

LA CIENTIFICIDAD DE LA DOGMÁTICA JURÍDICA. SOBRE CARRILLO DE LA ROSA *

por Álvaro Núñez Vaquero **

RESUMEN

En el presente texto discutiré algunas de las tesis de Carrillo de la Rosa acerca de la inoportunidad de continuar preguntándose por la cientificidad de la dogmática jurídica. Aclararé en qué sentido es posible afirmar que la dogmática jurídica es una actividad práctica. Mostraré además cómo los dogmáticos profieren algunos enunciados jurídicos controlables científicamente. Para ello presentaré otras dos funciones de la ciencia jurídica: cognitiva y crítica. Finalmente ofreceré algunas razones sobre por qué es importante preguntarse sobre la cientificidad de la dogmática jurídica.

PALABRAS CLAVE

Razonamiento práctico, enunciados científicos, funciones de la dogmática jurídica, discrecionalidad.

ABSTRACT

This paper focuses on discussion on Carrillo de la Rosa's thesis concerning inopportuneness of the study of scientific of legal dogmatics. For this purpose, I will try to clarify whether legal dogmatics could be considered as a practical activity. At the same time, I will try to explain whether dogmatics makes scientifically controllable statements of law by presenting two functions on legal dogmatics: cognitive and critical. Finally, I will propose various reasons so as to support the meaningful of demanding the scientific consideration of legal dogmatics.

KEY WORDS

Practical reasoning, scientific statements, legal dogmatics functions, discrecionalility.

Introducción

El estatus científico de la dogmática jurídica es y ha sido una cuestión debatida. Sin embargo, en la actualidad la mayoría de la literatura atribuye a ésta una función práctica, negando su carácter científico. En el presente escrito me ocuparé en concreto de algunas tesis de Carrillo sobre la cientificidad de la dogmática jurídica, si bien mis tesis pretenden tener alcance general.

La tesis central de Carrillo de la Rosa es que no tiene demasiado sentido preguntarse por la cientificidad del discurso dogmático, pues ello implica caer en la trampa del positivismo filosófico y jurídico que califica como irracional todo enunciado que no responda al modelo científico de racionalidad, es decir, al binomio empirismo verificacionista-racionalidad analítica instrumental. Según Carrillo, si se quiere salir de la actual encrucijada en la que se encuentra la teoría del derecho, es necesario abandonar la cuestión de la cientificidad y tratar de determinar el papel de la racionalidad práctica dentro del discurso dogmático. En el presente texto intentaré demostrar cómo los dogmáticos profieren enunciados acerca del derecho que pueden ser calificados como científicos. Para ello

* Fecha de recepción: 24 de septiembre de 2008. Fecha de aceptación/publicación: 9 de diciembre de 2008.

** Estudiante del Programa de Doctorado en "Filosofía del diritto e bioetica giuridica" en la Università degli Studi di Genova (Italia). alvaro738@gmail.com

presentaré tres funciones que desarrolla la ciencia jurídica (práctica, cognitiva y crítica) y finalizaré con algunas consideraciones críticas sobre la debatida cuestión de la científicidad del discurso dogmático.

1. Función práctica de la ciencia jurídica

Han sido muchos los autores que en los últimos años, bajo el signo del neoconstitucionalismo¹, han defendido la idea de que la actividad de los dogmáticos es eminentemente práctica. Según Carrillo, la naturaleza práctica de la dogmática se deriva de que ésta se encarga de resolver problemas prácticos². Aunque esta tesis no carece de fundamento, no siempre ha quedado claro qué significa que la ciencia jurídica es una tarea preferentemente práctica. El texto de Carrillo no ayuda demasiado a despejar estas incógnitas, pues califica como igualmente prácticas las tareas de jueces y dogmáticos del derecho.

Comenzaré señalando algunas diferencias entre la actividad de los jueces y la de los dogmáticos o científicos del derecho –que Carrillo presenta bajo un único modelo de racionalidad práctica–, ya que si bien ambas actividades pueden ser efectivamente calificadas como prácticas, no lo son en el mismo sentido. Y ello por las siguientes razones. En primer lugar, mientras que los jueces son órganos autorizados por normas y sus decisiones tienen fuerza vinculante, al menos para las partes, en nuestros ordenamientos es poco frecuente que el sistema jurídico otorgue fuerza jurídica a las opiniones de la dogmática. A saber, los jueces resuelven autoritativamente –con base en el derecho positivo– controversias que se dan en las sociedades, mientras que las opiniones doctrinales no resuelven por sí mismas ningún conflicto ni problema práctico, sino únicamente en cuanto son acogidas por algún tribunal. Esta diferencia, que en un primer momento podría parecer meramente formal, tiene una cierta relevancia. Y ello porque los jueces, al contrario que los dogmáticos, ponen –tomado el poder judicial en su conjunto– punto y final a las controversias entre las partes; es decir, resuelven cuestiones de forma definitiva sin que puedan volver a ser revisadas. En este sentido, la ciencia jurídica no resuelve ningún problema –las partes no dejan de reclamar sus derechos por la publicación de un artículo–, sino que únicamente sugiere soluciones generales a problemas generales.

