



Cinta de moebio

ISSN: 0717-554X

Universidad de Chile. Facultad de Ciencias Sociales.

Alvarez, Luciana

Algunos problemas que caracterizan las prácticas  
contemporáneas de producción de conocimiento jurídico

Cinta de moebio, núm. 60, 2017, pp. 268-278

Universidad de Chile. Facultad de Ciencias Sociales.

DOI: <https://doi.org/10.4067/S0717-554X2017000300268>

Disponible en: <https://www.redalyc.org/articulo.oa?id=10155005002>

- Cómo citar el artículo
- Número completo
- Más información del artículo
- Página de la revista en redalyc.org

UNEM  
redalyc.org

Sistema de Información Científica Redalyc

Red de Revistas Científicas de América Latina y el Caribe, España y Portugal

Proyecto académico sin fines de lucro, desarrollado bajo la iniciativa de acceso  
abierto



# Algunos problemas que caracterizan las prácticas contemporáneas de producción de conocimiento jurídico

SOME PROBLEMS THAT CHARACTERIZE CONTEMPORARY PRACTICES OF PRODUCTION OF LEGAL KNOWLEDGE

**Luciana Alvarez** (lalvarezbauza@gmail.com) Consejo Nacional de Investigaciones Científicas y Técnicas (Buenos Aires, Argentina) ORCID: 0000-0002-5319-2152

## Abstract

We intend to show some problems that characterize practices of production and validation of legal knowledge within juridical science. Unlike what happens in social sciences in general, between legal science and law there is a singular configuration by which the limits on knowledge and the object of knowledge are very uncertain. This singularity allows us to understand why it is so difficult for the jurists to make scientific research rather than mere comments on the law with a strong trend to propose institutional reforms and social interventions. In this paper, we will focus on three obstacles that contribute to explain this singularity on legal science: a lack of reflection about epistemological assumptions, identification between the juridical and positive laws and between positive laws and legal texts, and the hegemony of legal dogma in the paradigm of legal science.

**Key words:** scientific knowledge, legal knowledge, epistemological assumptions, legal dogmatism, legal positivism.

## Resumen

El artículo pretende dar cuenta de algunos de los problemas que caracterizan las prácticas contemporáneas de producción y validación de conocimiento científico en el ámbito de la ciencia jurídica. En general, y a diferencia de lo que sucede en otras áreas disciplinares de las ciencias sociales, entre el derecho y la ciencia jurídica se da una configuración singular según la cual los límites entre conocimiento producido y objeto de conocimiento aparecen ciertamente inestables. Esta singular configuración de la ciencia jurídica permite comprender, entre otros problemas, la dificultad para los juristas de realizar investigaciones científicas propiamente, en lugar de comentarios de doctrina y/o jurisprudencia de marcado sesgo intervencionista, tendientes a proponer reformas interpretativas, legislativas o judiciales. En este trabajo nos abocaremos al análisis de tres obstáculos que condicionan esta singular configuración de la ciencia jurídica: la escasa reflexión sobre los supuestos epistemológicos de la ciencia jurídica, la identificación de lo jurídico con la norma y la reducción de éstas al texto de la ley y la presencia hegemónica de la dogmática jurídica como paradigma o concepción científica.

**Palabras clave:** conocimiento científico, conocimiento jurídico, presupuestos epistemológicos, dogmática jurídica, positivismo jurídico.



## Introducción: de la persuasión a la comprensión en el ámbito de la ciencia jurídica

Uno de los datos relevantes que contribuyen a caracterizar la configuración de la ciencia jurídica es el hecho de que, en términos generales y tal como sugiere Entelman (*Aportes a la formación de una epistemología jurídica*), el discurso de la ciencia y el discurso del derecho -las normas, jurisprudencia, doctrina- cumplen la misma función: conservar y, al mismo tiempo facilitar, los cambios y desarrollos de la cohesión social en una sociedad determinada. Las producciones teóricas de los juristas tienden a validarse en función de su potencialidad para contribuir a la resolución de problemas prácticos. Como señalan Courtis y Bovino (2001) y Vergara Blanco (*Delimitar y distinguir*) se reconoce mayor calidad a las producciones que intentan generar soluciones para cuestiones consideradas problemáticas (contradicciones y lagunas, por ejemplo) y no a aquellas que constituyen simples manuales de estudio y en cuanto tales se limitan a repetir el contenido de las reglas cuyo significado es generalmente aceptado por la comunidad jurídica. Ello confiere a las producciones elaboradas por juristas un fuerte sesgo intervencionista en la medida en que se prioriza en ellas las consecuencias prácticas derivadas de sus enunciados de verdad. La ciencia jurídica, en el marco de prácticas de investigación que hoy podemos caracterizar como tradicionales, aparece como una lectura del derecho que debe coadyuvar a su función de regular e inducir las conductas sociales en un determinado sentido y bajo la estructuración de un orden determinado.

