —caso nada infrecuente, ya que una parte no despreciable de las modificaciones del derecho contemporáneo se producen a partir de la importación y adaptación de institutos jurídicos provenientes de un ordenamiento jurídico foráneo. En este caso, la comparación subraya habitualmente continuidades y rupturas, es decir, qué características de la norma extranjera que se usó como fuente se han mantenido y cuáles se han modificado —estas semejanzas y variaciones funcionan como un indicio del sentido del conjunto normativo consagrado por el legislador local.

La mención al derecho judicial extranjero también es habitual entre los dogmáticos, en especial cuando se subraya la semejanza entre el derecho, norma o instituto aplicado por un tribunal extranjero y sus equivalentes locales. La mención puede emplearse para sustentar recomendaciones de interpretación de *lege lata* o de *sententia lata*, o bien para criticar soluciones jurisprudenciales locales.

En sentido similar, el derecho comparado es empleado regularmente para la identificación de necesidades de modificación normativa y como fuente de inspiración para la articulación de propuestas de *lege ferenda*.

Cabe señalar que la mención de los dogmáticos a experiencias del derecho comparado suele emplearse tanto para subrayar buenos ejemplos a seguir por el legislador, los jueces o los doctrinarios locales, como para señalar ejemplos problemáticos y fracasos a evitar.

### 7.1.3. Jurisprudencia

Otro de los materiales que emplean con frecuencia los dogmáticos cuando desempeñan cualquiera de las tareas que acometen son las decisiones jurisprudenciales. Ya he dicho antes que parte del trabajo de la dogmática consiste en analizar, además de normas, jurisprudencia. Lo que quiero puntualizar aquí es que, tanto en el análisis de normas como en el análisis

reflejan sus recomendaciones y comparar la bondad de los resultados en ambos casos, para convencer a su auditorio tanto de la plausibilidad como de la corrección de su propuesta.

Me parece importante recalcar que el peso de la invocación de un precedente jurisprudencial depende de la demostración por parte del jurista de la existencia de identidad, o al menos de analogías suficientemente relevantes, sea en materia de normas aplicadas, sea en materia de situaciones de hecho a los que se apliquen las normas.

#### 7.1.4. Doctrina

Finalmente, la dogmática también emplea otras formulaciones dogmáticas como material de discusión para el análisis tanto de normas como de jurisprudencia. Este empleo también tiene alcances diversos, que vale la pena resaltar.

Por un lado, las teorías, distinciones, clasificaciones y categorías de la dogmática existente constituyen el marco de socialización de los juristas<sup>49</sup>—de modo que prácticamente toda obra académica se encuadra en un panorama de conceptos y herramientas teóricas heredados. Tanto el mantenimiento de una tradición, como su ruptura, suponen algún posicionamiento con respecto a las construcciones teóricas dominantes en una comunidad académica dada. En una disciplina tan marcada por escuelas y criterios de autoridad, es difícil que un jurista reinvente completamente el andamiaje conceptual que emplea para llevar a cabo su trabajo de análisis tanto de normas como de sentencias. En este sentido, la labor dogmática individual es un emergente particular de una empresa colectiva relativamente especializada.

Este marco conceptual común opera en toda tarea acometida por la dogmática—en la sistematización de normas, en la propuesta de interpretaciones *de lege lata* o de modificaciones *de lege ferenda*, en el análisis jurisprudencial de distinta orientación, etcétera.

Por otro lado, y en un nivel de menor abstracción, aun cuando los juristas compartan algún marco conceptual general, disienten en cuanto a las formulaciones o interpretaciones ante problemas concretos. El marco conceptual común establece algunos criterios generales para identificar el material relevante, para fijar puntos de partida argumentativos, para elegir estilos de argumentación, pero su nivel de generalidad permite que ante los mismos problemas, se articulen resultados diversos. Frente a un objeto específico de trabajo—un conjunto normativo, una o varias sentencias judiciales—, e independientemente de la orientación de su trabajo, los dogmáticos emplean otras formulaciones dogmáticas al menos en dos sentidos.

51. Se trata de aquellos elementos que componen la «matriz disciplinaria» que caracteriza a las comunidades dogmáticas. Ver Peña González, 1993, 12-13 y 18-19.

de jurisprudencia, los dogmáticos acuden con frecuencia al empleo de material de origen jurisprudencial para desarrollar sus argumentos. Para evitar ambigüedades, aclaro lo que quiero decir en el caso de análisis de jurisprudencia es que, elegidas como objeto de análisis una o un conjunto de decisiones jurisprudenciales, la dogmática acude con frecuencia a su comparación con *otras sentencias*<sup>49</sup>.

En el caso del trabajo dogmático sobre normas, los precedentes judiciales cumplen papeles diversos. Sistematizar conjuntos normativos implica la tarea previa de asignarle significado a sus componentes. Las decisiones judiciales constituyen un dato importante en la tarea de asignar significado a los normas que componen un conjunto normativo: la jurisprudencia concreta el alcance de los casos genéricos, al especificar si diversos casos individuales se subsumen o no en ellos. Sea que el dogmático quiera dar cuenta simplemente del significado asignado en una comunidad jurídica determinada a una norma, sea que quiera reformular ese significado, las aplicaciones judiciales de esa norma—en especial cuando emanan de autoridades judiciales cuya jerarquía fija o influye en la fijación de significado para otras instancias judiciales inferiores—no pueden ser soslayadas como dato si lo que se pretende es fungir como guía de actuación práctica en un contexto o situación pragmática determinada. Cuando las formulaciones dogmáticas de mayor abstracción—las denominadas «teorías jurídicas»—extraen consecuencias para casos particulares, suelen medir esos resultados a partir de la invocación de precedentes jurisprudenciales en los que se haya resuelto ante situaciones de hecho similares.

La invocación de jurisprudencia también puede cumplir un papel útil en la formulación de recomendaciones *de lege lata* ante problemas de interpretación: la recomendación de un autor dogmático suele acudir como apoyo suplementario al hecho de su recepción en precedentes judiciales, o, a la inversa, puede fundarse en la insatisfacción ante las aplicaciones jurisprudenciales de la norma bajo análisis. Ya he analizado también el empleo de precedentes jurisprudenciales como material para argumentar a favor de modificaciones normativas, que da lugar a la articulación de propuestas *de lege ferenda*<sup>50</sup>.

En cuanto al análisis jurisprudencial, es obvio que implica, por definición, el adoptar sentencias judiciales como objeto de estudio. Sin embargo, lo que resulta relevante aquí—en tanto se pretende subrayar el empleo de decisiones judiciales como material para la argumentación dogmática—es que los juristas suelen acudir al expediente de analizar unas sentencias a partir de su comparación con otras sentencias. Por ejemplo, cuando se formulan enunciados interpretativos *de sententia ferenda*, los dogmáticos suelen respaldar su formulación con la invocación de precedentes que

49. Como he dicho en el apartado anterior, estas sentencias pueden haber emanado de tribunales extranjeros, o de jurisdicciones que aplican derecho positivo distinto del analizado.

