



Jamás he llamado a mi contestador automático
Acrílico sobre papel
Sergio Bedoya, Jonathan Carvajal

ARGUMENTOS DOGMÁTICOS Y APLICACIÓN DEL DERECHO*

* Artículo producto de la investigación terminada “El derecho como argumentación”, inscrita en el Comité para el Desarrollo de la Investigación (CODI) de la Universidad de Antioquia. Agradezco al profesor Esteban Hoyos Ceballos los oportunos comentarios al manuscrito de este artículo.

Fecha de recepción: Marzo 30 de 2007

Fecha de aprobación: Mayo 2 de 2007

ARGUMENTOS DOGMÁTICOS Y APLICACIÓN DEL DERECHO

*Vicente Jaime Ramírez Giraldo**

RESUMEN

En este artículo el autor se propone la identificación de los denominados “argumentos dogmáticos” como aquel tipo de argumentos que están caracterizados por su pertenencia a un discurso de elaboración científica del derecho o dogmática jurídica. Analiza dos formas de entender la dogmática, descriptiva y normativa, para mostrar las consecuencias que se siguen para la identificación de los argumentos dogmáticos. Posteriormente estudia la forma en que dicha categoría de argumentos puede ser articulada en una teoría de la argumentación jurídica, para evaluar críticamente las pretensiones universalizadoras de las reglas acerca del uso de dichos argumentos los cuales son productos nacionales contingentes. Finaliza con una reflexión acerca de algunos rasgos específicos de las dogmáticas colombianas como punto de partida para el análisis de los argumentos dogmáticos dentro de una teoría de la argumentación jurídica debidamente contextualizada.

Palabras clave: teoría de la argumentación jurídica, argumentos dogmáticos, argumentos jurídicos, dogmática jurídica normativa, dogmática jurídica descriptiva, modelo kelseniano de ciencia jurídica, teoría de la argumentación jurídica de Robert Alexy.

DOGMATIC ARGUMENTS AND LAW APPLICATION

ABSTRACT

In the following paper the author proposes the identification of the so-called “dogmatic arguments” as such kind of arguments characterized by its pertinence to certain speech, workable as a science of law legal language. The author analyzes two ways to understand the descriptive and normative legal dogmatic, and to show the consequences of the previous identification. Furthermore, the author studies the fashion in such argument classification can be implemented in a theory of legal language and legal argumentation, in order to make a critical evaluation of the comprehensive aspiration to understand such kind of rules as a universal ones, while they are specific and contingent national products. The author concludes with a reflection about some specific features of the Colombian legal theories as a starting point for the analysis of dogmatic arguments within a specific argumentation theory that answers to a certain national environment.

Key words: law theory of the argumentation, dogmatic arguments, law arguments, law normative dogmatic, law descriptive dogmatic, Kelsen’s model of law science, Robert Alexy’s theory of the law argumentation.

* Filósofo, abogado y Doctor en filosofía. Profesor de la Universidad de Antioquia y de la Universidad EAFIT.

ARGUMENTOS DOGMÁTICOS Y APLICACIÓN DEL DERECHO

INTRODUCCIÓN

Como ciudadanos esperamos de los jueces decisiones que sean razonablemente predecibles y que, dentro del ámbito de lo posible, logren consensos que sean coherentes con convicciones compartidas de justicia. Pero esta expectativa puede verse frustrada cuando con sorpresa conocemos decisiones de las cuales no teníamos ninguna previsión. Este aspecto inesperado de algunas decisiones jurídicas no es un argumento serio contra su carácter fundado y su validez, salvo para aquellos que suscriben la concepción según la cual el conocimiento jurídico consiste en el conjunto de profecías acerca de lo que dirán los jueces. Más allá de esta excepción, existe un margen tolerable de incertidumbre sobre lo que decidirán los jueces, que estaría delimitado por la exigencia genérica de “proferir fallos en derecho”.

Esto puede explicar la reacción primaria ante una decisión jurídica que no parecía predecible, y que consiste en la aseveración de que no se trata de *‘fallos en derecho’*, o que se diga que *‘no se utilizaron argumentos jurídicos’* y otras similares. Este tipo de afirmaciones, que si bien pueden sólo encubrir descalificaciones políticas más genéricas sobre la función jurisdiccional o la inconformidad por los intereses personales que se han visto afectados, pueden contener un problema bastante serio para la reflexión teórica del derecho y que por tanto merece mucho más que esporádicos comentarios de ciudadanos perplejos ante las decisiones jurisdiccionales. La pregunta que subyace a la eventual objeción es *¿Qué es un argumento jurídico?*, *¿Qué lo hace tal?*; pregunta que debe ser examinada con el ánimo de contribuir a una razonable delimitación de las exigencias que podemos hacer a las justificaciones jurídicas. En otras palabras: delimitar el carácter de un argumento como jurídico es un presupuesto necesario para lograr un discurso coherente acerca de las exigencias que puedan ser requeridas por una “teoría de la argumentación jurídica”, ya que ésta se debe referir al uso de los argumentos jurídicos en sentido estricto.

Algunas distinciones preliminares serán útiles. Podemos diferenciar entre los ‘argumentos jurídicos’, los ‘argumentos legales’ y los ‘argumentos dogmáticos’. Los primeros son aquellos que en un sentido amplio son admitidos en los contextos de debate jurídico, es así que un argumento científico puede eventualmente ser considerado un ‘argumento jurídico’; los segundos, los ‘legales’, son aquellos que

se apoyan o consisten en la referencia a un dato del ‘derecho positivo vigente’ (en adelante: DPV), específicamente a una ‘disposición jurídica’, cuando sea el caso de que se verifique la necesidad de afirmar su ‘existencia’ en el conjunto del derecho positivo vigente. Los terceros, ‘dogmáticos’, son también equivalentes a los ‘argumentos jurídicos en sentido estricto’ y se caracterizan, como trataremos de defenderlo y establecerlo en este escrito, por su pertenencia al discurso jurídico técnico o dogmática jurídica. En adelante, salvo que precisemos lo contrario, cuando nos refiramos a ‘argumentos jurídicos’ lo haremos en este tercer sentido.

Después de haber afirmado la necesidad de dar algún criterio para identificar los argumentos dogmáticos, sostendré las siguientes tesis: tal criterio sólo puede encontrarse en la pertenencia del argumento al ‘conocimiento jurídico en sentido técnico’ o ‘dogmática jurídica’; lo que exige responder la pregunta básica sobre el carácter de ésta (2), tanto si se considera que debe limitarse a un nivel descriptivo (2.1), como si se incluye una dimensión prescriptiva (2.2), ya que de la opción que se elija se siguen diferentes respuestas a nuestro problema. Después de inclinarnos por la segunda posibilidad, la teoría prescriptiva, presentamos las posibilidades y dificultades de articulación de la categoría de los ‘argumentos dogmáticos’ en una teoría de la argumentación jurídica como la de R. Alexy, mostrando, de manera especial, las limitaciones contextuales de la misma¹ (3), lo que nos lleva a formular un esbozo de las características de los discursos dogmáticos en nuestro contexto cultural, es decir, la forma real en que la ‘ciencia jurídica’ se configura en nuestra realidad nacional (4). Al proponer dicha alternativa de indagación contextual, que será la premisa que nos permitirá afirmar si un argumento puede ser reconocido como dogmático en cuanto perteneciente a la ‘ciencia jurídica’ o dogmática, considero que podremos obtener resultados teóricos que nos permitirán intervenir de manera fecunda las prácticas epistemológicas de los estudios jurídicos. Al terminar el presente escrito con una caracterización de nuestras dogmáticas locales espero contribuir, si bien de manera muy preliminar, en la realización de una reflexión

¹ Alexy, R. *TEORÍA DE LA ARGUMENTACIÓN JURÍDICA. La teoría del discurso racional como teoría de la fundamentación jurídica*. [1978], Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1989, traducción de Manuel Atienza e Isabel Espejo, (en adelante ‘Alexy, R., TAJ’). Elijo esta teoría normativa de la argumentación jurídica no sólo porque trata de manera explícita y sistemática este tipo de argumentos, sino porque su importancia e influencia le han merecido el calificativo, junto a la de N. MacCormick, de ser una ‘teoría estándar de la argumentación jurídica’. Cfr. Atienza, M. *Las razones del derecho*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1991. Criterio también utilizado por Gascón Abellán, M. y García Figueroa, A. *La argumentación en el derecho*, 2da. Ed. Corregida, Lima: Palestra, 2005, p. 74.

iusteórica que dé cuenta de la problemática real en la cual se inscribe nuestra práctica profesional de argumentar jurídicamente².