Esta relativa identificación del derecho como sistema normativo y la ciencia jurídica, en tanto reflexión sistemática de conocimiento, respecto de los objetivos de uno y otro, conduce a la justificación de la validez de normas que regulan y condicionan conductas sociales en atención a fines específicos que permanecen habitualmente implícitos, cuando no simplemente ocultos. De esta manera, el discurso científico se anula en sí mismo, puesto que su función debería consistir en brindar elementos que permitan explicar y/o comprender la realidad de lo jurídico y, cuando menos, tornar explícitos los objetivos, o las consecuencias, de determinadas regulaciones sociales.

Desde una mirada crítica, distintos autores contemporáneos han señalado diversos aspectos del funcionamiento del derecho y de la teoría jurídica contemporáneos que hacen observable el modo en que se produce esta identificación entre cuerpo de conocimiento y objeto de estudio. Paul Kahn (2001) propone la necesidad de un análisis de la cultura propia del Estado de Derecho como formación político-jurídica determinada, con la finalidad de liberar a la teoría jurídica de su compromiso con el funcionamiento mismo del Estado de Derecho. De acuerdo con el autor, la disciplina jurídica se encuentra en una situación tal que existe un colapso de la posibilidad analítica de establecer una distinción elemental entre el sujeto y el objeto de estudio: el investigador del derecho se encuentra desde el comienzo comprometido con su funcionamiento, lo que supone necesariamente adscribir a una serie de supuestos que organizan determinado cuerpo de normas vigentes.

En esta línea ha llegado a expresar: “La situación de la investigación jurídica contemporánea es de alguna manera irónica. Estudiando el derecho nos convertimos en parte de él. La consecuencia es que nuestro más profundo compromiso cultural, el compromiso con el Estado de derecho, permanece como uno de los elementos menos explorados (...) somos tan incapaces de estudiar el Estado de derecho como los investigadores del siglo XVIII y XIX lo eran de estudiar el cristianismo” (Kahn 2001:10).

De la misma manera, Duncan Kennedy (2006) en su difundido trabajo “La crítica de los derechos en los *critical legal studies*”, en el que reflexiona sobre la necesidad y posibilidad de ejercer la crítica en el campo jurídico, destaca el hecho de que los derechos –o el discurso de los derechos– funcionan dentro del



proyecto global de la corrección moral burguesa (racional y trascendental) que estructura las formas contemporáneas de patriarcado racista y capitalista a nivel más o menos global en nuestras sociedades contemporáneas. De este modo, Kennedy apunta directamente a los valores que estructuran lo jurídico y problematiza el modo en que los juristas se comprometen livianamente con su funcionamiento. El autor sostiene que el discurso de los derechos es altamente efectivo dentro de la conciencia jurídico-política contemporánea norteamericana, pero extensible a otros contextos socio-políticos en que funciona una apelación fuerte al discurso de los derechos, porque permite definir ese umbral de corrección objetiva, definiendo la frontera entre lo subjetivo (meras preferencias, que pueden corresponder con derechos externos exigibles más allá de encontrarse positivados) y lo objetivo (hechos incontrovertibles, positivos, derechos que han sido reconocidos como tales por la autoridad política y conforme los procedimientos previstos). Esto sería así, de acuerdo con el autor, en la medida en que el discurso de los derechos funciona como mediación entre diversos ámbitos: los derechos son *factoides* en el sentido que median entre los valores y los hechos; y los derechos constitucionales median entre los derechos internos o positivados y los derechos externos. Los derechos externos constituyen los principios jurídicos no positivados. Así, “el razonamiento basado en los derechos, en suma, te permite tener razón respecto a tus juicios de valor, en vez de tener meras ‘preferencias’” (Kennedy 2006:53). La afirmación precedente implica que el discurso de los derechos funciona sin mayores problemas dentro del horizonte simbólico del sistema de explotación y desigualdad patriarcal, racista y capitalista en la medida en que comparte sus supuestos.

De esta manera, lo que el autor sugiere es que tanto las normas como los enunciados jurídicos que conforman el discurso de los derechos no constituyen –de manera alguna– composiciones lingüísticas neutras o vacías de contenidos de valor. Muy por el contrario, el discurso de los derechos funciona en una estructura de sentido que supone la existencia de estándares de corrección moral que tienden a permanecer ocultos. Por ello el autor entiende que resulta polémica la afirmación según la cual es necesario preservarlos de la crítica. Los derechos son fuertemente ideológicos al presentarse como expresión de la objetividad y corrección moral, siendo en realidad la expresión de determinadas concepciones de verdad y moralidad. La crítica de los derechos o un análisis crítico de los derechos, entonces, debería garantizar la posibilidad de hacer explícitos esos estándares de corrección moral históricos y determinados que se expresan a través de la lengua de los derechos. Pero es esto, evidentemente, lo que permanece oculto si como hemos referido entre la ciencia jurídica y el derecho opera una configuración singular que torna inescindibles los fines de uno y otro.

