



LA DOGMÁTICA COMO COMENTARIO DE LA LEY*

JULIÁN ANDRÉS MUÑOZ TEJADA**
UNIVERSIDAD DE ANTIOQUIA

Recibido el 2 de mayo y aprobado el 8 de junio de 2007.

Me parece que existe la posibilidad de hacer funcionar la ficción en la verdad; de inducir efectos de verdad con un discurso de ficción, y hacer de tal suerte que el discurso de verdad suscite, “fabrique” algo que no existe todavía, es decir, “ficcione”
Michelt Foucault

RESUMEN

Partiendo de algunos elementos del llamado dispositivo Foucault, en este artículo se muestran los efectos creadores del comentario dogmático y concretamente la forma como éste da lugar a conceptos que, como el dolo eventual, dan cuenta de que la dogmática jurídica en ocasiones no solo interpreta o sistematiza el derecho, sino que también lo crea.

PALABRAS CLAVE

Comentario, dogmática jurídica, comentario dogmático, dispositivo amplificador del discurso, Foucault.

DOGMATIC AS A COMMENTARY ON LAW

ABSTRACT

Starting from some elements of the so called Foucault device, this article shows the creative effects of the dogmatic commentary, and specifically the way it gives

* Artículo bajo la coordinación de los profesores e investigadores de la Universidad de Antioquia Julio González Zapata y Lina Adarve Calle.

** Estudiante de Derecho de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Antioquia.

rise to concepts that, as the eventful misconduct, explain how legal dogmatic not only interprets or systematizes law, but also creates it.

KEY WORDS

Commentary, legal dogmatic, dogmatic commentary, amplifying device of discourse, Foucault.

INTRODUCCIÓN

El *comentario* se inscribe dentro de los procedimientos de control y delimitación del discurso que son ejercidos desde el exterior de éste. Estos procedimientos juegan un papel de suma importancia en el orden del discurso, pues dominan su dimensión de acontecimiento y azar.

El *comentario*, en palabras de Foucault, tiene especial injerencia en textos literarios, religiosos y jurídicos. Lo que se dice al respecto de éstos termina configurando discursos que “están en el origen de cierto número de actos nuevos de palabras que los reanudan, los transforman o hablan de ellos, en resumen, discursos que indefinidamente, más allá de su formulación, son *dichos*, permanecen dichos, y están todavía por decir” (FOUCAULT, 2002: 26).

Dentro de este tipo de discursos en construcción podemos ubicar la Dogmática Jurídica. Esta disciplina en ocasiones, en su ánimo de sistematizar y dar coherencia a algunas disposiciones legales, termina dando alcances insospechados a la norma que dice interpretar. Particularmente por su método, los tres momentos en los que este se desarrolla (interpretación, sistematización y crítica) (VELÁSQUEZ, 2004: 8-10) y la exigencia de rigor que le impone al intérprete, la interpretación de *lege data* es paulatinamente desplazada por la, denominada por los dogmáticos, interpretación de *lege ferenda*, que en la mayoría de los casos “puede dar lugar simultáneamente a tipos de discursos muy diferentes” (FOUCAULT, 2002: 28).

Es frecuente que un mismo inciso, un mismo parágrafo o una misma expresión genere diversas extensiones a la ley a partir de las interpretaciones efectuadas por los doctrinantes. Todos dicen tener la razón y que su interpretación es la que por fin va a desentrañar el *verdadero* sentido de la ley, va a descubrir la voluntad de verdad del legislador. Su comentario, en fin, “no tiene por cometido, cualesquiera que sean las técnicas utilizadas, más que el decir *por fin* lo que estaba articulado silenciosamente *allá lejos*” (*Ibid.*: 29). Su comentario permite decir otra cosa al texto legal pero que supone renovar o actualizar su contenido. Por lo tanto, en este trabajo se entiende por comentario toda aquella extensión del discurso jurídico a partir de las elaboraciones dogmáticas de los doctrinantes.