Dos precisiones son convenientes. Nuestra preocupación en delimitar los argumentos jurídicos en sentido estricto ('dogmáticos'), podría entenderse como un interés en excluir de los debates jurídicos aquellos argumentos 'no dogmáticos'. Pero ésta no es nuestra intención. Sostenemos que se deben identificar las 'razones jurídicas', como un requerimiento de claridad discursiva, incluso con independencia de la posición normativa que se asuma acerca de la utilización en los debates jurídicos de este tipo de argumentos. Es un hecho que en las decisiones jurídicas se utilizan algo más que argumentos dogmáticos, lo que no significa que no deban diferenciarse de las razones 'políticas', 'científicas' o 'filosóficas'.

En segundo lugar, debemos tener presente que este problema concreto de identificación de los argumentos jurídicos, nos lleva a enfrentar un problema básico de la teoría y la filosofía del derecho, como es la fundamentabilidad o no de los enunciados valorativos, lo que se presenta concretamente cuando se pregunta por la racionalidad de las diferentes tomas de posición sobre el *carácter* de la dogmática jurídica. No parece posible enfrentar nuestro problema sin asumir este último, lo que podría ser un desestímulo para nuestro empeño de lograr criterios de identificación, ya que la discusión se trasladaría al amplio campo de la epistemología jurídica. Para evitar esta situación, o para neutralizar preliminarmente las objeciones, debemos anotar que *de hecho no es viable pragmáticamente una dogmática que no asuma una dimensión normativa*. No obstante asumimos el debate teórico, porque consideramos que mostrar las posibles incongruencias discursivas en nuestro contexto jurídico cultural, es una labor necesaria para llevar a cabo unos mejores trabajos de elaboración dogmática o, como mínimo, unas prácticas epistemológicas con un mejor nivel de reflexividad y autocomprensión. Es conveniente evitar, por ejemplo, el sincretismo teórico entre posiciones discrecionales o escépticas en teoría general del derecho y enfoques implícitamente cognitivistas o universalistas en las prácticas de decisión judicial. Esta función de 'advertencia' es una tarea concreta que puede subrayar la pertinencia del trabajo iusfilosófico.

Los resultados de este trabajo acerca del problema central, determinar el criterio que permita identificar los argumentos jurídicos en sentido estricto, parecerán excesiva-

² El problema puntual de los criterios de identificación de los argumentos dogmáticos se convierte en una ilustración del asunto más general acerca de la manera efectiva en la cual se consolidan los productos del conocimiento jurídico en un contexto cultural determinado. Los debates teóricos acerca de la epistemología jurídica, así como en general los de la argumentación jurídica, deben nutrirse de procesos de observación de las prácticas efectivas de los diferentes sujetos jurídicos.

mente precarios ya que me inclino por la respuesta que niega la posibilidad de dar criterios conceptuales que a su vez sean satisfactoriamente operativos para asuntos prácticos, en nuestro contexto cultural. No obstante, considero que el empeño vale la pena y que los pasos que se avanzan pueden ofrecer alternativas promisorias de reflexión sobre el problema. Adelanto dos razones. Cuando analizamos en la teoría de la argumentación jurídica de R. Alexy las reglas que propone para la utilización en un debate racional de los ‘argumentos dogmáticos’ podemos inferir consecuencias relevantes acerca de la utilización de dicha teoría en contextos diferentes a aquellos en los cuales fue formulada: las reglas que han de determinar la ‘racionalidad’ de las controversias jurídicas tienen componentes contingentes y contextuales que deben ser seriamente considerados³. Una segunda razón, es que a partir de las dificultades para reconocer los argumentos dogmáticos, se puede acentuar la necesidad de generar criterios para lograrlo, para lo cual se requiere reforzar el esfuerzo consciente de elaborar discursos jurídicos sólidos y pertinentes para afrontar las controversias jurídicas en cuanto trasuntos de delicados conflictos sociales.

2. ARGUMENTOS JURÍDICOS Y DOGMÁTICA JURÍDICA

Si un argumento jurídico en sentido estricto es aquel que pertenece a la dogmática jurídica, debe definirse el alcance de ésta, pues según la respuesta serán diferentes los resultados. Tradicionalmente los debates de teoría y filosofía del derecho identifican aquellos que sostienen que la ‘ciencia del derecho’ tiene un carácter exclusivamente descriptivo, los cuales se ubican en una posición genéricamente positivista y aquellos que afirman la posibilidad de incluir en la ciencia del derecho o dogmática jurídica una dimensión normativa, posición que podemos denominar genéricamente como no-positivista.

En la concepción descriptiva o positivista del discurso jurídico hay una concepción restringida de argumentos dogmáticos, ya que sólo se admiten los que afirman la existencia de determinadas normas jurídicas (‘argumentos legales’); mientras que en la concepción prescriptiva (normativa) de la dogmática se posibilita una concepción amplia, ya que se incluyen *también* otros tipos de argumentos, y a la vez más estricta, porque establece un *criterio* de pertenencia, para identificar los argumentos jurídicos en sentido estricto. Según la primera concepción, los argumentos son jurídicos

³ Las objeciones a este argumento pueden ser análogamente formuladas a otros argumentos que, en la teoría de Alexy, se utilizan en la ‘justificación externa’, es decir, en el proceso de fijación de las premisas normativas y fácticas, tales como los ‘jurisprudenciales’ y los ‘interpretativos’. *Op. Cit.* Pp. 225-240, para los argumentos interpretativos y 261-266 para los argumentos jurisprudenciales. Alexy, R., TAJ.

porque están determinados por los enunciados del DPV (los argumentos jurídicos se reducirían a los ‘argumentos legales’); según la segunda concepción, son jurídicos todos aquellos argumentos que se puedan generar estructuralmente a partir del discurso dogmático. Como la segunda posición teórica incluye los primeros tipos de argumentos – la dimensión normativa se agrega a la descriptiva – podemos decir que en ella hay más argumentos jurídicos potenciales que en la primera.

2.1 Concepción descriptiva de la dogmática jurídica

Uno de los autores más importantes en la historia del pensamiento jurídico ha sido H. Kelsen, quien ha sostenido que el saber jurídico es exclusivamente descriptivo y que gracias a esta característica es que puede lograrse la fundamentación de su científicidad. Gracias a la distinción entre las normas jurídicas (*Rechtsnorm*), como enunciados pertenecientes al DPV, y los enunciados normativos (*Rechtssatz*), como los juicios constatativos pertenecientes al saber científico de los juristas, puede afirmarse que el discurso jurídico, a pesar de tener un objeto normativo, puede verificar sus enunciados particulares por la existencia o no de los enunciados de derecho positivo (normas) que se contienen en los enunciados normativos.