¹ Sastre Ariza, Santiago, *Ciencia jurídica positivista y neoconstitucionalismo*, McGraw Hill, Madrid, 1999.

² Para demostrar esta tesis Carrillo «De la científicidad a la racionalidad del discurso dogmático jurídico (el puesto de la razón práctica en la dogmática jurídica)», en *Revista Telemática de Filosofía del Derecho*, N° 11, 2007-2008, pp. 339-ss. propone algunos ejemplos históricos. Ahora bien, los argumentos de carácter histórico que propone Carrillo no me parecen demasiado convincentes.

En segundo lugar, las opiniones dogmáticas no tienen la misma naturaleza ni función que las sentencias judiciales porque mientras que los jueces resuelven casos individuales, la dogmática resuelve casos genéricos³. Es decir, los dogmáticos no se ocupan normalmente de determinar si la conducta realizada por una determinada persona en un momento y lugar concretos es lícita o ilícita; los dogmáticos califican deónticamente tipos o clases de acciones determinadas por una serie de características generales y abstractas, no acciones realmente cometidas por algún sujeto en particular. Esto es, los dogmáticos del derecho determinan si una conducta, descrita en términos generales, es obligatoria, permitida o está prohibida por el ordenamiento jurídico, independientemente de quien la haya realizado, e incluso de que ésta se haya o no realizado alguna vez. Los dogmáticos, por tanto, tampoco se encargan de calificar conductas particulares sino que se limitan a calificar, según el ordenamiento, conductas descritas de manera general en el propio ordenamiento.

En tercer lugar, existe una diferencia entre la interpretación operativa⁴, o interpretación en concreto⁵, propia de los operadores jurídicos –incluidos los jueces–, y la interpretación en abstracto o doctrinal de los dogmáticos del derecho. Dicho brevemente: mientras que la interpretación del dogmático consiste en traducir o reformular el lenguaje de las fuentes del derecho, la interpretación en concreto se dirige a calificar jurídicamente una determinada conducta, precisamente aquélla que es sometida a su juicio. Los dos tipos de interpretación tienen un trasfondo común: en ambos casos nos encontramos frente a la atribución de significado de un enunciado legislativo. Ahora bien, mientras que el dogmático realiza dicha operación para exponer el contenido del derecho positivo, y que ello sirva para guiar la decisión judicial –pero también para informar a los ciudadanos y a otros operadores jurídicos sobre el contenido del derecho–, el juez interpreta las fuentes del derecho para subsumir una conducta en el campo de aplicación de una norma.

Me parece importante subrayar que es poco convincente analizar, como hace Carrillo, la actividad de jueces y dogmáticos bajo un único esquema. La dogmática jurídica no es una actividad práctica en el mismo sentido que lo es la actividad de los jueces, pues las opiniones dogmáticas no tienen valor jurídico, no tienen la misma función ni estructura, y se dan algunas importantes diferencias en la

³ Alchourrón, C. y Buligyn, E., *Introducción a la metodología de las ciencias sociales*, Astrea, Buenos Aires, 1987, pp. 58-ss.

⁴ Ferrajoli, L., "Interpretazione dottrinale e interpretazione operativa", en *Rivista Internazionale de Filosofia del Diritto*, XLIII, 1966, pp. 290-304

⁵ Guastini, R., *Distinguiendo*, Gedisa, Barcelona, 2000, p. 204.

interpretación que realizan jueces y dogmáticos. Entonces, ¿en qué sentido la ciencia jurídica es una actividad esencialmente práctica?

La tesis según la cual la ciencia jurídica es una actividad práctica ha sido defendida al menos en tres versiones diferentes. En primer lugar, se ha sostenido, para diferenciarla de las disciplinas científicas, que la ciencia jurídica cumple con una función social práctica. Sin embargo, creo que nadie dudaría en calificar la lógica, las matemáticas, o incluso la botánica o la zoología como ciencias (formales las primeras, naturales las segundas), sin negar por ello que cumplan una función social importante. En segundo lugar, también se ha afirmado, como hace Carrillo, que la ciencia jurídica es una disciplina práctica en cuanto soluciona problemas prácticos, lo que la diferenciaría de las ciencias dedicadas en exclusiva, o preferentemente, a problemas cognoscitivos⁶. Ahora bien, acabamos de ver que la ciencia jurídica no resuelve directamente problemas prácticos pues no soluciona las concretas controversias que se dan en una sociedad, sino que únicamente sugiere soluciones en términos generales. En tercer lugar se ha afirmado, como también hace Carrillo, que la ciencia jurídica es una disciplina práctica en cuanto se rige por un modelo de racionalidad práctica, y en este sentido afirma el autor que la ciencia jurídica tiene por objeto «guiar las deliberaciones en las controversias, facilitar la elaboración y formulación de argumentos»⁷ para la toma de decisiones jurídicas.