En tal sentido, la aparición de nuevas instituciones en el discurso jurídico se debe en gran medida a la hermenéutica realizada desde la doctrina y la judicatura tanto en el ámbito del derecho extranjero como nacional. Aunque claro, como sostiene el profesor Diego López (2004: 34-35), el desarrollo de la doctrina nacional se halla determinada, en gran medida, por la adopción de teorías extranjeras. Una situación que podría ser caracterizada como la historia de las *malas lecturas* (LÓPEZ, 2004: 36), toda vez que los procesos de adopción de teorías extranjeras en nuestros sistemas jurídicos implica, necesariamente, transmutación de los conceptos con el fin de darles aplicación en contextos diversos a los de su creación.

Así las cosas, los *comentarios* a la ley suponen una problemática bifronte: una de sus caras nos muestra que algunas de las interpretaciones que efectúa la doctrina altera implícitamente el contenido primigenio del texto legal, o sienta las bases para llevar a cabo posteriores reformas legales en las que se acoge expresamente como ley la interpretación realizada por los dogmáticos. La otra cara, por su parte, nos enseña que las interpretaciones en el seno del derecho nacional son llevadas a cabo con teorías extranjeras, lo cual implica una alteración en dichas teorías al darles aplicación a nuestros problemas.

Ejemplos de dichas teorías las podemos encontrar en instituciones como el dolo eventual. El surgimiento y posterior desarrollo de este concepto (CANGUILGEM, 1983: 187)¹ en el derecho nacional fue sin duda producto de las elaboraciones doctrinarias en teoría del delito. Es decir, aun cuando este concepto no fue objeto de discusiones en el seno de la comisión que discutió y elaboró el proyecto de Código Penal, lo que puede constatarse en las actas que corresponden a dichas reuniones y en el texto definitivo del Código Penal de 1936, no pretendió incorporarse esta figura. Solo a partir del código penal de 1980 se acogió expresamente esta figura en la legislación nacional; ello, por supuesto, no implicó en forma alguna que bajo la vigencia de la anterior codificación se hablara entre los doctrinantes de dolo eventual (SOTOMAYOR & GALLEGU, 1999: 7-8).

Así, pues, en este escrito se mostrará a partir de una figura en concreto (el dolo eventual) cómo la dogmática jurídica antes que actualizar o renovar el discurso jurídico, lo extiende, por lo cual, se intentará develar los efectos amplificadores de la dogmática jurídica cuando ésta se ocupa de “interpretar” la ley. En consecuencia, se hará una breve alusión a las condiciones de emergencia en las cuales se construyó el concepto de dolo eventual, para luego hacer algunas precisiones a modo de conclusión sobre los efectos productores del comentario en dogmática jurídica.

¹ Sobre la formación de conceptos, Canguilhem recalca que para entender un concepto se hace imprescindible conocer su historia. Así, en *Lo normal y lo patológico*, Canguilhem nos muestra cómo estos conceptos (normal y patológico) oscilaron entre consideraciones cuantitativas (norma y promedio) y consideraciones cualitativas (sobre norma y normalidad) para ser diferenciados. “Lo normal no es un concepto estático o pacífico, sino un concepto dinámico y polémico”. (CANGUILHEM, 1983: 187).

1. EL DOLO EVENTUAL: UNA MANIFESTACIÓN DE COMENTARIO A LA LEY PENAL

1.1. CARACTERIZACIÓN DEL DOLO EVENTUAL DESDE LA DOCTRINA

Si uno de los puntos criticados a la dogmática jurídica en este escrito es la sociedad discursiva que genera, sería un desacierto pretender caracterizar un concepto (sobre todo uno tan complejo como el dolo eventual) en términos que solo sean aprehensibles para quien domine los terrenos de la teoría del delito. Por ello, previo a una caracterización de las condiciones de emergencia del dolo eventual en el contexto colombiano, se hará una breve exposición del tema para aproximar a quienes no dominen muy bien sus contenidos.