Una pregunta clave se nos presenta cuando revisamos la posición teórica de la dogmática como saber eminentemente descriptivo: ¿En qué consiste, entonces, para que tenga algún mérito, el saber jurídico dogmático? Porque, si bien la distinción propuesta cumple con el propósito de estructurar el discurso jurídico con proposiciones que serían susceptibles de verdad o falsedad, queda la pregunta del contenido de este saber que podría considerarse una mera réplica o reiteración del derecho positivo vigente. Ante la cuestión vale la pena mirar con cierto detenimiento la respuesta que ofrece Kelsen ante la eventual objeción:

“Es también verdad que, en el sentido de la teoría del conocimiento kantiana, la ciencia jurídica (*Rechtswissenschaft*), como conocimiento del derecho y al igual que todo conocimiento, posee un carácter constitutivo y, en consecuencia, ‘produce’ su objeto al concebirlo como una totalidad significativa. Así como el caos de las percepciones sensoriales sólo se convierte en un cosmos, es decir, en naturaleza como un sistema unitario, mediante el conocimiento ordenador de la ciencia, también la multiplicidad de normas jurídicas generales e individuales producidas por los órganos jurídicos, que constituyen el material dado a la ciencia del derecho, sólo se convierte en un sistema unitario y consistente, en un orden jurídico, mediante el conocimiento de la ciencia jurídica”⁴.

⁴ Kelsen, H., *Teoría pura del derecho*, 12ª edición, México: Porrúa, 2002. Versión española de Roberto Vernengo, de la segunda edición alemana de 1960, p. 85

La problemática densidad de este pasaje no puede ser fácilmente exagerada. Kelsen trata de afirmar una construcción estrictamente epistemológica, en el sentido kantiano, de la ciencia jurídica la cual ‘produciría’, al ordenarlo a partir de su caos originario, su objeto, el ‘derecho’. Pero este punto, la forma real en que se realiza este proceso de producción científica, no es desarrollado. No obstante, al sentar esta tesis puede dirigir una crítica demoledora contra los que la nieguen, ya que si no se limitan a la función descriptiva y cognoscitiva de la ciencia jurídica, estarían confundiendo el conocimiento del derecho con su producción⁵. Pero a pesar de que sea mérito de la ciencia jurídica aportar el orden epistemológico al ‘caos’ del derecho positivo, lo que sería una contribución estructural formal, el contenido de ese discurso científico tendría un carácter superfluo con relación al derecho positivo, ya que se limita a reelaborar lo ya dado: reformular como enunciados jurídicos las normas jurídicas establecidas por la autoridad.

Consciente de este problema, Kelsen nos ofrece este pasaje clave cuya trascripción *in extenso* me permito:

“Los enunciados jurídicos [*Rechtssätze*] formulados por la ciencia del derecho no son, por lo tanto, simples repeticiones de las normas jurídicas producidas por la autoridad jurídica. La objeción [*Einwand*] de que, entonces, serían superfluas, no carece, con todo, tan evidentemente de fundamento como la tesis de que, dado el hecho de la naturaleza, la ciencia natural sería superflua. Puesto que la naturaleza no se manifiesta, como el derecho, en palabras habladas y escritas. La objeción de que el enunciado jurídico formulado por la ciencia jurídica fuera superfluo, junto a la norma jurídica, por él descrita, producida por la autoridad jurídica, *sólo puede ser objetada señalando simplemente que esa tesis lleva a sostener que, frente a una ley penal, sería superflua su exposición jurídico científica y, frente al derecho la ciencia jurídica*”⁶. (Cursivas fuera del texto)

5 Así, critica por ejemplo a K. Engisch, por confundir ‘La ciencia jurídica con la política jurídica’. Kelsen, *Op. Cit.*, p. 86. Por tanto: aunque el científico produce su objeto, sólo se permanece totalmente ‘científico’ en la medida en que su labor es meramente descriptiva, el carácter eventualmente paradójico de las tesis es claro.

6 Aquí debemos separarnos de la traducción de Vernengo el cual cambia totalmente el sentido de la última frase. Dice en su versión: ‘El reproche de que el enunciado jurídico formulado por la ciencia jurídica fuera superfluo, junto a la norma jurídica, por él descrita, producida por la autoridad jurídica, *sólo puede ser objetada señalando que esa tesis lleva a sostener que una ley penal sería superflua frente a su exposición jurídico-científica; que el derecho sería superfluo frente a una ciencia del derecho*’, (Cursivas fuera de texto) *Op. Cit.*, p. 87. En esta traducción parecería que Kelsen dijera que si no se acepta su tesis, según la cual no puede entenderse la ciencia del derecho como una repetición superflua del derecho positivo, se llegaría a la conclusión, clara *reductio ad absurdum*, de que sería el derecho positivo el que sería superfluo ante la ciencia jurídica. Pero lo que sostiene Kelsen es radicalmente diferente, si bien igualmente insatisfactorio: Cfr. *Reine Rechtslehre*, Verlag Österreich 2000, p. 76. En el sentido de mi versión se puede confrontar la italiana de Mario Losano: Kelsen, H., *La dottrina pura del diritto*, Torino: Einaudi, 1990, p. 91

Sobre este punto no son más los desarrollos de Kelsen, lo que no deja de causar perplejidad, ya que el argumento de que la ciencia del derecho no es superflua con relación al derecho, porque entonces ‘ante el derecho sería superflua la ciencia del derecho’, es una clara *petitio principii*. Precisamente: que es algo distinto la ciencia del derecho al derecho mismo es lo que debe ser demostrado y el hecho de que no parezca descartable el conocimiento dogmático jurídico frente al derecho positivo, es una objeción inicial para la tesis que pretende justificarse no un apoyo para la misma.

La posición de Kelsen sólo puede ser comprendida desde el supuesto de que lo que realmente le interesa es llevar a cabo un proyecto de fundamentación epistemológico, bastante abstracto, que no considera las complejidades de los ‘modelos de científicidad efectivos’, ya que éstos son, precisamente, los modelos que han de ser superados. La relación análoga con los procesos de fundamentación epistemológica de las ciencias naturales es bastante clara. Adicionalmente, debemos entender que Kelsen pretendía, de acuerdo a los postulados del Círculo de Viena y de las epistemologías positivistas radicales, una refundación de la disciplina jurídica que pudiese cumplir los patrones verificacionistas y desde una posición escéptica en torno al ámbito de la razón práctica. Valga anotar que Kelsen construye con algunos elementos, como vimos, del pensamiento de Kant, pero se aleja en los puntos referentes a la razón práctica.

Me he visto en la necesidad de detenerme en este punto de Kelsen, no sólo para rescatar la centralidad de la pregunta por la manera de ‘producción’ del discurso jurídico técnico, sino por ser él un teórico excesivamente influyente en nuestra cultura jurídica, como ha sido puesto muchas veces de presente⁷. El punto que quiero rescatar y que es central para mi argumentación, es que pese a las inmensas dificultades de llevar a la práctica este proyecto epistemológico, él es implícitamente asumido en muchos discursos jurídicos habituales, porque, de una parte permite evadir los problemas de justificación racional de las tesis normativas (que estarían involucradas en una concepción no-descriptiva de la ‘ciencia jurídica’) y, de otra, se apoya en el aun presente, aunque vago, prestigio de una supuesta ‘científicidad’ del discurso jurídico en términos de una epistemología empirista o positivista⁸.