De acuerdo a las perspectivas contemporáneas, en un registro que podemos denominar “concepción actual de ciencia”, el discurso científico, específico de las ciencias sociales, constituye una práctica social institucionalizada tendiente a elucidar y/o comprender aspectos problemáticos y/o desconocidos de la realidad social. Desde este punto de vista, la ciencia jurídica constituye una práctica social institucionalizada que tiene por objeto elucidar y/o comprender aspectos problemáticos o desconocidos de la realidad jurídica o simplemente del derecho. Ahora bien, este parecería ser uno de los problemas fundamentales: ¿Qué entendemos por derecho? ¿Qué entendemos por realidad jurídica? A partir de las diversas respuestas, que a la hora de producir conocimiento jurídico funcionan como presupuestos teóricos, comienzan a delinearse distintas perspectivas de abordaje y sus correlativos problemas de coherencia. Una concepción de lo jurídico estructurada sobre el supuesto de que las normas cristalizan un orden o voluntad trascendente (divino, racional o cual fuere), oculta el hecho de que los textos normativos constituyen, en palabras de Searle (*La construcción de la realidad social*) hechos sociales institucionalizados y que, en cuanto tales, solo expresan un estado de cosas (los conflictos, los acuerdos y las tensiones de los grupos sociales) en un momento y lugar determinados. En este sentido, como expresión de un estado de cosas contingente y determinado, poseen una racionalidad propia, que no



necesariamente se identifica con la racionalidad de la lógica formal. Se trata de una racionalidad no trascendental, sino de un cierto tipo de racionalidad socio-política que organiza relaciones de poder múltiples, cambiantes, dinámicas, no estructurales y en muchos casos impredecibles, respecto de las que se encuentran en elaboración las grillas de análisis capaces de hacerlas inteligibles.

En este sentido, Foucault ha caracterizado a las prácticas judiciales como una de las objetivaciones que han utilizado nuestras sociedades para definir relaciones entre individuos, sociedad y conocimiento. Al comienzo de sus conferencias sobre *La verdad y las formas jurídicas* sostiene que: “Las prácticas judiciales -la manera en que, entre los hombres, se arbitran los daños y las responsabilidades, el modo en que, en la historia de Occidente, se concibió y definió la manera en que podían ser juzgados los hombres en función de los errores que habían cometido, la manera en que se impone a determinados individuos la reparación de algunas de sus acciones y el castigo de otras, todas esas reglas o, si se quiere, todas esas prácticas regulares modificadas sin cesar a lo largo de la historia- creo que son algunas de las formas empleadas por nuestra sociedad para definir tipos de subjetividad, formas de saber y, en consecuencia, relaciones entre el hombre y la verdad que merecen ser estudiadas” (Foucault 1996:9).

En esta línea, el grupo de académicos que fundaron la Escuela Crítica del Derecho de Argentina en el último cuarto del siglo XX, propuso una concepción del derecho como discurso, según la cual éste constituye una práctica social específica en la que están expresados históricamente los conflictos, los acuerdos y las tensiones de los grupos sociales que actúan en una formación social determinada. Y explícitamente Enrique Marí destaca, siguiendo los pasos de Foucault, el hecho de que la verdad a la que se arriba en un proceso judicial “no es una verdad metafísica, no hay verdad ni por descubrimiento de la esencia del sistema ni por des-encubrimiento (aleteia heideggeriana). Tampoco es una verdad verificacionista en el sentido de un enunciado comprobado por ciertos hechos de una base empírica social, ni una verdad por consistencia o coherencia entre un enunciado y el resto del sistema jurídico. Es una verdad producto de una lucha en el seno de una relación conocimiento-poder. Pero de ningún modo constituye una verdad irracional (...) Es, al contrario, una verdad ‘redondamente’ racional. Representa ‘la racionalidad’ de una sociedad en un momento dado de su desarrollo” (Marí 1982:76). Marí permite abrir, a partir de esta constatación, toda una serie de interrogantes en relación a aquello que constituye el derecho y al modo en que se produce conocimiento al interior de ese campo.

Es interesante retomar aquí, algunas consideraciones de Eliseo Verón en torno de la ideología. Desde la perspectiva de la teoría de la discursividad, Verón (*La semiosis social*) sostiene que lo ideológico no solo es intrínseco a todo discurso, en la medida en que como proceso discursivo supone una representación, sino que es necesario para la existencia de conocimiento científico. La ideología, lo ideológico constituye un nivel del discurso. Sin el reconocimiento de la existencia de lo ideológico del discurso no se puede hacer ciencia, en tanto considera que el conocimiento produce mayor efecto de sentido: científicidad, en la medida que es capaz de dar cuenta, exhibir lo ideológico que lo estructura, es decir, las condiciones materiales en que se construye y de algún modo lo sesgan. Si seguimos esta reflexión nos encontramos con que los desarrollos científicos en el ámbito del derecho son marcadamente ideológicos en tanto no dan cuenta de las condiciones en que son producidos, ni tan siquiera de los supuestos sobre los que están organizados. Simplemente, asumen e identifican el punto de vista de la ley, o la norma jurídica, como un punto de vista objetivo e imparcial. Esta operación tiende, además, a reforzar aquella identificación entre derecho y ciencia jurídica que señalamos como problemática.