En este orden de ideas, la teoría del delito (o teoría del hecho punible) es una disciplina que pretende identificar las conductas objeto de reproche jurídico penal a partir de las categorías conceptuales de la tipicidad, la antijuridicidad y la culpabilidad. El delito, visto desde esta perspectiva, se basa en un doble juicio: por un lado, se enjuicia la conducta humana voluntaria a partir de su relevancia jurídico penal en términos no solo de su prohibición penal (tipicidad), sino también de su carácter lesivo para bienes jurídicos (antijuridicidad), con lo cual se configura el llamado injusto penal (conducta típica y antijurídica); por otro lado, se enjuicia al autor de la conducta, pero este reproche no se dirige a su estilo de vida, sino a verificar si sus condiciones mentales suponen o no capacidad de comprensión y determinación de la ilicitud de la conducta realizada (culpabilidad). Con ello, cada uno de estos niveles (porque la teoría del delito nos lo presenta de manera estratificada) contiene, a su vez, otros conceptos.

El dolo, por ejemplo, desde un enfoque causalista de teoría del delito, es presentado como una forma de culpabilidad²; por su parte, un enfoque finalista lo presenta como parte integrante de la tipicidad³. Por supuesto, este no es el espacio para retomar bizantinismos sobre la pertenencia del dolo a la tipicidad o la culpabilidad, solo se está mostrando a grandes rasgos el dolo como concepto. En consecuencia, al margen de cualquier consideración sobre la ubicación sistemática del dolo al interior de un esquema de teoría del delito, se debe aclarar que el dolo (asumiendo

² El dolo como forma de culpabilidad comprende la conciencia de antijuridicidad, es decir, sostener desde un enfoque causalista de teoría del delito que un acto es doloso implica que la persona conocía el carácter antijurídico de dicha conducta, y además quería su realización. Por ejemplo, decir que una persona mató a otra dolosamente supone que el agresor sabía que matar personas está prohibido por la ley, y además estaba conciente de que su acción implicaba un delito.

³ En un enfoque finalista, el dolo es desplazado de la culpabilidad a la tipicidad, con lo cual matar dolosamente a otro sólo da cuenta de un conocimiento sobre los elementos constitutivos del tipo (sujeto activo, sujeto pasivo, conducta e idoneidad de los medios), pero no da conocimiento sobre la ilicitud de la conducta, pues este elemento sigue perteneciendo a la culpabilidad. Por eso se dice que el dolo desde una perspectiva finalista es neutro o avalorado.

que está zanjada la discusión dogmática al respecto) se integra a la tipicidad, y con él se denota, de un lado, querer realizar una acción (matar a alguien), esto es, el componente volitivo, y de otro, saber que la acción que realiza se adecúa a la descripción típica de un delito (homicidio), es decir, el elemento cognitivo.

Así las cosas, el dolo ha sido objeto de categorizaciones por la doctrina, siendo la más común aquella clasificación tripartita que lo divide en: dolo directo, dolo indirecto y dolo eventual. El dolo directo o inmediato se configura cuando la realización del tipo penal ha sido querida directamente por el sujeto activo. El dolo indirecto envuelve los efectos concomitantes vistos como consecuencias necesarias de la acción desplegada por el agente. Por último, en el dolo eventual el agente asume como posible la producción de un resultado típico y su no producción se deja librado al azar (VELÁSQUEZ, 2004: 286-287).

Si bien se atribuye la creación del concepto del dolo eventual a la dogmática alemana (*Ibid.*: 286-288), se pueden encontrar antecedentes del mismo mucho antes, incluso en el pensamiento de Carrara. El maestro italiano explica que la zona de penumbra entre los delitos culposos y dolosos por la ocurrencia de eventos previsibles en la voluntad del agente (pero cuyos efectos no *calculó*) debe asumirse como delitos cometidos dolosamente. “Si cuando se omitió *calcular* todos los efectos posibles del propio acto, se hubiese *previsto* (como posible o como probable) que ese efecto lesivo podría derivarse de ello, se tendría un dolo indeterminado, pero no culpa” (CARRARA, 1983: 82-83).