50. Ver *supra*, apartado 6.

Primero, como blanco de crítica, para sustentar por contraste la propia posición. De modo que, tanto en el terreno de la sistematización, como en el de propuestas de interpretación de *lege lata* o de modificación de *lege ferenda*, los dogmáticos suelen identificar formulaciones rivales, y someterlas a crítica, para extraer de lo que consideren errores ajenos fundamentos para consolidar su propia posición. En el campo de la sistematización, lo que suele ponerse en duda es la utilidad o la consistencia de los criterios clasificatorios empleados por la construcción dogmática que se elige como blanco. En el campo de las formulaciones de *lege lata*, la consistencia lógica, la corrección teleológica o axiológica, la adecuación sistemática u otro supuesto defecto de la solución sugerida por el dogmático cuya opinión se controvierte. En el campo de las formulaciones de *lege ferenda*, la necesidad de la propugnada reforma, o su adecuación a los distintos parámetros de racionalidad comentados. Lo mismo puede decirse, con las debidas adaptaciones, sobre el análisis jurisprudencial.

Segundo, los dogmáticos suelen acudir a otras formulaciones dogmáticas para sustentar su propia posición coincidente. Las versiones conceptualmente menos justificables de este empleo son el simple argumento de autoridad —«ya lo decía el preclaro maestro X...»—, o el argumento numérico —«en el mismo sentido, A, B, C, D y F...»—, «según afirma la doctrina mayoritaria...». Pero éste no es el único empleo posible de la cita de otra formulación dogmática: se puede estar de acuerdo con esa formulación por razones sustantivas, o reconocerle argumentos suplementarios para sustentar una solución común, o simplemente señalar que se trata de la primera o mejor articulación de las razones que se ofrecen para preferir una clasificación o una solución sobre otras.

En todo caso, y aunque no se le dé a otras formulaciones doctrinarias ninguno de los usos que señalé antes, parece importante reconocer que, dentro de los cánones del trabajo dogmático, se encuentra el «mapeo conceptual» del área sobre la que se pretende ofrecer algún aporte —es decir, la descripción de la red de conceptos clave de esa área, al menos como contexto para situar el problema que se quiere tratar. Este «mapeo conceptual» incluye habitualmente el relevamiento de las construcciones dogmáticas más importantes formuladas al respecto.

## 7.2. Métodos

### 7.2.1. Análisis de lenguaje

Dado que las normas jurídicas, las sentencias judiciales y las construcciones de la dogmática se expresan a través de enunciados lingüísticos, no es sorprendente que parte del trabajo de la propia dogmática se centre en una tarea de esclarecimiento conceptual, a partir del intento de sanear al derecho de malentendidos derivados de los problemas lingüísticos que arrastran los lenguajes naturales. Más aún cuando las ciencias sociales

contemporáneas han puesto en el centro de sus aparatos conceptuales la cuestión de la mediación lingüística de todo fenómeno real —natural o social (Davidson, 1990; Rorty, 1990).

De modo que una parte importante del trabajo del jurista consiste en la formulación de un metalenguaje con respecto a su lenguaje-objeto (normas, sentencias), con la pretensión de detectar y superar problemas lingüísticos. Bobbio, por ejemplo, asigna a la dogmática la labor de purificación, integración y ordenación del lenguaje del legislador, que consistiría, respectivamente, en hacerlo más riguroso, completarlo —extrayendo de él todas sus consecuencias normativas de acuerdo a reglas de transformación aceptadas— y darle carácter sistemático (Bobbio, 1990, 184-193). Guibourg describe este tipo de análisis del siguiente modo:

Se trata de tomar palabras del lenguaje jurídico común, analizar el contenido que se le asigna normalmente, destacar sus ambigüedades y vaguedades y luego proponer un nuevo significado que, sin dejar de abarcar la parte central del anterior, adolezca en menor grado de defectos que impidan su empleo unívoco. Más tarde se trata de relacionar estos nuevos conceptos entre sí para integrarlos a un sistema, y en esta etapa parece acaso conveniente acuñar nuevos vocablos y desechar algunos de los viejos (Guibourg, 1997, 133).

Como he dicho al comienzo de este texto, la tradición jusfilosófica denominada analítica ha insistido en la necesidad de prestar atención sobre problemas lingüísticos tales como la ambigüedad y vaguedad semántica del lenguaje, su textura abierta, el carácter emotivo que cargan ciertos términos, su contenido referencial o normativo, la producción de paradojas, y sin sentido a partir de la combinación de distintos niveles del lenguaje, la ambigüedad sintáctica y la existencia de distintos usos del lenguaje<sup>52</sup>, entre otros.

Este tipo de análisis tiene utilidad en las distintas tareas llevadas a cabo por la dogmática, por el simple hecho de que todas ellas tratan sobre enunciados lingüísticos y son expresadas a través del lenguaje. Tanto la sistematización de conjuntos normativos, como la discusión de alternativas interpretativas de enunciados jurídicos cuyo sentido no aparezca claro, como la crítica de normas vigentes y la propuesta de reemplazarlas, requiere algún tipo de análisis capaz de detectar problemas lingüísticos y de formular con mayor claridad conceptos, clasificaciones y soluciones normativas<sup>53</sup>. Otro tanto puede decirse de la sistematización de decisiones judiciales, la elucidación de su alcance y su crítica.

52. Ver Carrió, 1973 y 1978; Moreso, 2000, 105-116; Nino, 1980, 245-272.

53. Un ejemplo al respecto, en materia constitucional: Gustavo Zagrebelsky distingue, a partir del análisis de los precedentes de la Corte Constitucional italiana, tres usos distintos de la noción de «razonabilidad»: «razonabilidad» como análisis de igualdad, «razonabilidad» como

## 7.2.2. Análisis lógico

El empleo de la lógica caracteriza a toda disciplina intelectual que se precie de su rigor teórico. La dogmática no es una excepción al respecto, de modo que no extraña que entre las fuentes de análisis que emplea se encuentren diferentes formulaciones de la lógica<sup>54</sup>.

Por un lado, el desarrollo de lógicas modales como la lógica deóntica ha permitido contar con un aparato teórico destinado a caracterizar las funciones formales cumplidas por las normas, establecer sus propiedades y relaciones mutuas, reexpresar su estructura en términos formales y, de este modo, reconstruir el ordenamiento jurídico. Por otro lado, la denominada lógica de proposiciones normativas ha trazado una distinción entre las relaciones lógicas entre normas<sup>55</sup> y las relaciones lógicas entre proposiciones normativas: las descripciones acerca de la existencia y contenido de normas<sup>56</sup>.