Esta última tesis –la ciencia jurídica es práctica en cuanto se rige mediante un modelo de racionalidad práctica, es decir, el modelo de razonamiento que toma en cuenta determinados estados de cosas para determinar qué acciones son debidas– me parece verdadera, pero parcial. Estoy de acuerdo con Carrillo en que la ciencia jurídica es una disciplina que ayuda a guiar las decisiones jurídicas, pero ello no implica que todos los enunciados de la ciencia jurídica se rijan bajo un modelo de razonamiento práctico. Antes bien, como afirmé al inicio del texto, creo que los juristas generan, y en algunos casos presuponen, algunos conocimientos sobre el derecho que pueden ser calificados como científicos⁸. Ello no implica que podamos considerar

⁶ Atienza, M., "Sobre la jurisprudencia como técnica social", *Doxa*, N° 3, 1986, p. 303-304.

⁷ Carrillo, op. cit., p. 339.

⁸ Por "científicos" entiendo enunciados controlables intersubjetivamente, pero cuya verdad no depende del consenso de los miembros de un grupo de personas (suscribo aquí un concepto de verdad como correspondencia, cuyos criterios de verificación son la contrastación empírica y el acuerdo intersubjetivo). Por ejemplo, la verdad de la proposición "La Estatua de la libertad está en Nueva York" es controlable empírica e inter-subjetivamente (cualquiera que pase por allí puede verla) pero su verdad no depende de ningún acuerdo (por mucho que yo, o nosotros, no creamos que está allí, la estatua existe y está situada en aquella ciudad). Del mismo modo, en el plano jurídico, el enunciado "los tribunales españoles consideran que el aborto está permitido en casos de violación", es

que la dogmática jurídica sea *tout court* una disciplina científica, pero sí que es posible controlar científicamente algunos de sus enunciados. Esto es, es cierto que la dogmática jurídica desarrolla algunas importantes funciones basando sus construcciones en modelos de razonamiento práctico (construcción de “teorías”⁹, derivación de normas implícitas¹⁰, análisis de casos concretos, etc.); lo que quiero señalar aquí es que los dogmáticos también generan enunciados que pueden ser calificados como científicos y que se rigen por las reglas de la racionalidad teórica, es decir, se preguntan sobre la verdad de ciertos enunciados con base en constataciones lógicas y/o empíricas.

Este tipo de enunciados pueden ser considerados enunciados existenciales particulares, esto es, enunciados que describen una situación de hecho en un momento y en un lugar determinados¹¹. Para demostrar que los dogmáticos profieren enunciados científicos, o presuponen algún conocimiento científico sobre el derecho, presentaré otras dos funciones desarrolladas por la ciencia jurídica.

2. Función cognitiva de la ciencia jurídica

Carrillo sostiene, por un lado, que a diferencia del científico que «explica o describe fenómenos o descubre una cualidad o una ley escondida en la naturaleza de las cosas», el jurista «interpreta y prescribe, atribuye un sentido o significado a un término, un concepto o regla»¹²; y por el otro, que la actividad dogmática implica el desarrollo de un conocimiento práctico, no científico, pero no por ello

verdadera independientemente de que opinemos que es justo o que la norma que lo permite debería ser considerada inválida. Que ésta sea la doctrina acogida por los tribunales es independiente de que queramos o no reconocerla, calificarla como justa o como la mejor interpretación posible.

⁹ Por “teorías” dogmáticas no debe entenderse aquí la reformulación de las normas del sistema dejando intacta la base normativa, sino las teorías que los dogmáticos construyen con base en ellas –si bien no de manera deductiva– y que permiten a su vez la derivación de nuevas soluciones para casos jurídicos. Véase Lariguet, G., *Dogmática jurídica y aplicación de normas*, Fontamara, México, 2007.

¹⁰ Por normas no expresadas de origen dogmático entiendo las normas derivadas por los dogmáticos que no son interpretación de ningún enunciado del legislador y que no son derivables lógicamente de ninguna norma expresa. Véase Riccardo Guastini, “Componenti cognitive e componenti nomopoietiche nella scienza giuridica”, *Diritto Pubblico*, n° 3, X, 2004.

¹¹ Los autores que defienden que la dogmática es una técnica sostienen que ésta se basa en conocimientos científicos y de otro tipo (no científicos). Ahora bien, no parece que se refieran a estos enunciados existenciales particulares, o no sólo a estos. Véase Ruiz Miguel, A. “La dogmática jurídica ¿ciencia o técnica?”, en *Estudios Jurídicos en Homenaje al Profesor Luis Díez-Picazo*, Vol IV, Civitas, Madrid, 2002. Sin embargo, para las técnicas normalmente existen criterios externos que permiten evaluar sus resultados: para la cirugía, por ejemplo, si se ha solucionado el problema de salud del paciente. El problema es que los criterios para evaluar los resultados de la ciencia jurídica son los mismos que emplea la propia ciencia jurídica para construir sus opiniones.