Empieza entonces a configurarse el dolo eventual como una hibridación entre dolo y culpa, que alcanza a la legislación actual. Así, por ejemplo, Colombia solo incorpora la figura en su legislación tras la expedición del Código Penal de 1980 al decir en su artículo 36 que “la conducta es dolosa cuando el agente conoce el hecho punible y quiere su realización, lo mismo cuando la acepta previéndola al menos como posible”. Del mismo modo, en el Código penal del 2000 se contempla el dolo eventual al decir su artículo 22 que “(...) También será dolosa la conducta cuando la realización de la infracción penal ha sido prevista como probable y su no producción se deja librada al azar”.

Ahora bien, debe advertirse que estas dos codificaciones (Código Penal de 1936 y Código Penal de 1980) no se tomarán como referente para analizar los efectos productores del comentario dogmático sobre la ley, al menos si partimos de la noción de comentario arriba expuesta, esto es, asumiéndolo como una herramienta amplificadora del discurso jurídico. Es decir, si va a demostrarse que el comentario dogmático, por sí mismo, extiende las redes del discurso jurídico, cuando una ley explícitamente prevé un concepto, el comentario efectuado desde la dogmática ve limitada su función creadora y es ésta la que se va a explorar en este trabajo.

Entonces, se excluye del análisis la legislación antedicha porque en ésta el dolo eventual ya aparece consagrado expresamente.

Debe aclararse, por supuesto, que la mera consagración legislativa de un concepto jurídico no supone de ninguna manera uniformidad sobre la manera como es comprendido por la doctrina, pero, en todo caso, delimita el espectro dentro del cual deben moverse los doctrinantes. Es decir, los conceptos jurídicos previstos de manera expresa en la legislación, presuponen límites a la actividad interpretativa de los doctrinantes. En cambio, cuando se crea un concepto y éste no cuenta con expresa consagración legal, en este caso es que hablamos de creación a partir del comentario dogmático.

Por lo tanto, es a partir del Código Penal de 1936 desde donde se emprende el estudio del dolo eventual, pues aun cuando dicho estatuto nada dijo sobre azar y previsibilidad de resultados para asumir una infracción penal como dolosa⁴, ello no fue óbice para que la doctrina colombiana de la época hablara acriticamente de dolo eventual como si la legislación colombiana dependiera más de las leyes y doctrina de los “sitios de producción teórica” (LÓPEZ, 2004: XI) que de la ley positiva expedida por el Congreso (GUZMÁN *et. al.*, 1977: 306)⁵.

El artículo 12 del Código Penal de 1936 (ley 95 de 1936) sostenía que “las infracciones cometidas por personas que no estén comprendidas en la disposición del artículo 29 son *intencionales* o *culposas*” (Texto resaltado fuera de original). Como vemos, en ninguna parte la disposición transcrita menciona alguno de los elementos constitutivos del dolo eventual, esto es, indiferencia sobre la producción del resultado y su efectiva producción. Sin embargo, los siguientes autores lo contemplaron dentro de las elaboraciones dogmáticas que realizaron.

Gaitán Mahecha, por ejemplo, parte de la existencia de seis clases de dolo (directo o determinado, indirecto, eventual, genérico, deliberado y de ímpetu) (GAITÁN, 1963: 159-161) y expone que hay dolo eventual “cuando el resultado previsto es indiferente que se produzca o no para el sujeto, de modo que obra con indiferencia sobre los alcances de su acción” (*Ibid.*: 160).