A partir de esta breve caracterización de la problemática, que involucra a la configuración de la ciencia jurídica a partir de mostrar algunos de los sentidos comunes en torno de aquello que constituye su objeto,



estamos en condiciones de avanzar analíticamente en los obstáculos de la tarea de investigación en el campo del derecho. Entre los elementos que nos parecen destacables en vistas de una problematización de las prácticas contemporáneas del discurso científico (o pretendidamente científico) en relación al derecho, hemos seleccionado: la escasa reflexión sobre los supuestos epistemológicos de la ciencia jurídica; la identificación de lo jurídico con la norma y la reducción de éstas al texto de la ley; la presencia hegemónica de la dogmática jurídica como paradigma o concepción científica. Evidentemente estos factores se encuentran interrelacionados y no constituyen uno causa del otro en forma sucesiva. En gran medida, la escasa reflexión epistemológica en el ámbito jurídico tiende a garantizar el predominio hegemónico de la dogmática jurídica, pero igualmente es esta presencia de la dogmática la que obtura procesos de problematización de los supuestos epistemológicos. De la misma manera, la identificación del derecho con la norma y de esta con el texto de la ley explica la preeminencia de la dogmática, es explicable por ella, y se encuentra a su vez determinada por la falta de reflexión epistemológica en el ámbito de la ciencia jurídica.

### **Escasa reflexión sobre los supuestos epistemológicos de la ciencia jurídica**

Lo primero que deberíamos preguntarnos es cómo los juristas conciben la práctica de investigación que supone la producción de conocimiento jurídico. En general, y salvo honrosas excepciones, se trata de una cuestión raramente interrogada, es decir, los juristas producen conocimiento en relación al derecho sin preguntarse acerca de cómo realizar esa tarea a fin de constituir conocimiento científicamente válido. Y aun en el caso de que esta pregunta acontezca, en general, la respuesta se materializa mediante la puesta en funcionamiento de los presupuestos propios de una concepción de lo jurídico que se hegemonizó, al menos en occidente, a partir del siglo XX: el positivismo jurídico en sus diversas vertientes. En este sentido es paradigmática la obra de Kelsen, específicamente la segunda edición de su *Teoría Pura del Derecho* escrita en 1960, en la que intenta “resolver los problemas fundamentales de una teoría general del derecho de acuerdo con los principios de la pureza metodológica del conocimiento jurídico tratando de determinar, la posición de la ciencia del derecho en el sistema del conocimiento científico” (Tamayo y Salmorán 1982:6). Como desarrollamos más adelante, aun cuando Kelsen pretendía despojar a los enunciados jurídicos (aquellos que tienen por objeto la descripción lógica y sistemática de normas positivas) de toda carga valorativa, con ello no hacía más que validar por omisión la adscripción a una serie de supuestos: orden, sistema, estructura lógica, coherencia, como si ellos existiesen realmente dentro de un conjunto de normas positivas declaradas tales por la autoridad política.

A pesar de que existe una cantidad no despreciable de bibliografía, más o menos actualizada relativa a los métodos para la investigación jurídica, o lo que algunos autores denominan metodología jurídica, estos desarrollos no suponen una reflexión epistemológica en sentido propio.

Este diagnóstico respecto de la escasez, incluso ausencia, de reflexión sobre los presupuestos que sostienen el proceso de elaboración de conocimientos jurídicos, puede comprenderse mejor al reparar en las prácticas mismas de producción de tales conocimientos. Si bien desde una perspectiva crítica, el análisis de la realidad jurídica supone la puesta en funcionamiento de categorías teórico-epistemológicas que “den cuenta de los anclajes del derecho en las formas históricas de la socialidad y las instituciones” (Schilardi 2000:29), desde una perspectiva tradicional la práctica que llevan a cabo los juristas, equiparando la explicación científica a la estructura de la sentencia, apunta a la resolución de problemas prácticos, de interpretación, ambigüedad y/o indeterminación normativa. Lo que en el campo del derecho se reconoce como doctrina, pretende funcionar como guía para los operadores jurídicos encargados de aplicar y hacer



aplicar las normas jurídicas. Esto es así aun en el caso de aquellos que realizan comentarios de doctrina que suponen una elaboración dogmático-jurídica.

De acuerdo con Schilardi, la investigación jurídica se caracteriza por la presencia predominante de lo que la autora denomina “investigación profesional” en relación a la investigación académica. El ámbito de la investigación jurídica, al menos en Argentina, se encuentra atravesado por este sesgo: la mayor cantidad de conocimiento jurídico se produce fuera de las instituciones universitarias y científicas. Se trata de un conocimiento técnico altamente especializado, elaborado por profesionales que se desempeñan como expertos y/o consultores, frente a la demanda proveniente tanto del sector público (poder político) como privado (empresas). Sin desconocer estándares elementales de generalidad, argumentación y contrastabilidad, los resultados de la investigación se validan fundamentalmente en función de su aplicabilidad y consecuencias prácticas. Y es por ello, además, que la agenda de problemas resulta altamente dependiente del mercado editorial que opera a su vez como administrador de temáticas relevantes, decidiendo además “quiénes se ocupen de los distintos problemas y garantizan la difusión de los resultados. Los criterios seguidos para esta selección de autores posibles de publicaciones son básicamente el prestigio académico (...) logrado indudablemente a través del ejercicio de la investigación académica y el prestigio por un ejercicio exitoso de la profesión” (Schilardi 2006:155).