¹² Carrillo, op. cit., p. 336.

ilegítimo, o incluso más legítimo que el conocimiento científico¹³. Sin embargo, creo que estas afirmaciones son demasiado genéricas y corren el riesgo de desdibujar algunos importantes matices sobre aquello que realmente hacen los juristas. Carrillo olvida, al igual que muchos otros, que algunos enunciados sobre el derecho, básicos en la actividad de los dogmáticos, pueden ser calificados como científicos en un sentido aceptable del término "ciencia" (*supra*, n. 8). En primer lugar, pueden ser calificados como científicos los enunciados que versan sobre las interpretaciones acogidas por la práctica de los tribunales de un sistema jurídico, lo que determina el derecho vigente en un determinado momento.

Los juristas, para determinar el contenido del derecho, pueden optar por dos vías diferentes: a) pueden atribuir significado a los enunciados legislativos, decidiendo cuál es la mejor interpretación posible con base en criterios de racionalidad práctica (o creando una nueva interpretación *ex novo*); b) pueden (re-)conocer qué interpretaciones de los textos legislativos (normas) están vigentes en la comunidad jurídica. Estas actividades tienen naturaleza diferente: la primera, aunque diversa de la actividad de los jueces, es una actividad práctica pues implica elegir entre las diferentes normas que de un enunciado jurídico se pueden derivar; la segunda es una actividad cognitiva pues no implica elegir, sino (re-)conocer las elecciones que otros han realizado con anterioridad. Es cierto que ello no siempre es posible ya que en muchas ocasiones dogmática y jurisprudencia pueden estar divididas sobre una determinada cuestión: en gran cantidad de materias no existe un acuerdo estable en torno a cómo regula el derecho ciertos comportamientos. Pero cuando existe un acuerdo estable acerca del contenido del derecho, es perfectamente posible describir si una determinada conducta está prohibida, permitida o es obligatoria en dicho sistema jurídico y, lo que es más importante, es posible controlar si dicha descripción se corresponde o no con la realidad, es decir, si es verdadera¹⁴.

¹³ Ídem, p. 338.

¹⁴ Para un interesante debate sobre el concepto de verdad adecuado para el derecho véanse Niiniluoto, I. "Sobre la verdad de las proposiciones normativas" y Helin, M., "Sobre la semántica de las oraciones interpretativas en la dogmática jurídica", en *La normatividad del derecho*, (ed. Garzón Valdés, Aarnio, Uusitalo), Gedisa, Barcelona, 1997; Aarnio, A. "On truth and the acceptability of interpretative propositions in legal dogmatics", y Niiniluoto "Norm Proposition Defended", ambos en *Rechtstheorie*, Beiheft n°2, Duncker&Humblot, Berlin, 1981; Ferrajoli, L. "La formación y el uso de los conceptos en la ciencia jurídica", en *Epistemología jurídica y garantismo*, Fontamara, México, 2004; Bulygin, E., "Dogmática jurídica y sistemación del derecho", en Alchourrón y Buligyn, *Análisis lógico y derecho*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1991; Guastini "Eugenio Buligyn y Tecla Mazzaresse. Sobre interpretación y proposiciones normativas", en (ed. Moreso y Redondo) *Un diálogo con la teoría del derecho de Eugenio Buligyn*, Marcial Pons, Barcelona, 2007; Mazzaresse, T., "Proposizione normativa. Interrogativi

Este último tipo de enunciados no se rigen por una pretensión de corrección, sino que pretende generar enunciados verdaderos; es decir, no se pretende determinar cuál es, o habría debido ser, la mejor acción (o decisión) con base en unos determinados valores o normas, sino generar enunciados que se correspondan con los hechos (institucionales) que han acontecido en el mundo. Por ejemplo, cuando el dogmático investiga si la jurisprudencia de los tribunales permite o no la interrupción voluntaria del embarazo en casos de violación en España hoy en día –mediante la lectura de sentencias y de textos de dogmática penal– no está profiriendo un enunciado con base en criterios de corrección, sino que trata de proferir enunciados que se correspondan con la realidad del sistema jurídico. Tal vez el jurista no esté de acuerdo con la doctrina afirmada por un tribunal, con la interpretación que se ha hecho de los textos legislativos, o con cómo se ha resuelto una antinomia, etc., pero ello no modifica el hecho de que los tribunales hayan aceptado una determinada doctrina, que hayan decidido adoptar una determinada solución normativa. Es más, la opinión de algunos dogmáticos puede modificar la interpretación que realizarán los tribunales sobre una determinada cuestión; pero lo que no pueden modificar, de ningún modo, es el hecho de que los tribunales hayan acogido en el pasado una determinada interpretación. Los enunciados que describen qué posición ha sido acogida por los tribunales para una determinada materia pueden ser controlados científicamente.