El empleo de este aparato teórico puede resultar de utilidad para la determinación de las consecuencias lógicas de un conjunto de normas. A partir de la sistematización de conjuntos normativos de interés para el dogmático, la lógica de proposiciones normativas puede dar cuenta de las normas derivadas de aquel conjunto<sup>57</sup>. Una vez expuesto el contenido implícito del derecho positivo, el dogmático puede emplear la lógica para la detección de problemas de coherencia y plenitud de esos sistemas —contradicciones normativas, lagunas, redundancias (Ross, 1963, 124-130)—. La lógica puede ayudar entonces en la tarea de descripción y

racionalidad sistemática, y «razonabilidad» como imperativo de justicia (Zagrebelsky, 2004, 163-180).

54. Para una discusión específica sobre algunas posibilidades del empleo de la lógica por la dogmática, ver Jorge Cerdio (a quien agradezco las sugerencias y correcciones sobre este apartado), «Metodología, informática y derecho. El valor del método», en este mismo volumen.

55. La posibilidad de las relaciones lógicas entre normas ha sido objeto de un amplísimo debate en la literatura especializada. Una introducción al problema se encuentra en Bulgin, 1995, 129-141.

56. Para una definición formal del cálculo de proposiciones normativas véase Alchourrón, 1991a, 25-50.

57. Por ejemplo, supóngase el siguiente conjunto de normas formuladas: N1: «Ningún incapaz puede administrar sus bienes»; N2: «Son considerados incapaces, los menores de edad»; y N3: «Todo incapaz deberá tener un tutor que administre sus bienes o que los represente en juicio». A partir de estas tres normas expresamente formuladas, es posible inferir las siguientes normas derivadas: N4: «Ningún menor de edad puede administrar sus bienes»; N5: «Todo menor de edad tiene permitido tener un tutor que administre sus bienes». La lógica de proposiciones normativas permite demostrar las normas derivadas lógicamente a partir de un conjunto de normas formuladas. Este cálculo puede cumplir dos funciones útiles para la tarea dogmática, una descriptiva y otra prescriptiva. Descriptivamente, sirve para identificar las normas derivadas. Prescriptivamente, su función es controlar las normas que se postulan como derivadas del derecho positivo. Por ejemplo, es posible demostrar que de N3 no se infiere que hay dos obligaciones —una que establece que todo incapaz deberá tener un tutor y otra que establece que todo incapaz deberá tener un tutor que lo represente en juicio—, sino que es una sola obligación pero que deja una alternativa en su cumplimiento: o bien se tiene un tutor para administrar o bien se tiene uno para ser representado en juicio.

caracterización de un conjunto normativo, en la identificación de problemas de indeterminación del derecho y en la detección de necesidades de modificación de normas.

Por otro lado, tanto la lógica proposicional tradicional, como la lógica de relaciones, pueden cumplir un papel importante en la argumentación dogmática, a través de la detección de razonamientos incorrectos y de falacias<sup>58</sup>. De este modo, es posible emplear la lógica, por ejemplo, como argumento para señalar la falta de rigor de una interpretación *de lege lata*, para impugnar el valor teórico de una construcción dogmática que lleve a soluciones contradictorias, o para criticar la fundamentación de una decisión judicial.

Una importante corriente de la filosofía del derecho, desarrollada a partir de la segunda mitad del siglo XX, ha puesto particular énfasis en el empleo de la lógica como herramienta capaz de convertir a la metodología jurídica en una disciplina rigurosa. Sin perjuicio de reconocer la importancia de la lógica, es conveniente señalar los límites de su empleo. La lógica ofrece un aparato formal de innegable importancia para dotar de rigor al trabajo teórico, pero presupone la selección y la determinación del contenido de las premisas, operación acerca de la cual la lógica no tiene nada que decir. Sucede que gran parte de los problemas a los que se enfrentan los juristas tienen que ver justamente con la selección de las premisas y con el establecimiento de su significado. Completada esta operación, como dije, la lógica puede jugar un papel importante en la sistematización de un conjunto normativo, en la inferencia de consecuencias a partir de las normas contenidas en ese sistema, y en la identificación de «defectos de construcción», tales como contradicciones, lagunas y redundancias —aunque tampoco aporte criterios para resolverlos. Es decir: la lógica tiene una función relevante en el llamado «contexto de justificación», y bastante poco para aportar en el «contexto de descubrimiento» de la formulación de construcciones y soluciones normativas.

## 7.2.3. Análisis sistemático

Poca duda cabe acerca de la importancia de la noción de *sistema* en la elaboración de construcciones dogmáticas. Al menos desde la concreción legislativa del ideal codificadorio, la noción de sistema domina el pensamiento sobre el derecho y ha marcado el tipo de trabajo desarrollado por la dogmática —mucho antes de la formulación de lógicas modales sofisticadas aplicables a las normas jurídicas o a las proposiciones normativas.

Este ideal regulativo guía las elaboraciones de la dogmática, aun cuando sea evidente que los ordenamientos jurídicos reales están cargados de

58. Para una introducción a las falacias formales y no formales véase Copi, 1991, y Weston, 1994. Para una aplicación de la lógica de relaciones a razonamientos jurídicos, en especial a los razonamientos *a contrario*, *a pari*, *a simili*, *a fortiori* y por analogía, véase Alchourrón, 1991b, 3-24.

«defectos de construcción» que los alejan de ese ideal. En nuestro ámbito la codificación —y en general la articulación jerárquica y escalonada del orden jurídico— representa la pretensión de lograr cuerpos legales completos, coherentes y sistemáticos que solucionen todos los casos posibles; los códigos pretenden expresar estas propiedades<sup>59</sup>. Aun cuando ni los códigos ni el resto de las normas cumplen *efectivamente* esta pretensión —es decir, aun cuando carguen con indeterminaciones, contradicciones, lagunas— el ordenamiento jurídico contiene reglas que ordenan comportarse como si ello ocurriera, por ejemplo, a través de la orden dada a los jueces de resolver en todos los casos sometidos a su consideración<sup>60</sup>. Esta «norma de clausura» obliga a articular —a partir del resto del material legal dado— alguna respuesta que pueda considerarse razonablemente derivable del ordenamiento, a efectos de solucionar 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 ordenamiento jurídico —hipótesis obviamente ficticia—, sino simplemente ofrecer criterios para llevar a cabo la orden de «salvar las impurezas» del ordenamiento, 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 derecho positivo establece expresamente criterios para resolver casos problemáticos<sup>61</sup>. Estos principios presuponen las imperfecciones e imprecisiones

59. La división en partes generales y especiales, el desarrollo de principios generales, la remisión a reglas generales de un instituto diferente para resolver cuestiones consideradas análogas, entre muchas otras características, no son más que la expresión de que se supone que un código es un sistema completo y coherente de soluciones jurídicas.