⁴ No se habla de conducta dolosa, pero sí de delito doloso, por la estructura dogmática causalista que asumían tanto el Código Penal como los doctrinantes, en el sentido de ubicar el dolo en la culpabilidad y no en la tipicidad como sostendría un enfoque finalista.

⁵ En este sentido son valiosas las palabras de Germán Guzmán y Orlando Fals al referirse a la acogida irrestricta que se dio en Colombia a las elaboraciones dogmáticas extranjeras al afirmar que lo malo no es copiar, sino copiar inadecuadamente: “El Código de 1936, fue resultado de un criterio comparativo menos estrecho y subalterno, pues en su elaboración no se tuvo en cuenta un modelo exclusivo, sino la consulta de varios estatutos americanos que desde años anteriores mostraban una correcta operancia. Fue éste, indudablemente, un esfuerzo de nacionalización de nuestro derecho positivo, aunque de reducidas dimensiones. La parte general copia casi íntegro el proyecto de Ferri de 1921, y no armoniza con varias disposiciones de la parte especial, en la que se concretan los determinantes vernáculos”.

Romero Soto, por su parte, luego de hacer una detallada exposición de las variadas clasificaciones de dolo manejadas por la doctrina, concluye que el rasgo diferenciador del dolo eventual radica en que en esta modalidad de dolo el agente no cree en la necesidad del resultado, sino que la considera solamente como posible (ROMERO, 1969: 112-113). “El dolo eventual es, sin duda, la forma más compleja de dolo, ya que en este caso no se trata de la previsión del resultado como único y seguro (caso del directo inmediato), ni como múltiple aunque también seguro (caso del dolo mediato o directo de segundo grado), sino como meramente probable” (*Ibid.*: 114). Así las cosas, Romero Soto, como la mayoría de los doctrinantes, al hablar de dolo eventual entiende agotado el componente volitivo del dolo cuando el agente acepta la producción de un resultado que siendo previsible dejó librado al azar.

En la misma línea, Estrada Vélez (1972), reconociendo la tenue línea divisoria que separa el dolo eventual de la culpa consciente, expone uno de los criterios de los cuales se vale la doctrina para diferenciar ambas figuras, habla del asentimiento. Este criterio diferenciador asume que el agente actúa dolosamente cuando “obra corriendo el riesgo que pueda derivarse de su comportamiento, admitiendo en cierta forma el resultado nocivo que su conducta pueda ocasionar” (ESTRADA, 1972: 207).

Finalmente, y para terminar este primer rastreo sobre parte de la doctrina que trató el dolo eventual antes de su consagración legislativa, tenemos a Reyes Echandía (1972). Este autor sostiene que nos encontramos frente a una situación de dolo eventual “en el caso de que la previsión de un resultado antijurídico, ligado solo eventualmente a otro inequívocamente querido, no detiene al agente en la realización de su propósito inicial” (REYES, 1972: 251).

Como podemos ver, cada uno de los autores expuestos habla del concepto en mención utilizando palabras diversas pero significando todos lo mismo: que existe efectivamente un concepto llamado dolo eventual, cuyo fundamento para el caso colombiano nunca es la ley, sino la doctrina extranjera. Se transcribieron textualmente las palabras de los autores para dar cuenta de que en ningún momento se hace alusión a la ley que se dice interpretar (Artículo 12, Código Penal de 1936). De tal suerte, la doctrina que se ocupó del dolo eventual nunca pretendió interpretar un texto legal, sino dar lugar a un discurso que atendiera las exigencias de la doctrina extranjera, especialmente la alemana e italiana. Es decir, ni siquiera se reanuda o transforma el discurso, se crea en cambio uno nuevo para dar cabida a una sociedad discursiva dentro de lo doméstico, que se ocupe de los mismos problemas de teoría del delito que determinaban la dogmática jurídica de países como Alemania o Italia.