Es cierto que los dogmáticos pueden influir, e influyen, en el contenido del derecho positivo, surgiendo interpretaciones a la jurisprudencia, o incluso proponiendo nuevas normas al legislador. Ahora bien, no se cómo puede modificar la opinión de un jurista el hecho de que un tribunal haya pronunciado una determinada sentencia. Como veremos en seguida, un jurista puede no estar de acuerdo con la interpretación que de una disposición legislativa hace un tribunal; pero antes de ello, antes de estar en desacuerdo, tiene que saber qué ha fallado el tribunal, qué ha decidido. En este caso, el jurista dogmático no pretende, o al menos no en este primer momento, evaluar bajo criterios de corrección: busca, en primer lugar, conocer, saber qué dice la sentencia¹⁵.

epistemologici e semantici", *Analisi e diritto*, Giappichelli, Turín, 1991; Neumann, U., *La pretensión de verdad en el derecho*, Universidad del Externado de Colombia, Bogotá, 2006.

¹⁵ Es cierto que pueden surgir importantes dificultades a la hora de interpretar sentencias. Sin embargo, no todas las partes de una sentencia tienen la misma naturaleza, y las dificultades que genera su interpretación varían. Véase Chiassoni, P., *La giurisprudenza civile: metodi d'interpretazione e tecniche argomentative*, Giuffrè, Milano, 1999.

Estos enunciados, que versan sobre hechos sociales, fueron el caballo de batalla del realismo jurídico¹⁶. Sin embargo, normalmente fueron presentados como parte de un modelo normativo de ciencia jurídica, esto es, un modelo sobre lo que los juristas deberían hacer. Lo que aquí estoy sosteniendo es, precisamente, que los dogmáticos emiten enunciados de este tipo: analizan hechos sociales para determinar cuáles son las interpretaciones acogidas por los tribunales y por otros científicos del derecho en un determinado momento. Dicho con otras palabras: los juristas no sólo crean buenas soluciones, también encuentran soluciones ya formuladas por otros (dogmáticos y tribunales), y dan cuenta científicamente de ellas.

Esta función cognitiva de la dogmática jurídica ha sido denostada por una parte de la filosofía del derecho contemporánea por aproximarse demasiado al realismo jurídico y a la sociología del derecho¹⁷; según los autores que defienden una función esencialmente práctica de la ciencia jurídica, no sería función de ésta explicar, mostrar o describir el contenido del derecho, sino solucionar problemas prácticos. Ahora bien, me parece que la descripción del derecho vigente cumple con algunas funciones importantes. En primer lugar, desarrolla una importante función didáctica, no sólo para los estudiantes de derecho que se instruyen en las universidades, sino también para los operadores jurídicos en general que no conocen el contenido de una determinada rama del ordenamiento jurídico. En segundo lugar, esta función descriptiva de la ciencia jurídica permite prever con un cierto margen de anterioridad las consecuencias jurídicas de nuestros actos. Dicha posibilidad de prever las consecuencias jurídicas de nuestras acciones es, precisamente, una condición de posibilidad de los actuales estados de derecho¹⁸.

Como ya dije más arriba, buena parte de la teoría jurídica de los últimos años ha descuidado este aspecto en la teoría de la ciencia jurídica. Sin embargo, me parece que ésta es una de las actividades básicas del trabajo de los dogmáticos: conocer qué interpretaciones son acogidas por los tribunales, es decir, conocer el derecho vigente en un determinado momento. Intentemos imaginar por un momento un jurista que se limitara a hacer sus propias interpretaciones de los textos legales, sin preocuparse de contarle al lector qué soluciones normativas son las realmente acogidas por la comunidad jurídica, por los tribunales y por el resto de los dogmáticos. Me parece que es difícil encontrar dogmáticos que no hagan (también) esto. Además, creo que tampoco los calificaríamos como buenos juristas porque, además de analizar si es una "buena decisión" jurídica según los

¹⁶ Ross, Alf, *Sobre el derecho y la justicia*, Eudeba, Buenos Aires, 1994.

¹⁷ Carrillo, op. cit., p. 337.

¹⁸ Cfr. Laporta, F., *El imperio de la ley*, Trotta, Madrid, 2007.

preceptos de la racionalidad práctica, es importante conocer qué normas están aplicando los tribunales. La ciencia jurídica cumple con una importante función cognitiva porque saber si «ejerciendo el derecho a la desobediencia civil, [un sujeto] se arriesga o no a acabar en la cárcel»¹⁹ resulta importante.