Aun cuando, como sostiene Samaja (*Epistemología y metodología*), las intervenciones profesionales producen o poseen potencial para desarrollar conocimiento científico, no debe perderse de vista que a fin de poder ser caracterizado como tal, el producto derivado de ellas requiere de cierta universalización (cuando menos en el sentido de ofrecer una explicitación de ciertos aspectos estructurales del objeto bajo estudio) y supone, además, haber demostrado que estas regularidades son explicables o comprensibles en el marco de un modelo teórico determinado. Resulta evidente, entonces, que una escasa reflexión epistemológica constituye un problema a la hora de producir conocimiento científico.

Lo que entendemos como problemático es el predominio de la investigación profesional que, con mayor facilidad, tiende a descuidar los aspectos que hacen a la caracterización de científico a un producto de conocimiento determinado, entre ellos: una reflexión mínima respecto de los supuestos teóricos que estructuran el proceso de investigación.

Esta ausencia de reflexión epistemológica resulta problemática a los fines de producir conocimiento científico, en tanto una perspectiva epistemológica crítica requiere, cuando menos y entre otras condiciones, explicitar la perspectiva, siempre y necesariamente parcial y situada, desde la que se pretende comprender algún aspecto de la realidad, especialmente cuando lidiamos con la realidad de lo social que constituimos y nos constituye. Puesto que “todos los ojos, incluidos los nuestros, son sistemas perceptivos activos que construyen traducciones y maneras específicas de ver, es decir, formas de vida. No existen fotografías no mediadas ni cámaras oscuras pasivas en las versiones científicas de cuerpos y máquinas, sino solamente posibilidades visuales altamente específicas, cada una de ellas con una manera parcial, activa y maravillosamente detallada de mundos que se organizan” (Haraway 1991:326).

### **Reducción de lo jurídico al texto de la ley**

La presencia hegemónica de una concepción de lo jurídico que identifica derecho con normas positivas, que hoy podemos considerar tradicional, constituye otro de los ejes problemáticos. Especialmente, porque se trata de un supuesto que funciona implícitamente: es decir, los operadores jurídicos en general, y quienes se ocupan de la producción de conocimiento jurídico en particular, desconocen los supuestos





teóricos sobre los que construyen sus perspectivas o teorías. Desconocen por un lado que trabajan en función de una concepción de lo jurídico que identifica derecho y ley; y del mismo modo desconocen las concepciones antropológicas y sociales sobre las que esta identificación se sostiene. El derecho se asume como una realidad escindida de las múltiples determinaciones de lo social: la dimensión económica, la dimensión política, la dimensión cultural, la dimensión corporal, etc. La circunstancia de que el derecho se agote en las normas estatales que conforman un ordenamiento, en un lugar y momento determinados, no permite siquiera un análisis de los orígenes del Estado como institución fundadora de la ley. El fundamento de esta perspectiva teórica en relación a la ley reside en la pura existencia de un poder ya constituido, tal como extensamente lo ha desarrollado Santos (*La globalización del derecho y crítica de la razón indolente*). El derecho se asume como una instancia de regulación de conductas socialmente relevantes que no requiere explicitar qué entiende por ser humano, sociedad, sujeto, mercado, Estado, relación social, poder, pueblo y una larga lista de etcéteras.

Este sesgo normativista deriva, además, en una carencia de investigación empírica, de tal suerte que los desarrollos que predominan son de tipo teórico-normativo interno: tienden a indagar la naturaleza jurídica de determinadas instituciones, su correspondencia con ordenamientos de jerarquía constitucional e internacional; resolver problemas de lagunas y contradicciones. La realidad de lo jurídico queda reducida a los textos de las leyes y el mundo de interpretaciones posibles y plausibles en función de asegurar la sistematicidad y coherencia del ordenamiento. De esta manera el reduccionismo opera en dos niveles: por un lado, predominan los análisis teóricos y, dentro de ellos, aquellos centrados en la dimensión normativa de la realidad jurídica.

Un análisis específico merece el tratamiento de la jurisprudencia, o resoluciones judiciales, como insumo para la investigación científica. En el caso de fallos judiciales, el carácter contingente y coyuntural de la decisión tomada es mucho más evidente que en el caso de decisiones legislativas, que involucran procesos de deliberación más amplios en los que participan diversos agentes socio-políticos. Ello ha contribuido al desarrollo de la perspectiva de la justicia dialógica y/o deliberativa en sus múltiples manifestaciones, dada la implicancia socio-política de los fallos judiciales, especialmente aquellos emanados de las instancias superiores de justicia. Sin embargo, la utilización de la jurisprudencia como insumo teórico desvanece su carácter empírico: los fundamentos de los resolutivos judiciales tienden a tomarse como verdaderos desarrollos teóricos. Sin desconocer que en muchas ocasiones las sentencias se encuentran suficientemente fundadas y argumentadas en términos de su justificación y son efectivas en términos persuasivos, en la medida en que constituyen intervenciones político-profesionales, la universalización y validación a la luz de un modelo teórico determinado no se encuentran garantizadas. Por ello deberían tomarse mayores recaudos metodológicos a la hora de trabajar teóricamente con jurisprudencia y asumir el carácter fenoménico de los fallos judiciales.