1.2. ACTAS DEL CÓDIGO PENAL DE 1936

En este acápite se analizan las discusiones que tuvieron lugar en el seno de la comisión redactora del Código Penal de 1936. Este punto reviste especial importancia al analizar los efectos productores del comentario dogmático, dado que en dichas discusiones solo se aludió al dolo eventual en el primer período de sesiones (12 de julio de 1934), pero dichos apuntes se hicieron sin ahondar en el concepto o precisar sus alcances. Carlos Lozano y Lozano, al referirse a la distinción entre dolo y culpa, sostuvo “[e]n los casos de culpa no se tiene para nada en cuenta la intención ni la voluntariedad, sino la imprevisión o imprudencia, porque si el acto imprudente se comete voluntariamente, entonces no se encuentra en él el elemento culpa sino el elemento dolo eventual” (REPÚBLICA DE COLOMBIA, MINISTERIO DE GOBIERNO, Tomo II, 1938: 83-84).

Sin embargo, el 14 de septiembre de 1934 (segunda ocasión en que se discutió el asunto) el tema no volvió a tocarse. En efecto, Parmenio Cárdenas, replicando a Rafael Escallón la necesidad de definir el concepto de dolo, sostiene que: “basta que se emplee en el Código la palabra intención, o si se quiere en forma más precisa, la palabra dolo, no es necesario definir más nociones ni agregar nuevos conceptos, porque para los delinquentes normales se considerará como elemento constitutivo de su responsabilidad el dolo, y se dejará a la jurisprudencia y a al doctrina la consideración de los casos en que ésta existe(sic)” (Texto resaltado fuera del original) (REPÚBLICA DE COLOMBIA, MINISTERIO DE GOBIERNO, Tomo I, 1938: 91-92).

Como vemos, ni siquiera en las actas del Código Penal de 1936 se contempló de manera nominal la figura del dolo eventual. Con ello se reafirma la función creadora del comentario dogmático, pues los antecedentes de la figura bajo estudio no los encontramos en el proceso de discusión y creación de la ley penal, sino en las elaboraciones dogmáticas de los doctrinantes que, como se expondrá en el acápite siguiente, se presentan como creadores de derecho.

Además, el doctor Cárdenas apunta algo de especial trascendencia para el estudio que se adelanta. Cuando manifiesta que le corresponde a la doctrina y a la jurisprudencia precisar los terrenos del dolo, se articula una suerte de complicidad entre saber y poder (CASTRO, 2004: 320, 262-271); (FOUCAULT, 1992: 185-200). Las relaciones entre saber y poder suele explicarlas Foucault a partir de los efectos que uno y otro generan entre sí. Así, por ejemplo, el saber genera efectos de poder como en el caso del dolo eventual cuando la dogmática expandió el discurso del derecho penal; pero también a partir del poder se generan efectos de saber, como cuando el derecho penal produce discursos que son objeto de estudio por los doctrinantes. Para estos efectos, la dogmática jurídica puede ser entendida como saber y el derecho penal como ejercicio del poder.

Como sabemos, el comentario es un límite al discurso, y el derecho penal un límite a la libertad, por lo tanto, si el comentario antes que limitar los alcances del derecho penal extiende sus redes, entonces la dogmática jurídico-penal antes que limitar el ejercicio del *ius puniendi* (ZAFARONNI, 2005)⁶ lo que hace es procurar su expansión. Desde esta perspectiva la expansión del discurso supone restricción de libertad, una situación, pues, que dista de parecer insulsa o anodina, puesto que la legitimidad de la dogmática jurídico-penal viene dada, en cierta medida, por su aparente función restrictiva al derecho penal a través de sus enunciados. En este sentido, la paradójica expansión de un discurso (y correlativamente de una forma de ejercer el poder) termina deslegitimando los propósitos de una disciplina como la dogmática jurídica.