3. La función crítica de la ciencia jurídica

La ciencia jurídica desarrolla, además, una función de crítica del derecho válido y/o vigente. Esta función puede desarrollarse desde dos puntos de vista: desde el punto de vista interno al ordenamiento y desde un punto de vista externo²⁰. Dicho brevemente, la crítica desde el punto de vista interno consiste en la crítica del derecho vigente con base en las normas de mayor grado jerárquico del ordenamiento, mientras que la externa consiste en la crítica del derecho válido y/o vigente desde el propio punto de vista del dogmático, desde sus propios valores ético-políticos. Lo que aquí me interesa es este segundo tipo de crítica al ordenamiento jurídico. Pues bien, mi tesis es que esta actividad de crítica externa presupone un conocimiento relativo al derecho que puede ser considerado científico, y ello porque no es posible criticar un enunciado legislativo sin tener algunos conocimientos objetivos sobre qué normas se pueden derivar de aquél.

En concreto, lo que hace el dogmático cuando critica el derecho desde un punto de vista externo es rechazar ética y/o políticamente las interpretaciones que de un enunciado legislativo se pueden derivar; es decir, intenta derivar una norma de dicho enunciado que le parezca válida²¹ jurídicamente al mismo tiempo que aceptable desde su propio punto de vista ético-político; si no consigue hacerlo, critica la disposición del legislador (o al menos puede hacerlo, y los juristas dogmáticos lo hacen con frecuencia). Ahora bien, ello no implica el rechazo de la validez de la disposición legislativa, es decir, rechazar un enunciado legal con base en valores externos al ordenamiento no implica necesariamente poner en discusión la pertenencia al ordenamiento de dicha disposición legislativa ni su compatibilidad con las normas superiores del ordenamiento. Me parece que este punto no necesita mayor prueba: los dogmáticos

¹⁹ Cfr. Bobbio, N., *El futuro de la democracia*, Fondo de Cultura Económica, México, 1992.

²⁰ Ferrajoli, L., "Sobre el papel cívico y político de la ciencia penal en el Estado Constitucional de Derecho", en *Epistemología jurídica y garantismo*, op. cit.

²¹ Determinar la validez jurídica de una norma, ciertamente, puede requerir un razonamiento práctico. Pero del mismo modo que la interpretación, esta actividad puede realizarse desde dos puntos de vista: a) dando cuenta de qué normas acepta la comunidad jurídica como válidas jurídicamente; b) interpretando las normas superiores del ordenamiento y determinando si entre ellas se da algún tipo de contradicción. Ahora bien, tanto en uno como en otro caso es necesario un conocimiento relativo al código interpretativo vigente en la comunidad jurídica.

constantemente critican disposiciones legislativas sin negar por ello siempre su validez jurídica. Pensemos, por ejemplo, en una reforma del código civil que el jurista considera poco conveniente, o incluso contraproducente políticamente, pero no por ello niega validez jurídica a la misma.

Lo que la crítica externa del derecho presupone es el dominio de las diferentes técnicas de interpretación, de los instrumentos para atribuir significado a los enunciados del legislador que forman el código interpretativo. Dicho en términos kelsenianos, lo que hace el jurista cuando critica el derecho es rechazar todas las opciones que le ofrece el marco interpretativo, esto es, toda interpretación posible de la disposición según las técnicas del código interpretativo vigente. Precisamente en este sentido la crítica externa presupone un conocimiento científico sobre el derecho: el dogmático conoce el código interpretativo, es decir, las técnicas interpretativas vigentes en una comunidad jurídica en un determinado momento.

Dicho código interpretativo tiene un carácter consensual - depende de las convenciones internas a la comunidad jurídica- y puede variar con el paso del tiempo. Y, en efecto, en muchos momentos y en muchas materias puede no estar claro si una determinada técnica interpretativa está admitida o no por el código interpretativo. Pero, también aquí, existen muchos casos en los que el código interpretativo es estable, y resulta claro qué tipo de interpretaciones son y no son admitidas. Este conocimiento puede ser calificado como científico pues el código interpretativo, el conjunto de métodos y técnicas interpretativas admitidas en una comunidad, puede ser estudiado como un hecho social: cualquier jurista puede determinar, al menos en los casos en los que el código tiene alguna estabilidad, cuando una norma es o no una interpretación aceptable de un enunciado legal en la comunidad jurídica²². Esto es justamente lo que subyace a la crítica externa: el conocimiento de las técnicas interpretativas disponibles en un determinado momento en la comunidad jurídica.

Precisamente en esto consiste hacer "dogmática jurídica". Nino²³ ha sostenido que los científicos del derecho aceptan

²² En efecto, existe una diferencia entre saber usar un código interpretativo y conocer el código interpretativo, del mismo modo que la gente es capaz de comunicarse pero no siempre es capaz de definir el significado de las palabras que está usando. Ahora bien, los dogmáticos son capaces de determinar cuando la interpretación de una disposición legislativa supera los límites de lo que resulta aceptable según el código interpretativo, lo que presupone al menos un cierto conocimiento –en los casos en los que el código interpretativo es estable– sobre el límite del marco interpretativo.