60. En el derecho argentino, el artículo 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.

61. En el derecho argentino, es el artículo 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 qué signifique 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 acudirse 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 acudirse a los «principios generales del derecho». Estos «principios generales»

del sistema y, precisamente por ello, brindan pautas que obligan a decidir como si» el sistema fuera coherente, completo, sistemático.

Este tipo de análisis sistemático, relacionado con el ideal de la codificación, ha caracterizado a la dogmática civil y a la dogmática penal cultivadas a partir del siglo XIX. Por intentar sistematizar normas situadas en un mismo plano normativo —y en algunos casos, como el de la dogmática civil clásica, por ejemplo, aun en el mismo cuerpo legal— podríamos denominarla *sistemática horizontal*. Cabe, sin embargo, destacar la creciente importancia de lo que, por contraste, podría llamarse *sistemática vertical*: parte de la tradición de la dogmática del derecho público y del denominado derecho social —como la generada, por ejemplo, en los campos del derecho administrativo<sup>62</sup>, el derecho electoral<sup>63</sup>, el derecho internacional en su aplicación local<sup>64</sup>, el derecho laboral<sup>65</sup> y el derecho de la seguridad social— se ha enfrentado más bien a problemas de sistematización de normas situadas en distintos planos normativos, derivadas de la estructura escalonada y cada vez más compleja de los ordenamientos jurídicos. Ferrajoli, preocupado por la efectividad de los derechos fundamentales establecidos en la constitución, considera que la tarea del jurista es «explicar la incoherencia y la falta de plenitud mediante juicios de invalidez sobre las (normas) inferiores y correlativamente de ineffectividad sobre las (normas) superiores» (Ferrajoli, 2005, 879). La integración sistemática de normas emanadas de diversas fuentes constituye uno de los desafíos más importantes del derecho administrativo y el derecho laboral. Las necesidades de sistematización vertical se han agudizado con la integración en los ordenamientos jurídicos locales de normas de fuente internacional

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 inferidos por el intérprete. De este modo, el derecho positivo ordena utilizar ciertos mecanismos empleados por la dogmática. La búsqueda de la «naturalidad jurídica» de alguna institución no reglada que realizan los dogmáticos, por ejemplo —por absurda que resulte la denominación de «naturalidad jurídica»—, no es más que una aplicación del principio que ordena resolver el caso según las reglas de una institución análoga.

62. Sobre sistematización vertical en el derecho administrativo, ver Gordillo, 2000, I, 144-45, vii-1-68.

63. En el que es necesario integrar, típicamente, normas constitucionales, normas de rango legal, normas reglamentarias y cartas orgánicas o estatutos de los partidos políticos. Para el caso mexicano ver, por ejemplo, Patiño Camarena, 2000, 303-408.

64. Que suscita, entre otras, cuestiones relativas a los sistemas de incorporación de las normas internacionales al ordenamiento jurídico nacional, a la jerarquía de las normas internacionales en el ordenamiento jurídico nacional, al denominado carácter «autoaplicativo» de las cláusulas de normas internacionales y a la «interpretación conforme» de normas nacionales a la luz de normas internacionales. Ver, por ejemplo —para el caso de la aplicación local de tratados internacionales de derechos humanos— los ensayos reunidos en Abregú y Courtis (comps.), 1997, y en Abramovich, Bovino y Courtis (comps.), 2006.

65. El derecho laboral se caracteriza, justamente, por la pluralidad de fuentes, de modo que sistematizar la disciplina jurídica de una situación concreta puede requerir, por ejemplo, la integración de la constitución, un convenio de la Organización Internacional del Trabajo, la ley, un reglamento, un convenio o contrato colectivo y un contrato individual. Sobre la pluralidad de fuentes en el derecho del trabajo pueden verse los ensayos recogidos en VV. AA., 1993.

—por ejemplo, normas internacionales de derechos humanos, y normas de integración comunitaria.

Puede apreciarse, así, la pertinencia del empleo del análisis sistemático por parte de la dogmática. La tarea dogmática de sistematización constituye una manifestación de ese tipo de análisis, en la medida en que pretende una reconstrucción unitaria, completa y coherente de un conjunto normativo. La noción de sistema guía también la articulación de propuestas de interpretación de *lege lata*: uno de los argumentos para rechazar una propuesta interpretativa es justamente su incoherencia con el resto de las soluciones asumidas como punto de partida. Lo mismo sucede con la formulación de propuestas de modificación de *lege ferenda*: el análisis sistemático ofrece argumentos tanto para criticar soluciones normativas existentes, como para recomendar soluciones de *lege ferenda* que eviten incoherencias o permitan superar lagunas.

Otro tanto puede decirse con respecto al análisis de jurisprudencia. Sistematizar precedentes jurisprudenciales implica la pretensión de hacerlos coherentes, o reconducirlos a principios de justificación comunes. La tarea de formulación de soluciones de *sententia lata* supone también la pretensión de emplear como guía de casos futuros la coherencia con casos ya decididos. En el mismo sentido, uno de los argumentos para formular críticas de *sententia ferenda*, y recomendar la adopción de un criterio distinto en casos futuros similares, es la incoherencia de la solución criticada, sea con la solución derivable de la norma aplicada, sea con otras decisiones jurisprudenciales asumidas como punto de partida. Todos estos argumentos emplean como paño de fondo la noción de sistema.

Con todo, esto no significa que el análisis sistemático resulte unívoco u ofrezca soluciones algorítmicas a problemas de interpretación. Los problemas de indeterminación y los defectos de construcción de los ordenamientos jurídicos reales permiten reconstrucciones alternativas a partir de distintas selecciones y agrupamientos del material normativo considerado relevante. Detrás de estas distintas operaciones de selección y agrupamiento —que justifican, por ejemplo, la posibilidad de establecer diferentes analogías entre conjuntos normativos, a partir de la identificación de distintos rasgos relevantes— el dogmático efectúa valoraciones fundadas en su interpretación acerca de los fines y valores consagrados por las normas que pretende integrar o cuyo alcance pretende establecer. Diferentes consideraciones —por ejemplo, acerca de los valores o fines de mayor peso en el caso— darán como resultado diferentes soluciones, aunque en ambos casos se razonen a partir de la noción de sistema.

#### 7.2.4. Análisis ideológico

Aunque los juristas suelen no reconocer esta dimensión en su trabajo habitual, ciertamente pueden encontrarse en la dogmática referencias al contenido ideológico de las normas, de las sentencias o de las propias

construcciones de la dogmática. El término ideología se emplea centralmente en dos sentidos. En sentido neutro, da cuenta de una determinada concepción del mundo y, más específicamente, de la política y el poder. En sentido negativo, señala que una determinada concepción del mundo mantiene, enmascara o justifica percepciones erróneas o relaciones de poder desiguales o injustas<sup>66</sup>. En otra contribución a este mismo volumen, he ensayado un intento de ordenamiento de los posibles empleos del término en el campo del derecho. Basta decir aquí que ambos empleos son potencialmente útiles para la tarea dogmática.