Asumir este carácter fenoménico de la sentencia, evidentemente, supondría que es necesario justificar el recorte o selección de fallos: indicar a qué período se circunscribe el análisis y por qué, a qué tribunal específico corresponden las decisiones seleccionadas y los factores que explican esa elección, cómo se ha conformado y variado la composición del tribunal, entre muchos otros. El trabajo de Sagüés sobre los criterios interpretativos que ha utilizado la Corte Suprema de la Nación Argentina constituye un buen ejemplo. El autor simplemente expresa: “Resulta necesario aclarar al lector que la situación que se va a encarar no es producto de ‘una’ Corte suprema argentina en especial (vale decir, la conformada con una integración real y concreta en un periodo histórico determinado), sino que es patrimonio de muchas de ellas, diseminadas a lo largo del tiempo, aunque en ciertos tramos, naturalmente, la Corte, con jueces diferentes, prefirió emplear más una batería de argumentos interpretativos que otros. La Corte, por cierto,





no ha actuado del mismo modo a todo lo largo de su gestión. El listado de fallos de la Corte Suprema empleados en este artículo no agota la temática. Solamente se han seleccionado algunos pronunciamientos, en particular de los últimos años” (2004:152). El problema en términos de consistencia es que, al finalizar su trabajo, Sagüés pretende dotar de regularidad a sus conclusiones indicando que “un reexamen histórico mostraría que las pautas interpretativas mencionadas fueron surgiendo paulatina, casuística y aluvionalmente, desde tiempo atrás (aunque el panorama se complicó más en las últimas décadas)” (2004:168). Lo que entendemos como problemático es el hecho de hacer derivar, a partir de una muestra no justificada y algo arbitraria en la que no se explicitan siquiera los criterios que han permitido seleccionar unos fallos en detrimento de otros, la conclusión según la cual la utilización de diversos criterios interpretativos habría surgido de manera paulatina. Creemos que mayores recaudos metodológicos hubieran dotado de mayor efecto de cientificidad a los resultados de este trabajo, al que uno de los juristas constitucionales de mayor prestigio académico de Argentina, quien a su vez es licenciado en sociología, destaca como “muy atractivo ya que proveía de buen apoyo empírico a una línea de investigación (...) un buen trabajo descriptivo –me animaría a agregar-, uno de los pocos intentos serios de dar cuenta de las dificultades que aparecen a la hora de interpretar el derecho” (Gargarella 2011:53).

La expresión teórica del doble reduccionismo que señalamos se da a través del positivismo jurídico, que en sus diversas vertientes comparte los presupuestos del monismo jurídico, es decir, comparte la idea de la inexistencia de un orden prescriptivo ajeno al derecho positivo o puesto. Esto último, el derecho normado y válido, constituye la única realidad de lo jurídico. Quedan fuera de toda reflexión las diversas dimensiones de lo social -como totalidad operante- que conforman las condiciones de posibilidad de lo jurídico como tal, no solo las condiciones que contribuyeron a la emergencia de una determinada norma, sino que permiten su vigencia y operatividad. Es decir, quedan fuera del análisis jurídico las racionalidades que operan en una formación social determinada y que condicionan el contenido, sentidos, alcances y posible aplicación de las normas jurídicas.

### **Dogmática jurídica como paradigma hegemónico**

La dogmática jurídica se identifica con una perspectiva teórica que supone, de acuerdo con muchos autores, una aplicación de conceptos y principios lógico-formales, muy elementales, al ámbito de lo jurídico. Esta operación permite una presentación organizada de los contenidos de las normas integrantes de un ordenamiento jurídico que se (pre)asume sistemático. Es decir, la noción de sistema en tanto totalidad integradora de unidades o elementos, caracterizada por su coherencia lógico-formal, ausencia de contradicciones y estructura explicativa de su funcionamiento, constituye el supuesto no cuestionable de la dogmática jurídica. Lo que la dogmática realiza es una sistematización del material normativo compuesto por leyes y jurisprudencia que componen la realidad del derecho. Al suponer la aplicación de la lógica formal al ámbito del derecho, el jurista debe encontrar dentro de un ordenamiento de leyes efectivamente sancionadas en una comunidad determinada, los principios y la forma de su organización que permita, a partir de determinadas reglas de inferencia, determinar la validez e incluso la interpretación válida, de las normas tanto generales (leyes y reglamentos) como particulares (decretos y sentencias).