⁷ Ver, por ejemplo, la persuasiva presentación que de este fenómeno realiza Diego López Medina en su *Teoría impura del derecho*, (Bogotá: Legis, 2004), especialmente su capítulo 5: ‘Kelsen en Bogotá: Lecturas y usos locales de la Teoría Pura del Derecho’.

⁸ Para comprender las implicaciones de la manera de entender la ciencia para Kelsen, es muy importante profundizar los discursos epistemológicos contextuales en los cuales se ubica. Cfr., por ejemplo, Esquivel Pérez, Javier, *Kelsen y Ross, formalismo y realismo en la teoría del derecho*, México: UNAM, 1980, especialmente, en el capítulo VII, las explicaciones sobre la noción de experiencia como opuesta a ‘metafísica’ y el carácter empírico y no fáctico de la ciencia propuesta por Kelsen.

La vigencia de las posiciones de Kelsen puede mostrarse, para sólo citar un ejemplo, en el fino análisis que realiza el profesor Paolo Comanducci, cuando en su crítica al llamado ‘neoconstitucionalismo’, le reprocha a autores como Ferrajoli o Zagrebelsky su supuesta adhesión a la tesis ‘que asigna un rol normativo a la ciencia jurídica’ y que los lleva a posiciones que sólo serían defendibles desde el punto de vista de la ‘política del derecho’⁹. Por tanto, es claro desde un punto de vista conceptualmente ilustrado y no solamente intuitivo, la pervivencia de la tensión entre las diferentes tesis sobre el carácter de la dogmática jurídica, y que, detrás de las posiciones específicas de identificación de argumentos como ‘estrictamente jurídicos,’ existen hondas discrepancias desde el punto de vista teórico y epistemológico.

Debemos considerar, de manera preliminar, equivocada la tesis que sostiene el carácter exclusivamente descriptivo de la ‘dogmática jurídica’. Esto es así porque (i) una tesis radicalmente descriptivista no logra justificar la relevancia, el carácter no superfluo del ‘saber jurídico’: o consiste en algo más que describir el derecho o agrega descripciones que irían más allá del derecho; (ii) tal posición, reduce los ‘argumentos jurídicos’ a los ‘argumentos legales’ lo que lleva a consecuencias inaceptables como sería el no admitir el carácter estrictamente jurídico de los debates hermenéuticos del derecho¹⁰, y por tanto no dar cuenta del hecho de que temas son objeto central del conocimiento jurídico en cuanto necesarios para la comprensión del DPV y su aplicación; finalmente (iii) la inadecuación de esta posición se evidencia en el carácter ‘contraintuitivo’ de la misma con relación los modelos de construcción de ‘ciencia jurídica’¹¹ y a las prácticas reales de aplicación del derecho. En este último sentido, una ‘ciencia’ que estaría en franca separación de las prácticas y realidades que pretendería ayudar a conocer, a pesar de su ‘pureza’ no podría tener alguna justificación funcional.

⁹ Comanducci, P., *Formas de (neo)constitucionalismo: un análisis metateórico*. En: Miguel Carbonell (Ed.) *Neoconstitucionalismo(s)*, Madrid: Trotta, 2003, p. 88-89.

¹⁰ La coherencia de Kelsen también puede ser confirmada en este punto ya que en su escrito ‘Derogation’ de 1962 afirma que la utilización de un principio como *Lex posterior derogat priori*, criterio hermenéutico tradicional para resolver conflictos de normas, sólo podría fundamentarse si ha sido estatuido en el ordenamiento positivo. Kelsen, H., *Derogatio*, citado por: Losano, M., *Introduzione a la Dottrina pura del Diritto*, *Op. Cit.*, p. LXII

¹¹ Así lo ha puesto de presente el profesor López Medina cuando, refiriéndose a nuestro contexto cultural, muestra la inviabilidad de la aceptación rigurosamente académica de la propuesta de Kelsen. Cfr., el mencionado Capítulo Quinto en su *Op. Cit.* El caso es que el nivel de reelaboración científica de los textos dogmáticos puede ser constatada, si bien en diferentes niveles, tanto en las obras nacionales como extranjeras, logrando mayores intensidades en los países ‘centrales’ de producción jurídica.

2.2 El enfoque prescriptivo de la dogmática jurídica

Si se sostiene la tesis según la cual el saber dogmático es un discurso con pretensión de ‘cientificidad’ o al menos de coherencia y controlabilidad racional, el cual se ocuparía no sólo de la parte descriptiva de las normas vigentes, sino que en el proceso de reconstrucción conceptual del derecho admitiría una instancia *normativa*, se estaría afirmando que aquellos argumentos que le pertenecen de una manera estructural son argumentos jurídicos en sentido estricto. Precisar los alcances del carácter ‘normativo’, de su relevancia para la solución de casos especialmente problemáticos, su utilización como pauta de transformación y modificación del derecho vigente, así como la pregunta por su eventual carácter de ciencia, etc., son problemas que pueden ahora dejarse de lado. Resulta por el momento central que a diferencia del enfoque *descriptivo*, según el cual los argumentos estrictamente jurídicos sólo serían descriptivos, el enfoque *prescriptivo* admitirá, adicionalmente, argumentos normativos.

Dos consecuencias importantes se siguen de aceptar la tesis del carácter prescriptivo de la dogmática. La primera, es que el universo de potenciales argumentos jurídicos en sentido estricto será más amplio que el conformado por aquellos que pueden derivarse de la dogmática descriptiva, ya que los incluye; la segunda, consiste en que los argumentos normativos, a diferencia de los legales (descriptivos), los cuales se verificaban de manera empírica, sólo pueden realizar su comprobación en términos de fundamentación o justificación normativa y, por tanto, implica mayores cargas de sustentación y de consistencia teórica. Este segundo aspecto, muestra la conexión conceptual que existe entre una concepción normativa de la jurisprudencia y los desarrollos de una teoría de la argumentación jurídica racional.

Entonces debemos formular y responder la pregunta: ‘*Cómo pueden ser identificados ciertos argumentos normativos como dogmáticos?*’. Ante la cual sostenemos: *mediante la afirmación de la admisión de tales argumentos o razones como pertenecientes a una dogmática jurídica*. Pero, entonces, ¿cómo puede controlarse la comprobación de dicha admisibilidad? Más aún: ¿Cómo identificar el discurso que lo incluye como dogmático? La respuesta habrá de remitirnos a criterios pragmáticos-institucionales, entendiendo por ellos las condiciones de aceptabilidad y reconocimiento social de un saber dentro de cierto contexto cultural e institucional¹². Antes de profundizar este punto debemos hacer alguna presentación general sobre el debate.

¹² La reflexión epistemológica sobre el derecho debe darle una gran importancia a las dimensiones sociológicas del conocimiento jurídico. El debate tradicional en los textos de teoría del derecho se ha limitado a un diálogo con la teoría de la ciencia en aspectos metodológicos, marginando el aspecto de las implicaciones del reconocimiento social de ese saber y de las condiciones que lo hacen posible. Considero muy útiles, en esta perspectiva, las reflexiones de Berman sobre el origen de la ‘ciencia jurídica occidental’, En: Berman, H. *La formación de la tradición jurídica de occidente*[1983], México: FCE, 1996, pp. 170-176

En la literatura de teoría y filosofía del derecho, cuando se discute el tema de los diferentes saberes jurídicos y se trata el tema de la ‘dogmática jurídica’, se hace referencia a una serie de autores los cuales defienden una concepción normativa de la Jurisprudencia (‘ciencia del derecho’). Además de los ya mencionados como objeto de crítica por parte de los autores de la tesis descriptivista, Ferrajoli o Zagrebelsky¹³, es conveniente traer a colación autores importantes de diferente nivel de influencia, como K. Engisch¹⁴, K. Larenz¹⁵, C. S. Nino¹⁶, R. Alexy¹⁷, entre muchos otros. Alexy, por ejemplo, desarrolla de manera explícita una teoría sobre las tres dimensiones de la dogmática: la *analítica*, la *empírica* y la *normativa*¹⁸.