El empleo de argumentos fundados en el *sentido neutro de ideología* puede ser útil para hacer evidente la concepción del mundo a la cual responden las normas, las decisiones judiciales o las propias construcciones de la dogmática. Esta utilización puede ayudar a captar el *sentido* de un conjunto normativo dado, a partir de su correlación con una concepción política o con una cosmovisión más amplia. La puesta en contexto de normas, sentencias o construcciones dogmáticas ofrece la posibilidad de vislumbrar con mayor facilidad los valores y fines que ellas consagran. Esto puede ser útil a efectos de la sistematización de normas —ya que permite identificar los rasgos materiales característicos de un conjunto normativo—, de sistematización de sentencias —ya que permite agruparlas y explicarlas a partir de una motivación axiológica común—, de formulación de recomendaciones de *lege lata* y de *sententia ferenda* —ya que permite criticar soluciones interpretativas, por ejemplo, a partir de señalar su ignorancia de valores normativos, o de su incompatibilidad con ellos, y también sostener interpretaciones propias, señalando su mayor armonía con la axiología consagrada por el derecho—, y de formulación de recomendaciones de *lege ferenda* —a partir, por ejemplo, de la denuncia de la incoherencia teleológica o axiológica de la solución vigente en el ordenamiento jurídico con fines o valores superiores consagrados por el sistema, o con valoraciones sociales vigentes.

Los argumentos derivados de la *noción negativa del término ideología* tienen una función fundamentalmente crítica: pretenden señalar el efecto de distorsión, ocultamiento o mantenimiento de una situación de injusticia por parte de las normas jurídicas, las decisiones judiciales o las construcciones dogmáticas. Su empleo tiene la pretensión de develar o desenmascarar el punto de vista subyacente a normas, sentencias o construcciones dogmáticas que se presentan como neutrales, meramente técnicas o libres de valoración, pero que tienen el efecto de mantener una situación de injusticia, desigualdad o exclusión. Estos argumentos pueden, a su vez, emplearse en el contexto de un trabajo dogmático para discutir criterios de clasificación o sistematización de normas o sentencias, poner en cuestionamiento construcciones o teorías dogmáticas establecidas, cri-

<sup>66</sup> Ver Christian Courtis, «Lineamientos de análisis ideológico del derecho», en este mismo volumen).

ticar soluciones de *lege lata* ofrecidas por otros dogmáticos o soluciones jurisprudenciales adoptadas por los jueces, atacar las soluciones legales contenidas en el ordenamiento jurídico y proponer su reforma, etcétera.

### 7.2.5. Análisis empírico

Si bien la dogmática se caracteriza por su perspectiva normativa, el hecho de que parte de su labor esté destinada a facilitar la toma de decisiones parece requerir también alguna forma de consideración del contexto empírico y de las condiciones institucionales en las que se llevará a cabo la aplicación del derecho —y, de ser seguidas sus recomendaciones, también la formulación de soluciones dogmáticas.

Una de las tendencias de la dogmática contemporánea es la denominada «orientación hacia las consecuencias». Más allá de las discusiones que esta tendencia ha generado<sup>67</sup>, lo cierto es que, a diferencia de la dogmática de corte decimonónico, orientada fundamentalmente hacia el pasado —es decir, hacia la aplicación de la ley tal y como fue prevista por el legislador—, la dogmática orientada a las consecuencias pretende integrar, en su perspectiva de guía práctica para la toma de decisiones, la consideración de las consecuencias futuras de cada alternativa decisoria. Para ser consecuente con ello, parece necesario disponer de algún instrumental teórico que permita tanto la captación de datos empíricos relevantes como la predicción de las posibles consecuencias de las diferentes alternativas de decisión.

En sentido similar, una de las fuentes de crítica de las normas existentes, o de su aplicación jurisprudencial, y la correlativa propuesta de su replazo o enmienda, se funda en problemas de racionalidad teleológica. Es decir, en la determinación de si el resultado de la aplicación empírica de las normas ha logrado, o ha frustrado, los fines dispuestos por el legislador. Para llegar a tal conclusión, es necesario contar con información empírica suficiente para abrir juicio sobre las consecuencias de la aplicación del derecho o de su falta de aplicación (Atienza, 1989a, 57-65).

Dos tradiciones de las ciencias sociales han intentado aportar elementos para acercar datos empíricos al derecho, o al menos para complementar las decisiones de creación y aplicación de normas jurídicas con datos relativos a su contexto de aplicación. Por un lado, la *tradición sociológica*, una de cuyas vertientes empíricas se funda en el diseño de variables y en la construcción de indicadores que permitan captar datos relacionados con el desempeño real del ordenamiento jurídico<sup>68</sup>. Así, por ejemplo, el funcionamiento del sistema penal puede ser estudiado desde el punto de vista

67. Para una crítica de las dogmáticas orientadas hacia el *input*, ver Luhmann, 1983, 59-91. Otra cuestión debatible es si quienes propugnan una dogmática orientada a las consecuencias han sido consecuentes con sus planteamientos y han empleado herramientas teóricas que permitan alguna prospección empírica fiable como elemento de toma de decisiones.

68. Ver, en este mismo volumen, Gabriel Ignacio Anitua, «Notas sobre la metodología de investigaciones empíricas en derecho».

jurídico a través de la comparación del número de denuncias recibidas por el número de condenas, de la contrastación del número de denuncias con la estimación empírica de la llamada «cifra negra» del delito (delitos sin denuncia o no denunciados), del cálculo de la duración promedio del proceso penal, del procesamiento de datos sobre el origen social de los imputados, acusados y condenados, etcétera.

Por otro lado, la tradición del *análisis económico*, que ha pretendido medir el funcionamiento del aparato institucional del derecho y las consecuencias de sus decisiones en términos de costos, o de cálculo coste-beneficio, lo que permite comparar la decisión de reglar jurídicamente una determinada esfera de la vida social con otras alternativas<sup>69</sup>. La determinación de los costos de regular, de establecer derechos, de litigar, de terminar un programa social, de agregar funciones al aparato de justicia, de llevar a cabo una reforma procesal, constituye información de suma utilidad para adoptar decisiones racionales relacionadas con el empleo del derecho.

La dogmática abierta a información empírica funda parte de su argumentación en datos referidos al registro de las consecuencias fácticas pasadas y a la predicción de consecuencias fácticas futuras del desempeño del derecho, como factor suplementario para decidir entre soluciones interpretativas, o para proponer o rechazar cambios normativos. En este sentido, parece que cualquier propuesta sería de regulación de algún área de la vida social requiere al menos datos sobre el fenómeno que se pretende regular, y alguna determinación de qué objetivos se quieren lograr, y de qué medios hay a disposición para lograr esos objetivos. La inclusión de alguno de estos datos en la perspectiva de la dogmática agrega elementos de juicio sobre la conveniencia de uno u otro curso de acción.