²³ Nino, C. S. *Consideraciones sobre la dogmática jurídica*, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 1974. Véase también en este sentido Curtis, Ch. y

dogmáticamente el derecho, esto es, "pasiva y acríticamente". Sin embargo, esta tesis no me parece defendible ni como tesis empírica (no es verdad que todos los juristas acepten todas las normas jurídicas) ni como tesis teórica (no es necesario aceptar el derecho para poder describir su contenido). Antes bien, me parece que por aceptación "dogmática del derecho" debe entenderse, precisamente, el compromiso epistemológico por diferenciar el derecho que debe ser del derecho realmente existente, es decir, el compromiso por parte del dogmático de no presentar como jurídicas opiniones personales que cree que no se pueden derivar de las fuentes del derecho; dicho de otro modo, calificar como jurídicas normas que no son producto de la interpretación de ningún texto jurídico ni derivación (lógica o no) a partir de otras normas jurídicas. Y ello sólo es posible si efectivamente se conoce el contenido del código interpretativo.

4. Sobre la cientificidad de la ciencia jurídica

Como se vio más arriba, el dogmático que pretende determinar el contenido del derecho: a) puede interpretar directamente las disposiciones legislativas, atribuyéndolas significado y derivando así normas jurídicas; b) puede (re-)conocer las interpretaciones acogidas en la comunidad jurídica, por jueces y dogmáticos. Coincido con Carrillo en que las operaciones del primer tipo están regidas por la racionalidad práctica. También estoy de acuerdo con el autor en que dicho tipo de razonamiento tiene pretensiones de corrección, no de verdad y, además, en que seguir las reglas del razonamiento práctico no implica llegar a una conclusión «exacta, objetiva y definitiva»²⁴. Pero esta última es, precisamente, la razón por la que es importante no olvidar el debate en torno a la cientificidad del derecho.

Durante mucho tiempo, también hoy, gran parte de la dogmática jurídica ha presentado sus conclusiones sobre el contenido del derecho como las únicas decisiones posibles, correctas, necesarias o, incluso, naturales. La cuestión de la cientificidad es importante precisamente para determinar qué se puede decir objetivamente sobre el derecho, y las "buenas soluciones" sugeridas por los dogmáticos no son precisamente las mejores candidatas. Es decir, además de enunciados existenciales particulares controlables científicamente, los dogmáticos profieren proposiciones sobre el contenido del derecho que implican la elección de una interpretación de los textos legislativos. Ahora bien, la argumentación jurídica puede ser controlada en su desarrollo mediante criterios de racionalidad práctica, pero no la elección ni la ordenación jerárquica de sus premisas, los valores subyacentes que sirven como base del

Bovino, A., (ed. Curtis) "Por una dogmática conscientemente política", en *Desde otra mirada*, Eudeba, Buenos Aires, 2001.

²⁴ Carrillo, op. cit., p. 345.

razonamiento jurídico. Dicho con otras palabras: podemos controlar la justificación formal interna y externa del razonamiento jurídico, pero no la justificación externa²⁵ material (o no completamente), las premisas últimas del razonamiento. En efecto, cuando los dogmáticos construyen sus propias soluciones jurídicas –y no se limitan a reconocer las interpretaciones generadas por otros–, no tienen por qué basar necesariamente sus decisiones en valores no positivizados, al menos en los actuales estados constitucionales; sin embargo, el margen de discrecionalidad en la interpretación y en la ordenación jerárquica de los valores positivizados por el ordenamiento –no jerarquizados en un orden lexicográfico– conceden al dogmático un espacio amplísimo para la formulación de sus opiniones.

Es cierto que actuando sólo con base en criterios de racionalidad científica no podremos generar “buenas soluciones” a problemas jurídicos, sino a lo sumo (re-)conocer las soluciones generadas por otros; en verdad, la racionalidad científica aplicada al derecho permite hacer pocas cosas. Ahora bien, si nos guiamos por criterios de racionalidad práctica podremos derivar, a partir de los enunciados legales, “buenas soluciones jurídicas”, pero no dispondremos de un instrumento suficiente para controlar los resultados; esto es, carecemos de un criterio objetivo que nos permita discriminar entre las diferentes soluciones que superan el test de la racionalidad práctica. Entre dos soluciones racionalmente correctas el dogmático, finalmente, tiene que elegir con base en sus propias valoraciones. Ello no significa que el dogmático deba crear *ex novo* y discrecionalmente (en sentido fortísimo) soluciones jurídicas, pero los estándares de los que dispone son tan amplios, además de no ordenados jerárquicamente, que los márgenes de decisión que tiene son vastísimos²⁶.