Si bien se reconoce tributaria del positivismo jurídico y asume la identificación plena del derecho con la ley positiva, la dogmática jurídica avanza en una operación ideológica de mayor complejidad: siendo el sistema jurídico una totalidad basta y coherente, las normas jurídicas que lo componen son válidas, regulan, autorizando o prohibiendo, todas las situaciones fácticas y no entran en contradicción. La cuestión problemática consistiría, en todo caso, en desentrañar su adecuación. A partir de la aplicación de los principios lógico-formales, las conclusiones del razonamiento jurídico se tornan necesarias y únicas,



garantizando con ello la expectativa de seguridad jurídica. Esto es así porque a partir de determinadas normas jurídicas, entendidas éstas como captación o descripción a nivel normativo de la conducta, sería posible establecer relaciones lógico-rationales al interior de un determinado ordenamiento jurídico. Las composiciones lingüísticas que describen esas relaciones lógico-rationales constituyen enunciados jurídicos. En palabras de Kelsen, la ciencia jurídica “describe las normas jurídicas producidas por actos de conducta humana, así como las normas que mediante esos actos son aplicadas y acatadas, y al hacerlo describe las relaciones constituidas mediante esas normas jurídicas entre los hechos por ellas determinados” (1982:84).

La ciencia del derecho, como ciencia normativa, se ocupa de establecer los principios y correlaciones que permitan garantizar la bastedad y sistematicidad de un ordenamiento jurídico determinado, es decir, que el objetivo de la dogmática jurídica es “la construcción científica de un sistema conceptual capaz de dar razón rigurosa de la totalidad de la experiencia jurídica, elaborado a partir del material que ofrecen las reglas positivas” (Zuleta Puceiro 1981:18).

Aun cuando existen apasionadas -no por ello poco meditadas o argumentadas- discrepancias doctrinales, los juristas que hacen dogmática asumen la existencia de un sistema basto y coherente y al hacer esto no describen la realidad de lo jurídico, sino que le imponen un deber ser. En cierta medida este constituye el nudo problemático y paradójico de la dogmática jurídica que organiza el modo en que los juristas producen conocimiento: la ciencia del derecho solo es posible presuponiendo aquello que pretende hallar o investigar (un sistema). Y es por ello que insistentemente quienes producen conocimiento jurídico hacen coincidir su producto con el derecho mismo. Es la misma dogmática la que exige (pre)suponer la existencia de un sistema lógico-rationale que dé sentido -y estabilidad- a la mera voluntad de la autoridad política, siempre histórica, cambiante y contingente. Si según sostiene Kelsen: “Así como el caos de las percepciones sensoriales solo 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 constituye el material dado a la ciencia del derecho, solo se convierte en un sistema unitario y consistente, en un orden jurídico, mediante el conocimiento de la ciencia jurídica” (1982:85).

La dogmática es a las conductas sociales lo que la geometría o matemática a la naturaleza. La voluntad divina trascendental solo ha sido reemplazada, sustituida, por la racionalidad lógica: por ello es entendible que los juristas sean tan incapaces de analizar los presupuestos epistemológicos de la ciencia jurídica como los teólogos de estudiar el cristianismo.

Hemos realizado una presentación esquemática de la dogmática jurídica a fin de mostrar cómo se encuentra organizada a nivel de sus supuestos. Es evidente que existen desarrollos dogmáticos mucho más matizados, pero en ellos continúa operando la misma estructura, según la cual la dogmática permite “reconstruir el sistema legislado, explicando las reglas y los principios que derivan del texto legal, como también estableciendo reglas que completan lagunas, estipulan criterios para resolver conflictos entre normas o restringen o amplían su alcance” (Courtis y Bovino 2001: 187). En un trabajo más reciente Courtis insiste: “La dogmática ha cumplido ese doble papel, identifica el problema y propone soluciones adecuadas rechazando otras, todo partiendo desde el mismo ordenamiento normativo” (2006:107). Es decir, la dogmática busca reglas y principios que organizan el material normativo y para ello presupone que se trata de un sistema basto y coherente. Y ello es así porque la dogmática “tiene una finalidad eminentemente práctica, en el sentido de pretender constituirse como guía para la toma de decisiones” (Courtis 2006:106). Si esta es la finalidad de la dogmática, su función es altamente persuasiva y no



comprensiva o explicativa. Es preciso distinguir acabadamente una investigación científica de una preocupación o pregunta por la mejor solución posible a una situación fáctica determinada, puesto que: “La respuesta a una pregunta de intervención es una acción o un plan de acción; la respuesta a una pregunta de investigación es un conocimiento (que puede ser de utilidad para la toma de decisiones y la acción, pero que en sí mismo no es una acción)” (Ynoub 2011:47).

### **A modo de conclusión: sobre la posibilidad de una dogmática-otra y su estatuto científico**

Si como hemos referido, constituye un problema, o un obstáculo, para producir conocimiento científico el hecho de que la condición de posibilidad de la ciencia jurídica sea presuponer aquello que pretende hallar o investigar, este obstáculo no se salva por el mero hecho de explicitar nuestro relato de lo que la sociedad es o debe ser y hacer consistente una determinada descripción de las normas jurídicas en relación a dicho relato. Una dogmática conscientemente política, como lo proponen Courtis y Bovino en su sugerente artículo “Por una dogmática conscientemente política”, por la sola circunstancia de ser consciente de sus opciones o utopías políticas, no parece salir de las limitaciones propias de la dogmática tradicional en términos de producción de conocimiento. Si el trabajo de esta dogmática supone adecuar las interpretaciones del material normativo disponible a la decisión que se entienda más valiosa (en términos éticos, políticos, económicos, culturales, etc.), aun cuando incorpore a la argumentación para justificar dicha opción elementos no legales, se mantendrá de todos modos dentro de los límites de la intervención o resolución de problemas prácticos, lo que no supone -necesariamente- la producción de conocimiento científico, conforme referimos al problematizar la investigación profesional de los juristas. En este sentido, continuamos en el ámbito de la intervención y la resolución de problemas con la diferencia -nada despreciable- de que se realiza en función de fines que han sido explicitados.