Un último comentario está relacionado con la eficacia de la propia dogmática como mecanismo de racionalización de la creación, aplicación y modificación del derecho. Como se trata de una actividad con pretensiones prácticas, parece importante medir la eficacia de la dogmática a partir de su efectiva influencia sobre sus destinatarios supuestos: jueces, abogados, fiscales, legisladores. El peso de la dogmática en un ordenamiento jurídico concreto se manifiesta en su capacidad de persuasión de los operadores del derecho, fenómeno del que podría darse cuenta a partir de un estudio empírico sobre el empleo de sus teorías, clasificaciones y categorías, señalamientos de *lege lata*, de *sententia lata*, de *sententia ferenda* y de *lege ferenda* en las sentencias judiciales y en la creación de normas por el legislador y por otros órganos habilitados para ello. Esto supone alguna consideración de la dogmática con respecto al contexto en el que pretende ser aplicada, es decir, sobre los destinatarios reales de sus formulaciones teóricas. La información empírica sobre la falta de efica-

69. Ver, al respecto, Íñigo Ortiz de Urbina Gimeno, «El análisis económico del derecho: ¿método útil, o ideología nefasta?», en este mismo volumen.

cia de las formulaciones dogmáticas, o sobre su utilización distorsionada por parte de los operadores judiciales, podría emplearse, a su vez, para retroalimentar las construcciones dogmáticas, haciéndolas sensibles a los factores que han dificultado o desvirtuado su empleo<sup>70</sup>.

#### 8. APUNTES FINALES

Para cerrar este trabajo, bastaría con recalcar algunas de las sugerencias más importantes que he planteado.

Una buena investigación dogmática requiere una definición clara del objeto sobre el que se pretende trabajar —normas, decisiones judiciales—, y sobre la cuestión que guiará el trabajo sobre ese objeto —necesidad de sistematización, problema de interpretación, necesidad de enmienda de la legislación o la jurisprudencia.

Definidos el objeto y la orientación del trabajo, es necesario decidir qué materiales serán relevantes o útiles para llevarlo a cabo, y qué tipo de análisis echará luz sobre la cuestión que se propone.

La finalidad práctica de la dogmática aconseja que el producto final del trabajo sea una propuesta específica ante la cuestión planteada —un esquema de sistematización, una respuesta concreta ante un problema interpretativo planteado, una propuesta de modificación normativa, una recomendación de cambio de rumbo de la jurisprudencia, etcétera.

Dejo para el final los aspectos formales —y secundarios— de un trabajo de investigación dogmática<sup>71</sup>. Gran parte de la literatura que se agrupa bajo el rótulo de «metodología de la investigación jurídica» en idioma castellano se dedica casi exclusivamente a este tema, con absoluta prescindencia de las cuestiones que he planteado en este artículo. Bastaría con decir que se trata apenas de consejos de orden, dedicados a facilitar la lectura de un trabajo académico. Es útil que el trabajo comience con una *introducción*, donde se exponga sucintamente el objeto y la cuestión o pregunta que aquél ha despertado, y la síntesis de los temas de las distintas partes que componen la investigación. En los trabajos de alguna extensión —como tesis, tesis o monografías— es también conveniente agregar un *capítulo metodológico*, donde se justifique más detalladamente la elección del objeto y de la cuestión planteada sobre ese objeto, se expliquen las fuentes a las que se ha acudido y la metodología empleada para resolver la cuestión planteada. Lo que sigue es el *desarrollo* del trabajo, de acuerdo al plan trazado en el capítulo metodológico, si lo hubiere. Para cerrar el trabajo, es importante elaborar un capítulo de *conclusiones*, en el que se reconstruyan las cuestiones y respuestas centrales planteadas en la investigación. Por último, puede agregarse la *bibliografía* utilizada y documentos

70. Para ampliar, ver Bovino y Courtis, 2001, 213-222.

71. Sobre el tema, puede consultarse el tratamiento detallado y pleno de sentido del humor de Oliveira Barral, 2003.

anexos a los que el trabajo remita o se refiera. El sistema de citas utilizado —sea cual sea— debe ser consistente.

Para terminar, quiero recordar un argumento que es común a muchas de las contribuciones de este libro. El esclarecimiento del objeto y de las preguntas que guían un trabajo dogmático, el señalamiento del método y de los materiales empleados, y el orden en la presentación, no constituyen una garantía de la calidad de la investigación. Todo esto puede hacerse bien, y sin embargo, si falta imaginación y la calidad de la argumentación empleada es débil, el trabajo y las tesis en él contenidas pueden ser insatisfactorios. Pero el argumento puede darse vuelta: las intuiciones agudas, las ideas interesantes, quedan desmerecidas si quien las propone no es capaz de articularlas ordenadamente, con un cierto rigor.

#### REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Aarnio, A., Garzón Valdés, E. y Uusitalo, J. (comps.) (1997), *La normatividad del derecho*, Gedisa, Barcelona.
- Abramovich, V., Bovino, A. y Courtis, Chr. (comps.) (2006), *La aplicación de los tratados de derechos humanos en el ámbito local. La experiencia de una década (1994-2005)*, Editores del Puerto, Buenos Aires.
- Abregú, M. y Courtis, Chr. (comps.) (1997), *La aplicación de los tratados sobre derechos humanos por los jueces locales*, Editores del Puerto, Buenos Aires.
- Aguiló Regla, J. (2000), *Teoría general de las fuentes del derecho (y del orden jurídico)*, Ariel, Barcelona.
- Alexy, R. (1993), *Teoría de los derechos fundamentales*, CEC, Madrid.
- Alchourrón, C. (1991a), «Lógica de normas y lógica de proposiciones normativas», en Alchourrón y Bulygin, 1991, pp. 25-50.
- Alchourrón, C. (1991b), «Los argumentos jurídicos *a fortiori* y *a pari*», en Alchourrón y Bulygin, 1991, pp. 3-24.
- Alchourrón, C. y Bulygin, E. (1971), *Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas y sociales*, Astrea, Buenos Aires.
- Alchourrón, C. y Bulygin, E. (1991), *Análisis lógico y derecho*, CEC, Madrid.
- Alchourrón, C., Méndez, J. M. y Orayen, R. (eds.) (1995) [2005], *Lógica*, Trotta, Madrid.
- Aparicio, J. y Baylos, A. (comps.) (1992), *Autoridad y democracia en la empresa*, Trotta, Madrid.
- Atienza, M. (1989a), «Sociología jurídica y ciencia de la legislación», en Bergalli (coord.), 1989, pp. 41-70.
- Atienza, M. (1989b), «Contribución para una teoría de la legislación»: *Doxa*, 6, pp. 385-403.
- Atienza, M. (1993a), *El sentido del derecho*, Ariel, Barcelona.
- Atienza, M. (1993b), *Tras la justicia. Una introducción al Derecho y al razonamiento jurídico*, Ariel, Barcelona.
- Atienza, M. y Ruiz Manero, J. (1996), *Las piezas del derecho. Teoría de los enunciados jurídicos*, Ariel, Barcelona, 1996.
- Bascañán Rodríguez, A. (2002), «El robo como coacción»: *Revista de Estudios de la Justicia* (Santiago de Chile), 1, pp. 55-125.