Estos autores tienen no sólo motivaciones muy diferentes para sostener una tesis normativa (desde una posición ‘conservadora’ que pretenda sostener una jurisprudencia eminentemente valorativa, hasta enfoques ‘críticos y progresistas’ que ven en ella la posibilidad de sostener una dimensión racional y política del conocimiento jurídico), sino que los enfoques filosóficos en que se apoyan y los niveles de desarrollo teórico alcanzado, son muy disímiles entre ellos.

Una posición normativa debe profundizar en dos aspectos: después de (i) estudiar los criterios de pertenencia de un argumento a la dogmática, (ii) debe justificar racionalmente el porqué deben ser utilizados en un debate jurídico y según cuáles reglas. Con relación al primer punto, ya adelantamos que es el contexto específico, si se quiere ‘la comunidad científica’, la que permitirá establecer criterios efectivos. En nuestro caso procederemos a una revisión crítica sobre las variaciones contextuales que necesariamente se ven involucradas en nuestras ‘dogmáticas nacionales’ como un paso necesario pero no suficiente para poder identificar reglas operativas de discusión¹⁹. Ahora, procederemos a analizar el segundo punto, es decir, cuáles

¹³ Con diferencias importantes entre sí, a pesar de ser enemigos teóricos del ‘descriptivismo’: Ferrajoli, L., *Derecho y Razón*, Barcelona: Trotta, y Zagrebelsky, G., *El Derecho dúctil*, Barcelona: Trotta, 1995.

¹⁴ Engisch, K., *Introducción al pensamiento Jurídico* [1956], Madrid: Guadarrama, 1967.

¹⁵ Larenz, *Metodología de la Ciencia del Derecho* [1960], Barcelona: Ariel, 1994.

¹⁶ Nino, C. S., *Introducción al análisis del derecho* [1980], Barcelona: Ariel, 1991.

¹⁷ Además de la ya citada *Teoría de la Argumentación Jurídica*, este autor desarrolla la tesis en una obra que tiene específicas aspiraciones dogmáticas como lo es: *Teoría de los Derechos Fundamentales* [1986], Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 2002 (En adelante: TDF).

¹⁸ “En la tercera dimensión, en la *normativa*, se va más allá de la simple comunicación de aquello que en la dimensión empírica es constatable como derecho positivo válido; se trata de la orientación y crítica de la praxis jurídica, sobre todo de la praxis de la jurisprudencia judicial (...) En gran medida, la dogmática jurídica es el intento de dar una respuesta racionalmente fundamentada a cuestiones valorativas que han quedado pendientes de solución en el material autoritativamente ya dado”. Alexy, TDF, p. 32.

¹⁹ Este es el objetivo, reiteramos, del aspecto tratado en el apartado 4.

son las razones normativas por las cuales sería racionalmente fundado exigir el uso de argumentos dogmáticos en los debates jurídicos y en qué términos. Para esto nos ocuparemos de la tesis de R. Alexy, quien articula dentro de su *Teoría de la Argumentación Jurídica*, unas reglas para la utilización de los argumentos dogmáticos y la justificación de las mismas.

3. EL USO DE ARGUMENTOS DOGMÁTICOS EN LA ARGUMENTACIÓN JURÍDICA

En su *Teoría de la Argumentación Jurídica* Alexy ubica los argumentos dogmáticos, al lado de otros cinco (5) grupos de reglas y formas de argumentos que pueden ser utilizados en la ‘justificación externa’, es decir en la fijación de las premisas normativas o fácticas²⁰. Con relación a lo que este autor entiende por dogmática, leemos: “Si se sigue el uso de las palabras dominante entre los juristas, por ‘dogmática jurídica’ o ‘dogmática del derecho’ hay que entender la ciencia del derecho en su sentido más estricto y propio, *tal como es elaborada realmente* por ellos. Esta ciencia del Derecho en su sentido más estricto y propio es una mezcla de, al menos, tres actividades: (1) la descripción del Derecho vigente, (2) su análisis sistemático y conceptual y (3) la elaboración de propuestas para la solución de casos jurídicos problemáticos. De ello resulta claramente que la dogmática jurídica es una ‘disciplina pluridimensional’ (Subrayas fuera de texto)²¹. Menciona cinco (5) condiciones para considerar dogmático un saber: Es un conjunto de enunciados, no de actividades; enunciados que están relacionados con las normas establecidas y con la jurisprudencia, que forman un todo coherente, de tal manera que los enunciados se forman, fundamentan y comprueban en el marco de una ciencia del derecho que funciona institucionalmente, y que tienen un contenido normativo²². El elemento de la ‘institucionalidad’ de este saber consiste en una considerable “ampliación de la discusión, en cuanto al tiempo y al objeto”²³, ya que se pueden verificar las soluciones pasadas y poner en relación con casos diferentes a los tratados. Debe quedar claro, en todo caso, que el aspecto institucional de cualquier dogmática más allá de hacer referencia al nivel pragmático, es eminentemente contextual y cultural y por lo tanto debe ser objeto de una indagación particular, sin llegar a descartar puntos de confluencia entre los aspectos epistemológicos y sociológicos.

²⁰ Al lado de los argumentos dogmáticos están los interpretativos, jurisprudenciales, empíricos, prácticos generales y jurídicos especiales. Alexy, *Teoría de la Argumentación Jurídica* (En adelante TAJ), p. 223.

²¹ Alexy, TAJ, pp. 240-241.

²² Alexy, TAJ, pp.244-246.

²³ Alexy, TAJ, p. 245.

A partir de la identificación de los ‘enunciados dogmáticos’, establece una clasificación de éstos, dentro de los cuales menciona las definiciones, las ‘teorías’, ‘aquellos enunciados que expresan normas no extraídas de la ley’, ‘descripciones y caracterizaciones de estados de cosas especialmente relevantes para el derecho’ y las formulaciones de principios en cuanto proposiciones de un alto nivel de generalidad. En los casos en los cuales es discutible la corrección o no de uno de estos enunciados, basta con que, a partir del criterio pragmático, se acepte que estos son dogmáticos a partir “de las convicciones existentes de hecho entre los científicos del derecho”²⁴. Dice Dreier que “los límites de legitimidad de la argumentación dogmática se definen menos mediante una metodología consistente que (en mayor medida) mediante el substrato social que sustenta la dogmática, es decir, a través del horizonte de lo que espera y tolera un estamento de juristas profesionales que ha recibido una determinada formación”²⁵.

El punto central de una teoría normativa como la de Alexy, está en la *reglas* acerca del uso de estos argumentos en el contexto de los debates jurídicos. Estas reglas, que se refirieren al reconocimiento y uso de estos argumentos, requieren el paso intermedio de una justificación de las mismas a partir de las *funciones positivas* de la dogmática. Alexy sintetiza seis (6) funciones: la de estabilización, de progreso, descarga, técnica, de control y heurística o de descubrimiento²⁶. Por esto, a partir de la identificación de estas características de la dogmática, se puede dar el paso de formular las tres (3) reglas específicas de su uso al lado de otros tipos de argumentos.