Estas operaciones de interpretación de los textos legislativos son, en efecto, de algún modo controlables. Son controlables, en primer lugar, mediante la razón práctica. Aquí coincido con Carrillo, pues la razón práctica funciona como un “filtro” que puede denunciar conclusiones manifiestamente absurdas en el razonamiento jurídico. El problema es que como “filtro” deja pasar demasiadas cosas: precisamente, más de una solución posible para un mismo caso. Y

²⁵ Wroblewski, J., “Il sillogismo giuridico e la razionalità della decisione giudiziale”, en (ed. Comanducci y Guastini), *L'analisi del ragionamento giuridico*, vol. I, Giappichelli, Turín, 1987, pp. 277-298.

²⁶ Sobre la posibilidad de aplicar las convenciones sociales como criterios valorativos con cuya base determinar el contenido del derecho, véase Atienza y Ruiz Manero, *Ilícitos atípicos*, Trotta, 2000, Madrid; Bayón, J. C., “Derecho, convencionalismo y controversia”, en (ed. Navarro y Redondo) *La relevancia del derecho*, Gedisa, Barcelona, 2002; Navarro, P. “La aplicación neutral de los conceptos valorativos”, en (ed. Comanducci y Guastini) *Analisi e diritto*, Giappichelli, Turín, 2007.

ello porque mediante la razón práctica se puede controlar el desarrollo de las premisas del razonamiento jurídico, pero no los valores en los que se funda la elección de éstas premisas. Es decir, podemos controlar la corrección del desarrollo de los argumentos, pero no las premisas últimas en las que se basa el razonamiento: preferencias ético-políticas. Éstas, en última instancia, no son objeto de argumentación, sino únicamente de aceptación o rechazo²⁷. Es por ello que entre dos soluciones jurídicas que superan el test de la racionalidad práctica no es posible argumentar ulteriormente: sólo podemos aceptarlas o rechazarlas.

En segundo lugar, también podemos controlar el razonamiento jurídico mediante el binomio razonamiento lógico deductivo-empirismo verificacionista, al que según Carrillo habría reducido el positivismo la racionalidad. Mediante dicho binomio el jurista puede evitar contradecirse lógicamente en su argumentación, detectar la presencia de lagunas en el ordenamiento, darse cuenta de que está superando el código interpretativo vigente en la comunidad jurídica, etc. En este sentido, el binomio empírico-verificacionista funciona como ciencia auxiliar del razonamiento jurídico controlando, mediante procedimientos científicos, algunos de sus pasos o verificando ciertos hechos relevantes. Pero, como se dijo más arriba, la racionalidad científica no permite construir respuestas jurídicas, sólo controlarlas y/o reconocerlas.

Si no pudiéramos realizar enunciados científicos sobre el derecho, el problema de la cientificidad tendría poca relevancia. Bastaría con decir que la dogmática jurídica no es una disciplina científica. Sin embargo, los enunciados que dan cuenta sobre las interpretaciones acogidas por los tribunales y el conocimiento sobre los criterios de interpretación asumidos en una comunidad jurídica, pueden ser considerados científicos en un sentido aceptable del término (cfr. *supra* n. 8).

5. Conclusión

El debate sobre la cientificidad de la dogmática jurídica –que ha apesadumbrado durante años a los juristas- permite mantener claro cuál es el estatuto epistemológico de la dogmática jurídica. Me parece poco discutible que la racionalidad práctica juega un papel fundamental en las propuestas de soluciones jurídicas de la dogmática. Sin embargo, es importante recordar dos cosas: en primer lugar, la racionalidad práctica ayuda a descartar algunas soluciones, pero como “filtro” de control deja pasar más de una “buena solución” jurídica; entre las diferentes soluciones jurídicas, el dogmático no tiene más remedio que elegir con base en sus propias

²⁷ Bobbio, N., *El tiempo de los derechos*, Sistema, Madrid, 1991, p. 60.

preferencias axiológicas. En segundo lugar, es importante tener claro que algunos enunciados de la ciencia jurídica son controlables científicamente, y mediante éstos podemos dar cuenta del derecho vigente en un determinado momento.

Por tanto, la cuestión de la cientificidad es importante para la dogmática no sólo por una cuestión de prestigio social, o incluso de política de financiación a las disciplinas, sino para saber qué hacen los dogmáticos: cuándo están describiendo las interpretaciones vigentes y cuándo están proponiendo soluciones jurídicas nuevas. No tengo ninguna dificultad en admitir que los juristas *deben* proponer soluciones a problemas prácticos, siempre que no se olvide que también dan cuenta de qué interpretaciones acogen los tribunales y constituyen el derecho vigente. Lo que sí genera problemas es la falta de distinción de los enunciados dogmáticos, es decir, cuando los juristas presentan sus “buenas soluciones” como científicas, necesarias o “la única respuesta correcta”. No sólo es importante generar buenas soluciones jurídicas; también lo es saber qué estamos haciendo cuando las generamos.