El problema seguirá siendo entonces la reflexión respecto de los supuestos epistemológicos que pone en funcionamiento para producir su discurso, entre los que se cuenta qué se entiende por conocimiento científico. Asumir que ella se organiza a partir de reglas que no se reducen a la solución de problemas netamente prácticos, como lo es la pregunta por la interpretación que mejor se adecua a la solución que entiendo más justa, permite distinguir la ciencia de su aplicación. La finalidad de la teoría jurídica, o la ciencia jurídica, no se reduce a garantizar mayor influencia o materialización a nivel de las prácticas, sino, por el contrario, tiende a dar cuenta de cómo funciona u opera determinado aspecto desconocido de la realidad de lo jurídico y es dentro de la realidad de lo jurídico que las prácticas de diversos operadores forman parte del objeto de conocimiento. Es perfectamente posible -y hasta deseable- que este conocimiento contribuya a la solución de problemas prácticos, pero no es la aplicabilidad, o mayor adhesión, lo que define el carácter científico de una producción discursiva, sino la posibilidad de arribar a conclusiones universales (que posean vigencia más allá de la experiencia situada y concreta) y demostrables (comprensibles a la luz de un modelo o teoría científica).

A partir de aquí, la única posibilidad de hacer ciencia jurídica propiamente involucra la necesidad una profunda reflexión sobre los supuestos epistemológicos de la producción de conocimiento en el ámbito del derecho. El giro que supusieron las escuelas críticas, en sus diversas manifestaciones en Latinoamérica, Estados Unidos y Europa, constituyó el primer gran paso. Son tributarios de estos luminosos desvíos una cantidad de trabajos que ubican el acento en contextos situados y singulares en que se produce conocimiento jurídico, las posibilidades de producir teoría general o particular del derecho, las características de la producción, circulación y consumo de teorías jurídicas, entre otros.



## Bibliografía

Courtis, C. y Bovino, A. 2001. Por una dogmática conscientemente política, pp. 183-222. En: C. Courtis (ed.) *Desde otra mirada. Textos de teoría crítica del derecho*. Buenos Aires: Eudeba.

Courtis, C. 2006. *Observar la ley: ensayos sobre metodología de la investigación jurídica*. Madrid: Trotta.

Foucault, M. 1996. *La verdad y las formas jurídicas*. México: Gedisa.

Gargarella, R. 2011. De la alquimia interpretativa al maltrato constitucional. La interpretación del derecho en manos de la corte suprema argentina, pp. 53-66. En: J. Espinoza de los Monteros y R. Narvaez (coords.) *Interpretación jurídica: modelos históricos y realidades*. México: UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas.

Haraway, D. 1991. *Ciencia, cyborgs y mujeres. La reinención de la naturaleza*. España: Ediciones Cátedra.

Kahn, P. 2001. *El análisis cultural del derecho. Una reconstrucción de los estudios jurídicos*. Barcelona: Gedisa.

Kelsen, H. 1982. *Teoría pura del derecho*. México: UNAM.

Kennedy, D. 2006. La crítica de los derechos en los critical legal studies. *Revista Jurídica de la Universidad de Palermo* 7(1): 47-90. [http://www.palermo.edu/derecho/publicaciones/pdfs/revista\\_juridica/n7N1-Julio2006/071Juridica02.pdf](http://www.palermo.edu/derecho/publicaciones/pdfs/revista_juridica/n7N1-Julio2006/071Juridica02.pdf)

Marí, E. 1982. Moi, Pierre Rivière... y el mito de la uniformidad semántica en las ciencias jurídicas y sociales, pp. 55-81. En: AAVV. *El discurso jurídico*. Buenos Aires: Hachette.

Sagüés, N. 2004. Interpretación constitucional y alquimia constitucional. (El arsenal argumentativo de los tribunales supremos). *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional* 1: 151-170.

Schilardi, M. 2000. *Ciencia y derecho. La investigación jurídica*. Mendoza: EDIUNC.

Schilardi, M. 2006. ¿Hacer derecho o investigar la realidad jurídica?, pp. 147-157. En: R. Gotthelf. *La investigación desde sus protagonistas: senderos y estrategias*. Mendoza: EDIUNC.

Tamayo y Salmorán, R. 1982. Presentación, pp. 5-7. En: H. Kelsen. *Teoría pura del derecho*. México: UNAM.

Ynoub, R. C. 2011. *El proyecto y la metodología de la investigación*. Buenos Aires: Cengage Learning.

Zuleta Puceiro, E. 1981. *Paradigma dogmático y ciencia del derecho*. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado.

Recibido el 23 Mar 2017

Aceptado el 17 Jul 2017