(J10) Todo enunciado dogmático, si es puesto en duda, debe ser fundamentado mediante el empleo, al menos, de un argumento práctico general.

(J11) Todo enunciado dogmático debe poder pasar una comprobación sistemática, tanto en sentido estricto como en un sentido amplio.

(J12) Si son posibles argumentos dogmáticos, deben ser usados.

Estas tres reglas hacen referencia a la posibilidad de fundamentar, en última instancia, los argumentos dogmáticos en un debate racional (J10) y que se den evaluaciones amplias dentro del saber jurídico institucionalizado (J11), lo que permite plantear el ‘deber’ de usar tales argumentos cuando ello sea posible (J12). Queda abierta, en todo caso, la cuestión de cómo ha de ser satisfecha la regla sobre

²⁴ Alexy, TAJ, p. 249.

²⁵ Citado por Alexy, TAJ, p. 249, n.124.

²⁶ Alexy, TAJ, pp. 255-260.

la exigencia de uso de estos argumentos. Para nuestro problema, queda claro que el *criterio de identificación* del argumento será reenviado a la ‘dogmática’ y, por tanto, al eventual ‘consenso’ de los sujetos que la producen y/o utilizan; lo que a su vez depende de la existencia y posibilidad de las dogmáticas²⁷.

Antes de dar el último paso de esta indagación, es conveniente hacer tres afirmaciones sobre los alcances que se dan en el tipo de respuesta a la pregunta por los argumentos dogmáticos desde la perspectiva de la tesis prescriptiva de la dogmática. La primera, se refiere a la situación generada por las dificultades de la respuesta que nos presenta Alexy. Ésta no implica que la situación con relación a la tesis descriptiva sea la misma. Ya hemos afirmado que la tesis descriptiva lleva a resultados insostenibles; a esto debemos agregar que el esfuerzo genérico de establecer tipologías argumentativas y reglas de uso de los mismos implica una reducción de la *discrecionalidad* en la argumentación jurídica. La reducción de los argumentos jurídicos a los legales (si fuese realmente posible) significa que existen menos argumentos jurídicos y menos criterios para controlar los argumentos que efectivamente se usen en los debates judiciales. La tesis descriptiva tiene menos razones para excluir razones no jurídicas que la tesis prescriptiva, así ésta tenga dificultades para concretar criterios específicos de identificación de argumentos (o deba contar con el hecho de aceptar las *variaciones* contextuales de estos criterios, según el lugar en el que se desarrolla la dogmática).

La segunda aseveración hace referencia al importante avance que se logra en la tesis prescriptiva cuando se mira en conjunto la clasificación de argumentos. Las dificultades de adaptar o reconstruir las reglas de la argumentación jurídica a contextos particulares, no implica que al lograr identificar diferentes tipos de argumentos que tienen lugar en los debates jurídicos, no se logre un aumento del control racional de los debates jurídicos. En efecto, el hecho de que los argumentos dogmáticos se puedan utilizar al lado de otros tipos de argumentos que pueden ser identificados (piénsese en los hermenéuticos, los probatorios y los jurisprudenciales) permite un manejo integral y unitario de los procesos de justificación jurídica, lo que influye en sus posibilidades de clarificación y control racional.

En tercer lugar debemos reiterar que los problemas a que responden las teorías son aquellos existentes en los lugares que las han generado contextualmente.

²⁷ Es diferente el criterio de satisfacción de la regla que exige el uso de argumentos dogmáticos, cuando son posibles, del criterio de identificación de un argumento de la dogmática. Mi razonamiento apunta a algo que aunque obvio, parecería legítimo marginar: las dogmáticas pueden tener diferentes niveles de existencia o incluso no existir. La afirmación concreta y particular de cuál sea la situación de las dogmáticas será un *rasgo* de un contexto jurídico-cultural específico.

Nuestro diálogo con elaboraciones teóricas ‘transnacionales’, en el sentido del profesor López Medina²⁸, no puede basarse en exigirles potenciales clarificatorios con relación a problemas para los cuales no fueron estructuradas: el asunto no es sólo adaptar o no una teoría, sino generar discursos cognoscitivos que nos ayuden a *identificar* y a resolver nuestros problemas. El estatuto, reconocimiento, funcionalidad y ‘reglas’ de uso de argumentos jurídicos, están en íntima conexión con las condiciones del saber jurídico en nuestro contexto. Evaluar críticamente una teoría normativa de la argumentación, teniendo en cuenta su contexto de producción, nos puede ayudar a percatarnos de condiciones contextuales que deben ser seriamente consideradas si queremos sostener de manera coherente una tesis normativa en nuestro contexto²⁹.

A continuación, haremos una presentación preliminar de algunos rasgos de la situación de nuestras dogmáticas, a partir de los cuales se puedan enfatizar los criterios que serían deseables para evaluar su desarrollo y su mejor influencia en el sistema social y jurídico.

4. HACIA UNA CARACTERIZACIÓN CONTEXTUAL DE LA PRODUCCIÓN DOGMÁTICA

Cada contexto nacional debe revisar las funciones de sus elaboraciones dogmáticas y las condiciones de su operatividad institucional. Son presupuestos de la elaboración ‘científica’ (según las concepciones epistemológicas que se suscriban) del derecho, la descripción exhaustiva y completa del DPV, la ‘no negabilidad de sus premisas’³⁰ positivas, unas condiciones mínimas de desarrollo teórico y cognoscitivo que permitan una adecuada reestructuración de los materiales del DPV, tanto para su exposición y transmisión académica como para la aplicación judicial, así como un apoyo fructífero para mejorar el trabajo de producción legislativa. Un

²⁸ López Medina, *Op. Cit.*

²⁹ En este sentido es muy iluminadora la posición de Twining, el cual sostiene: “Una pregunta en gran parte inexplorada es precisamente hasta dónde pueden ser generalizadas a través de culturas y tradiciones jurídicas teorías del razonamiento jurídico como las de Aarnio, Alexy, MacCormick o Dworkin. La mayoría de tales teorías afirman o asumen principios universales de lógica y/o principios generales del razonamiento práctico, pero se las desarrolla de manera típica en contextos institucionales más o menos locales, tales como el tribunal superior de un país, el proceso de adjudicación del derecho norteamericano o del Derecho Común”, Twining, W., *El renacimiento de la teoría jurídica general*. En: *Derecho y Globalización*, Bogotá: Siglo del Hombre, 2003, p. 148. Según mi posición las variaciones en el desarrollo de las dogmáticas son una variable contextual relevante.

³⁰ Luhmann, N. *Sistema Jurídico y dogmática Jurídica*, [1974], Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1983, pp. 27-30

buen trabajo dogmático debe caracterizarse por una capacidad para el aprendizaje histórico y para ilustrarse a partir de los desarrollos e investigaciones del derecho comparado, así como una adecuada ilustración empírica, ofrecida por la sociología jurídica, de tal manera que pueda ofrecer una mejor comprensión de las realidades jurídicas y pueda esperar el reconocimiento de su legitimidad en los contextos académico, social y jurídico.