- Bergalli, R. (coord.) (1989), *El derecho y sus realidades. Investigación y enseñanza de la sociología jurídica*, PPU, Barcelona.
- Bobbio, N. (1990), «Ciencia del derecho y análisis del lenguaje», en *Contribución a la teoría del derecho*, Madrid, Debate.
- Böhmer, M. (1969), *Derecho e incertidumbre*, Centro Editor de América Latina, Buenos Aires, 1969.
- Böhmer, M. (comp.), (2001), *La enseñanza del derecho y la práctica de la abogacía*, Gedisa, Barcelona, 2001.
- Bovino, A. y Courtis, Chr. (2001), «Por una dogmática conscientemente política», en Courtis (comp.), 2001, pp. 183-222.
- Bloch, M. (1994), *Introducción a la historia*, FCE, México.
- Bretone, M. (1999), «Entre 'historia de los dogmas' e historia social», en *Derecho y tiempo en la tradición europea*, FCE, México, pp. 132-146.
- Bulygin, E. (1995), «Lógica deóntica», en Alchourrón, Méndez y Orayen (eds.), 1995, pp. 129-141.
- Calsamiglia, A. (1986), *Introducción a la ciencia jurídica*, Ariel, Barcelona.
- Calsamiglia, A. (2000), en Garzón Valdés y Laporta (eds.), 2000.
- Carrió, G. R. (1973), *Sobre los límites del lenguaje normativo*, Astrea, Buenos Aires.
- Carrió, G. R. (1978), *Notas sobre derecho y lenguaje*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires.
- Carrió, G. R. (1999), *Cómo estudiar y cómo argumentar un caso*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires.
- Carrió, G. R. (1970), «La interpretación de la ley' como tópico de la Teoría General del Derecho»: *Ius. Revista Jurídica de la Provincia de Buenos Aires* (La Plata), 15, pp. 35-49.
- Copi, C. (1991), *Introducción a la lógica*, Eudeba, Buenos Aires.
- Corsaro, L. (2000), «Culpa y responsabilidad civil: la evolución del sistema italiano», en Moreno Martínez (coord.), 2000, pp. 131-167.
- Cossío D., J. R. (2001), *Cambio social y cambio jurídico*, Miguel Ángel Porrúa-ITAM, México.
- Cossío D., J. R. (2002), *La teoría constitucional de la Suprema Corte de Justicia*, Fontamara, México.
- Courtis, Chr. (comp.) (2001), *Desde otra mirada. Textos de teoría crítica del derecho*, Eudeba, Buenos Aires.
- Davidson, D. (1990), *De la verdad y de la interpretación*, Gedisa, Barcelona.
- Desdentado, A. y Valdés, B. (1998), *La negociación colectiva en la doctrina del Tribunal Supremo. Una síntesis de jurisprudencia*, Trotta, Madrid.
- Dworkin, R. (1984), *Los derechos en serio*, Ariel, Barcelona.
- Estévez Araujo, J. A. (1994), *La Constitución como proceso y la desobediencia civil*, Trotta, Madrid.
- Fernández López, M.<sup>a</sup> F. (1992), «Igualdad y no discriminación por razón de sexo: planteamiento constitucional», en Aparicio y Baylos (comps.), 1992, pp. 95-155.
- Ferrajoli, L. (2005), *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, trad. P. Andrés Ibáñez, A. Ruiz Miguel, J. C. Bayón, J. Terradillos y R. Cantarero, Trotta, Madrid.
- Ferrajoli, L. (2004), *Derechos y garantías. La ley del más débil*, Trotta, Madrid.
- Frank, J. (2001), «Una defensa de las escuelas de abogados», en Böhmer (comp.), 2001, pp. 35-72.

- Garía de Enterría, E. (1983), *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*, Civitas, Madrid.
- Garzón Valdés, E. y Laporta, F. (eds.) (2000), *El derecho y la justicia*, Trotta, Madrid.
- Garfamaggio, L. (1987), «Lógica y argumentación en la interpretación jurídica o tomar a los juristas intérpretes en serio»: *Doxa*, 4, pp. 100-108.
- Gordillo, A. (2000), *Tratado de Derecho Administrativo*, Fundación de Derecho Administrativo, Buenos Aires.
- Gordon, R. W. (2001), «Cómo descongelar la realidad legal: una aproximación crítica al derecho», en Courtis (comp.), 2001, pp. 343-372.
- Gustini, R. (1999), *Estudios sobre la interpretación jurídica*, UNAM, México.
- Guibourg, R. (1997), *Deber y saber. Apuntes epistemológicos para el análisis del derecho y la moral*, Fontamara, México.
- Guibourg, R. (2000), «Fuentes del derecho», en Garzón Valdés y Laporta (eds.), pp. 186-188.
- Guiré González, J. (2004), *Impacto ambiental*, Porrúa, México.
- Helín, M. (1997), «Sobre la semántica de las oraciones interpretativas en la dogmática jurídica», en Aarnio, Garzón Valdés y Uusitalo (comps.), 1997, pp. 208-209.
- Irti, N. (1992), *La edad de la descodificación*, Bosch, Barcelona.
- Jiménez Campo, J. (1999), *Derechos fundamentales. Concepto y garantía*, Trotta, Madrid.
- Karpen, U. (1986), «Zum gegenwärtigen Stand der Gesetzgebungslehre in der Bundesrepublik Deutschland»: *Zeitschrift für Gesetzgebung*, 1, pp. 5-32.
- Kemelmajer de Carlucci, A. (1997), «La Ley sobre Riesgos del Trabajo 24.557 y los principios generales del derecho de daños desde la óptica del derecho constitucional»: *Revista de Derecho Privado y Comunitario*, 15, pp. 265-314.
- Kennedy, D. (1999), *Libertad y restricción en la decisión judicial*, Siglo del Hombre, Bogotá.
- Levi, E. H. (1964), *Introducción al razonamiento jurídico*, Eudeba, Buenos Aires.
- Lorenzetti, R. (1993), «El sistema de la responsabilidad civil: ¿una deuda de responsabilidad, un crédito a la indemnización o una relación jurídica?»: *Revista La Ley*, pp. 1140-1160.
- Luhmann, N. (1983), *Sistema jurídico y dogmática jurídica*, CEC, Madrid.
- Mandela, N. (1966), «Hombre negro y tribunal blanco», en *No es fácil el camino de la libertad*, Siglo XXI, México.
- Marí, E. E. (1980), «'Moi, Pierre Rivière...' y el mito de la uniformidad semántica en las ciencias jurídicas y sociales»: *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense*, 59, pp. 81-109.
- Marí, E. E. et al. (1982), *El discurso jurídico. Perspectiva psicoanalítica y otros abordajes epistemológicos*, Hachette, Buenos Aires.
- Marín, J. C. (2004), *Las medidas cautelares en el proceso civil*, Porrúa-ITAM, México.
- Maier, J. B. J. (1996), *Derecho procesal penal*, Editores del Puerto, Buenos Aires.
- Mayda, J. (1979), «Algunas reflexiones críticas sobre el Derecho Comparado contemporáneo»: *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, 9, pp. 639-666.
- Medina Quiroga, C. (2005), *La Convención Americana: teoría y jurisprudencia. Vida, integridad personal, libertad personal, debido proceso y recurso judicial*, Universidad de Chile-Centro de Derechos Humanos, Santiago.