En la situación actual de nuestra tradición legal, lo que podríamos denominar como ‘el paradigma dominante de nuestra cultura jurídica local’, las dogmáticas tienen unas características que limitan y condicionan sus posibilidades de uso. La investigación de cuáles son esos rasgos y de sus implicaciones para el conocimiento y aplicación del derecho y de qué manera puede ser aconsejable su transformación, tiene una gran importancia y afectaría de manera positiva nuestra comprensión y relación con el derecho y llevaría a revisar muchos de los elementos habituales sobre la argumentación jurídica. Presento seis (6) particularidades de nuestras dogmáticas que deben ser tenidas en cuenta al momento de presuponerlas como elementos involucrados en los procesos de discusión jurídica. Podemos constatar en nuestras dogmáticas: (i) insuficiencias en las descripciones del DPV, (ii) negaciones selectivas de premisas del DPV, (iii) heterogeneidad en sus niveles de desarrollo conceptual, (iv) incorporación acrítica de dogmáticas extranjeras, (v) diacronías en sus contenidos descriptivos y (vi) falta de preponderancia y de legitimidad con relación a las fuentes del derecho.

i) ***Insuficiencias en las descripciones del DPV.*** En nuestras dogmáticas existen sectores (‘objetos’) tradicionalmente relegados o marginados de los discursos académicos. Una premisa teórica y metodológica se podría establecer: existe una misma ‘dignidad epistemológica’ de los diferentes sectores que componen la totalidad del DPV. Todo el derecho, y no sólo algunas de sus partes, ha de ser objeto de descripción y reelaboración, no sólo para propósitos de enseñanza, sino para la controlabilidad de la aplicación del derecho en esos sectores. Con esta característica no se quieren negar las diferencias razonables en torno a la pertinencia e importancia diferencial de unos temas con relación a otros, sino la exigencia de justificar abiertamente esas preferencias de desarrollo. En principio debe aceptarse la posibilidad académica y epistemológica de la descripción de la totalidad del DPV, de su potencial descripción enciclopédica, exhaustiva, a partir de la suma de los saberes sectoriales. Sólo la evaluación crítica y argumentada, y empíricamente ilustrada, debería llevar al estudio preferencial de ciertas áreas del derecho positivo y de *la realidad de la conflictividad social*. Este caso, en el cual se niegan sectores del derecho, es extremo, pero puede evidenciarse en los programas habituales y tradicionales de enseñanza del derecho o en las mismas ofertas de especializaciones o en la producción bibliográfica.

Baste solo con enunciar esta situación, sobre la cual pueden y deben realizarse profundizaciones. Existen sectores dogmáticos inercialmente prestigiosos, como por ejemplo áreas del derecho civil, de las obligaciones, o de las sociedades, en comparación con, por ejemplo el derecho de menores o el derecho tributario, etc. Incluso partes que no tienen una clara articulación dogmática en los estudios jurídicos aunque realmente tengan una gran extensión legislativa y gran repercusión social, como la seguridad social.

ii) **Las negaciones selectivas de premisas del DPV.** Este rasgo consiste en la posibilidad de negar, en la mayoría de los casos por la confluencia de motivos ideológicos e inadecuación de las categorías conceptuales, premisas o partes del derecho positivo. A diferencia del aspecto señalado en el numeral anterior, aquí no se trata de la indiferencia científica hacia esa parte del objeto, sino en la *cancelación* de esa parte del objeto. Un caso muy importante se puede detectar en aquellas elaboraciones dogmáticas que se empeñan en no admitir un carácter definitivamente jurídico o definitivamente superior de la Constitución, o los debates en los cuales se niega la legislación internacional o su admisibilidad como derecho positivo (válido como derecho interno de los estados). Podemos incluso hablar, en el caso colombiano, de dogmáticas que tienen *configuraciones preconstitucionales*, ya que la mayor parte de ellas ha tenido un proceso de consolidación ‘institucional’ muy anterior al establecimiento de un Estado Constitucional Social y de Derecho, en 1991. La modificación de la normativa constitucional ha desencadenado una intensa conflictividad entre las ‘concepciones del derecho’, lo que se ha traducido en algunos casos en formas de no actualizar, y por tanto negar, descripciones completas del DPV. Al conllevar el ‘estado constitucional’ modificaciones importantes en la metodología jurídica, que puede chocar con formaciones específicas de algunos juristas, sigue siendo exigible el dar cuenta de ese derecho como un presupuesto no sujeto a la discrecionalidad del sujeto dogmático, sino, más bien, como condición de su integridad científica. No se trata de negar la existencia de genuinas controversias teóricas que son inherentes al debate académico, sino de admitir una regla del debate jurídico que lo diferencia de otros saberes: su adhesión a las premisas de la legislación democrática. El derecho positivo supone victorias políticas, lo que no impide reclamos fundados de los vencidos. Lo que excluye el respeto por el Estado de Derecho es la rememoración nostálgica y militante de jerarquías pasadas o de normatividades ideales bajo el ropaje de la discrepancia académica.

iii) **Heterogeneidad en los niveles de desarrollo conceptual.** Se pueden constatar variaciones de intensidad considerables en las diferentes producciones dogmáticas. Podemos hablar de diversos niveles de ‘intensidad’ en sus aspectos teóricos y conceptuales. A partir del DPV, admitido como premisa, se encuentran desde grados

de desarrollos mínimos hasta algunos máximos de elaboración de contenidos y de conciencia de las metodologías empleadas. En *tres* niveles se pueden detectar claramente las diferencias. Un primer grado, lo denominamos *grado cero* de la dogmática o de *información protodogmática*, en el cual la participación del sujeto científico o académico no cumple ninguna labor relevante de *mediación conceptual* sino de transmisión o incluso de variaciones en la verbalización de los textos positivos. Esto explica la existencia de ‘textos’ o discursos en los cuales se habla de ‘legislación agraria’ o ‘legislación del menor’, cuando se quisiera hacer referencia al ‘derecho agrario’ o al ‘derecho del menor’. En la tradición universitaria local, la práctica de la transmisión del saber (un saber que ya estaría ‘producido’ por el legislador, o por ‘otros’ científicos) fácilmente no supera el sentido etimológicamente riguroso de la *lectio*, de la lectura de los materiales legislados. Sin ironizar, podríamos decir que la función atribuida por Montesquieu al Juez puede ser imputada al profesor de derecho técnico, como *aquel que pronuncia las palabras de la ley y que no puede moderar ni su fuerza ni su rigor*³¹. Esta manera de entender las prácticas académicas, puede asociarse de una manera relevante, con un inmediatez comunicativo, cercano a la ‘oralidad’ que no trasciende desde el escenario del aula de clase a la comunidad del saber sino que allí se realiza y termina. De esta manera se favorece el ‘dictado’, el ejercicio memorístico como fidelidad a la transmisión profesoral o hasta el caso extremo de la prohibición a los estudiantes de consultar códigos, textos de derecho positivo, en exámenes académicos ya que se tornaría superfluo el esfuerzo de retener el ‘saber’ transmitido por el profesor. Un segundo grado, tímido, lo podemos denominar *perifrástico*, ya que sólo establece una reelaboración lingüística de los contenidos de los textos legales y tal vez alguna variación en el orden expositivo. En este nivel se despliega una función eminentemente traslativa del sentido del lenguaje del derecho positivo a otras formas estilísticas, sin descartar que puedan resultar, en algunos casos, elucidatorias de los contenidos normativos. Normalmente las diferencias con la estructura de los textos legales son mínimas desviaciones: el orden de exposición positiva sigue siendo, fundamentalmente, el de la exposición académica. Un tercer nivel, que llamamos *reconstructivo*, se caracteriza por reelaboraciones importantes en materia conceptual (definiciones, clasificaciones, sistematización de teorías sobre puntos polémicos, casuísticas, etc). En este nivel se proponen estructuras expositivas emancipadas de los textos legislados, que contrastan e incluso desafían el orden del legislador. Un punto importante que debemos retener, es que estas dogmáticas no necesariamente representan una exitosa configuración del saber o una alternativa positiva, porque muchas de ellas dependen de la importación acrítica de dogmáticas extranjeras,

³¹ Montesquieu, *El espíritu de las leyes*, [1735], Madrid: Tecnos, 1985, p. 112

como lo expondremos enseguida. El punto, en todo caso relevante, es que los altibajos, los desniveles del desarrollo conceptual de los discursos jurídicos técnicos es excesivo y por tal motivo debe tenerse en cuenta al momento de considerar las razones o argumentos que de ellos se extraen.

iv) **La incorporación acrítica de dogmáticas extranjeras.** En la dogmática más desarrollada puede detectarse un predominio muy fuerte de las elaboraciones dogmáticas extranjeras, las cuales han sido integradas a nuestro contexto académico sin las debidas precauciones. El problema de este modo de recepción consiste en la marginación de la propia realidad y los problemas efectivos que reclaman solución, por la importancia que se le da a la comprensión y correcta interpretación de los textos ‘científicos’. No se hacen esfuerzos por reconstruir la realidad ‘nacional’ de los textos extranjeros, tanto en sus co-textos³² (las disimetrías en el DPV: material legislado y fuentes del derecho) como en el contexto (la realidad social en la cual se produce). No planteamos un juicio negativo acerca de la importancia y necesidad de procesos sistemáticos e incluso institucionales, a partir de las funciones propias de los centros académicos, de asimilación crítica de los productos de las diferentes disciplinas en el nivel internacional. De hecho, la historia de nuestras ideas jurídicas ha sido la historia de esas influencias o de esas adaptaciones. La construcción de una dogmática, presupone el diálogo serio con las experiencias históricas y del derecho comparado. El trabajo académico serio con la dogmática extranjera es una experiencia de derecho comparado. Esto puede explicar en parte que ‘nuestras’ dogmáticas, sobre aspectos importantes para los países productores, son bastante desarrolladas, mientras que las ‘dogmáticas’, sobre problemas jurídicos que nos son exclusivos, son prácticamente inexistentes.

v) **Diacronías entre los contenidos descriptivos de las dogmáticas y el DPV.** Dos realidades confluyen: la aceleración de la producción legislativa y las dificultades propias de la producción dogmática. Existen dos tiempos, dos velocidades: a) el de los ámbitos de producción normativa y b) el de las instituciones académicas o de aquellos que aspiran a un conocimiento jurídico. La manera veloz en que el sistema normativo produce, y la inestabilidad de sus productos, conllevan un incesante proceso de rebasamiento del estudio por parte de su objeto. Ésta es tal vez la situación extradogmática más importante que podemos aducir. Es también una de las más difíciles de resolver. El productor de dogmática debe desarrollar mecanismos, prever estratégicamente la manera en que puede cumplir sus objetivos políticos e institucionales en una situación que es anómala. En un contexto en el cual toda vigencia es efímera, la idea de un *saber jurídico fluidificado* puede

³² López Medina, Diego, *Op. Cit.*

parecer una perplejidad. Pero más allá de la búsqueda de una solución definitiva, que no se presenta como viable, se pueden dar procesos de adaptación, mediante la implementación de dinámicas institucionales más conscientes, como los ‘observatorios’ de legislación, el fomento de destrezas argumentativas, nuevos métodos de acceso a la información, etc. En todo caso, la dinámica del poder político sólo puede ser equilibrada por la crítica académica de la comunidad del saber, si se adapta de manera estratégica a las formas de producción normativa de aquél.

vi) **Falta de preponderancia y de legitimidad de la dogmática con relación a las fuentes del derecho.** En los discursos formales sobre las ‘fuentes del derecho’, no se reconoce el papel efectivamente relevante de las ‘dogmáticas reales’, su función como fuente de provisión de estructuras argumentativas. Aunque la dogmática se puede considerar una ‘fuente real y oculta’ (en el sentido de que permanece marginada por el discurso teórico) de derecho, en ocasiones no tiene el reconocimiento funcional de apoyo a las demás tareas de los sujetos jurídicos, como los profesionales del derecho o los sujetos jurisdiccionales. En el campo específico del Derecho Constitucional en Colombia (posterior a la Constitución de 1991), se puede observar una *situación de subordinación o preponderancia parcial de la jurisprudencia sobre la dogmática*. Porque cuando no existe un saber jurídico configurado y consolidado previamente, no se puede hablar de una relación simétrica entre el ‘pronunciamiento del derecho’ y el ‘conocimiento del mismo’. El conocimiento del derecho se reducirá a la información del derecho legislado y a la aplicación del mismo; pero esta aplicación no podrá apoyarse en la ‘ciencia jurídica’, como fuera deseable para consolidar una de sus funciones sociales. La sustitución en muchos casos, y la subordinación en otros, del saber dogmático por los órganos judiciales, se ha visto en el caso de la Corte Constitucional y de su producción jurisdiccional. Esta institución ha asumido una ‘función pedagógica’ invasiva, de tutoría teórica que, precisamente por no haber sido elaborada por otros sujetos del sistema social del conocimiento (como el universitario), parece desembocar en una preponderancia sustitutiva del conocimiento jurídico en sentido estricto. Esto lleva, adicionalmente, a confundir un objeto de estudio –los pronunciamientos jurisprudenciales– con el conocimiento de ese objeto –el ‘derecho jurisprudencial’ como parte de una dogmática constitucional-. En este ejemplo se ve la preponderancia de la jurisprudencia como en otros la de la legislación, pero ambos casos muestran la ausencia de una adecuada configuración de discursos dogmáticos.

Estas seis características, enunciadas de manera preliminar, tienen como finalidad aportar elementos de reflexión sobre nuestra situación. No son las únicas, o ellas mismas pueden ser discutibles, pero nos muestran la importancia de reflexionar al respecto. Son también una invitación para que en nuestros cursos de teoría del

derecho o de filosofía jurídica, se discuta con detalle sobre la epistemología jurídica, pero a partir de caracterizaciones reales de los discursos existentes en la formación universitaria y en su eventual proyección en el ejercicio profesional.

5. CONCLUSIONES PRELIMINARES

La clarificación de las ‘razones jurídicas’ es un problema importante para una sociedad que tiene como aspiración fundamental tramitar y resolver sus conflictos de acuerdo con el derecho. Pero la preocupación de identificar las razones nos debe llevar, dentro de otros problemas, a enfrentar las condiciones epistemológicas del conocimiento jurídico, para ubicar teóricamente nuestro saber y para tener una mejor comprensión de lo que realmente hacemos. La revisión que hemos realizado del tema de los argumentos dogmáticos, nos ha mostrado –después del planteamiento del problema epistemológico sobre el carácter del conocimiento normativo- dos aspectos que deben ser objeto de reflexión crítica. De una parte, ver la manera en que el tema es tratado dentro de una teoría de la argumentación jurídica, de otra, la necesidad consecuente de examinar las especificidades contextuales de nuestros discursos institucionales sobre el derecho. El ejercicio de descripción preliminar de algunos rasgos contextuales nos permite evaluar críticamente teorías o posiciones normativas de la argumentación jurídica que no tienen una adecuada información empírica, no al menos de los contextos en los cuales serán utilizadas. La exigencia genérica de “argumentar jurídicamente”, a lo cual no es conveniente renunciar, supone el compromiso serio de producción y utilización crítica de los discursos jurídicos acerca de la pertinencia de las intervenciones, a través del derecho, en la realidad de la vida social.