- Merryman, J. H. (1976), «Fines, objeto y método del derecho comparado», *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, IX/25-26, pp. 65-92.
- Moreno Martínez, J. A. (coord.) (2000), *Perfiles de la responsabilidad civil en nuevo milenio*, Dykinson, Madrid, 2000.
- Moreso, J. J. (2000), «Lenguaje jurídico», en Garzón Valdés y Laporta (eds.) 2000, pp. 105-116.
- Moreneau, O. (1948), *Los derechos reales y el subsuelo en México*, FCE, México.
- Nino, C. S. (1974), *Consideraciones sobre la dogmática jurídica*, UNAM, México.
- Nino, C. S. (1980), *Introducción al análisis del derecho*, Astrea, Buenos Aires.
- Nino, C. S. (1992), *Fundamentos de derecho constitucional. Análisis filosófico jurídico y político de la práctica constitucional*, Astrea, Buenos Aires.
- Oliveira Barrai, W. (2003), *Metodología da pesquisa jurídica*, Fundação José Arthur Boiteux, Florianópolis.
- Ortiz de Urbina, I. (inédito), «Teoría de la legislación y derecho penal. La aprobación del Código Penal de 1995 y la relación entre dogmática y política criminal desde el punto de vista de la teoría de la legislación».
- Patiño Camarena, J. (2000), *Nuevo derecho electoral mexicano*, Ed. Constitucionalista-IFE, México.
- Peña González, C. (1993), «¿Qué hacen los civilistas?», *Cuadernos de Análisis Jurídico* (Facultad de Derecho, Universidad Diego Portales, Santiago de Chile), pp. 13-15 y 21-22.
- Peña González, C. (1995), «Los desafíos actuales del paradigma del derecho civil», *Estudios Públicos* (Santiago de Chile), 60.
- Popper, K. (1967), *La lógica de la investigación científica*, Tecnos, Madrid.
- Rorty, R. (1990), *El giro lingüístico*, Paidós, Barcelona.
- Ross, A. (1963), *Sobre el derecho y la justicia*, Eudeba, Buenos Aires.
- Roxin, C. (1992), *Política criminal y estructura del delito*, PPU, Barcelona.
- Sampaio Ferraz Jr., T. (1980), *Função social da dogmática jurídica*, Max Limonad, São Paulo.
- Soler, S. (1987), *Derecho Penal argentino*, TEA, Buenos Aires.
- Tavares, J. E. X. (1983), *Teorías del delito*, Hammurabi, Buenos Aires.
- Vélez Mariconde, A. (1986), *Derecho procesal penal*, Marcos Lerner, Córdoba.
- Viehweg, Th. (1997), *Tópica y Filosofía del Derecho*, Gedisa, Barcelona.
- VV. AA. (1993), *Sistemas de ordenación de fuentes laborales. Los problemas de concurrencia: ley, autonomía colectiva y autonomía individual*, CGPJ, Madrid.
- Weston, A. (1994), *Las claves de la argumentación*, Ariel, Barcelona.
- Zagrebelsky, G. (2004), «El principio de razonabilidad en la jurisprudencia de la Corte Constitucional. Referencias comparadas. Sobre tres aspectos de la razonabilidad», en *¿Derecho procesal constitucional? y otros ensayos de justicia constitucional*, FUNDAR, Querétaro, pp. 163-180.
- Zaldívar Lelo de Larrea, A. (2002), *Hacia una nueva ley de amparo*, IIJ-UNAM, México.
- Zamanillo Cervantes, F. J. (2003), *Los presupuestos del concurso mercantil: una perspectiva crítica*, Porrúa, México.
- Zweigert, K. y Kötz, H. (2002), *Introducción al derecho comparado*, Oxford University Press, México.

## PARA VER CON MEJOR LUZ. UNA APROXIMACIÓN AL TRABAJO DE LA DOGMÁTICA JURÍDICA

Santiago Sastre Ariza

Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales-Toledo  
Universidad de Castilla-La Mancha (España)

### 1. PARA EMPEZAR

En este breve trabajo me gustaría llamar la atención sobre dos cuestiones que me parecen importantes en el análisis de la actividad que desarrolla la dogmática jurídica.

En primer lugar, considero que si merece la pena insistir en el tema de la caracterización de la dogmática es para subrayar que se trata de un saber que tiene sobre todo una finalidad práctica, de modo que en su ejercicio intervienen (aunque sobre esto se haya producido a veces un *intencionado eclipse*) las elecciones valorativas.

En segundo lugar, creo que el atrincheramiento de la dogmática en la rama o el sector jurídico del que se ocupa presenta el riesgo de ofrecer una visión excesivamente reduccionista del fenómeno jurídico. Por eso tiene un especial interés atender al análisis que realizan otras disciplinas (pienso, por ejemplo, en la filosofía y la sociología) cuyas aportaciones podrían contribuir a enriquecer el discurso de la dogmática. En este sentido, y en orden a robustecer la fundamentación de los estudios dogmáticos, me parece relevante la preocupación por el análisis conceptual, que en este caso podría concretarse en un cuidadoso manejo de las categorías conceptuales que proporciona la teoría del derecho.

### 2. ¿CIENCIA Y DOGMÁTICA?

Como es sabido, las expresiones «ciencia jurídica» y «dogmática jurídica» se suelen emplear como sinónimas. Sin embargo cada una resalta un aspecto (la primera la condición científica del conocimiento de un objeto que, como destaca la segunda, se impone «desde fuera» a los juristas) que merece la pena comentar.