2. LA DOGMÁTICA JURÍDICA: UNA EXTENSIÓN DE LA LEY

Como se expuso en los acápites precedentes, a partir de un concepto en concreto (el dolo eventual), se puede entrever que el comentario dogmático en algunos casos, primero, no *explica*, y segundo, no *interpreta*. Por ello, en este apartado se mostrará la manera como la dogmática termina generando toda suerte de extensiones al discurso legal a partir de un dispositivo amplificador del discurso como lo es el comentario.

El comentario dogmático, como se mostró, antes que procurar la actualización o renovación del discurso jurídico, lo que hace es extenderlo. Una extensión determinada fundamentalmente por dos pretensiones. La primera es la necesidad de construir discursos a partir del descubrimiento del *verdadero* sentido de la ley. La segunda es la idea generalizada entre los doctrinantes de que los enunciados dogmáticos trascienden las fronteras del derecho positivo.

2.1. PRIMERA PRETENSIÓN: LA DOGMÁTICA CONSTRUYE VERDADES

Sostener que la dogmática construye verdades tiene un doble significado. Por un lado, da cuenta de que la verdad es solo el resultado de un proceso de construcción. Por otro lado, supone la generación de múltiples discursos y a partir de ahí la coexistencia de distintos discursos calificados como verdaderos.

Hacer dogmática jurídica es ante todo una labor interpretativa, e interpretar es una tarea que, desde el método dogmático, se despliega en tres momentos: interpretación en sentido estricto, sistematización y crítica (VELÁSQUEZ, 2004:

⁶ Según Zafaronni, la función del derecho penal -y con ello de la dogmática jurídico penal- debe propender por la restricción con respecto al ejercicio del poder punitivo.

8-10). Así, pues, la dogmática pretende generar una mayor uniformidad y rigor en la aplicación del derecho.

Los elementos generales del hecho punible que son tratados por la teoría del delito, posibilitan (...) una jurisprudencia racional, objetivamente fundada e igualitaria, contribuyendo así esencialmente a garantizar la seguridad jurídica. Tampoco puede desconocerse el peligro de una Dogmática penal formulada de un modo demasiado abstracto; este riesgo consiste en que el juez se abandone a la automatización de los conceptos teóricos pasando por alto así las especificidades del caso concreto (JESCHECK & WEIGEND, 2002: 210-211).

Pero, según algunos autores, la dogmática cumple otras funciones. Partiendo del supuesto de que el objeto de la dogmática es el derecho positivo y que su metodología se rige por los antedichos postulados de interpretación, sistematización y crítica, Borja Jiménez sostiene que a la dogmática corresponde, así mismo, aportar “al legislador criterios y programas de gran importancia que le guían en la reforma de la ley penal en su tarea de facilitar al máximo la convivencia humana a través de un medido equilibrio de seguridad jurídica de la colectividad y respeto a los derechos humanos” (BORJA, 2003: 32).

Con base en lo anterior, podemos sugerir que la interpretación en dogmática jurídica no es otra cosa que un proceso dispuesto para la producción de verdades. Desde luego, este proceso y su resultado no son algo acabado ni mucho menos inalterable, como sostiene Foucault: “la verdad misma tiene un historia” (FOUCAULT, 1980: 14). Por tanto, “la historia de un concepto no es, en todo y por todo, la su acendramiento progresivo, de su racionalidad sin cesar creciente, de su gradiente abstracción, sino la de sus diversos campos de constitución y de validez, la de sus reglas sucesivas de uso, de los medios teóricos múltiples donde su elaboración se ha realizado y acabado” (FOUCAULT, 2003: 5-6). Es decir, los conceptos dogmático-jurídicos (y el comentario que éstos suponen) son producto de unas necesidades históricas muy específicas; tal es el caso del dolo eventual, que (para el caso colombiano) de una mera elaboración dogmática (en vigencia del Código Penal de 1936) terminó incorporándose al derecho positivo (Códigos penales de 1980 y 2000).

Del mismo modo, como se anotó, la dogmática también genera la coexistencia de distintos discursos verdaderos⁷. Y claro, podría pensarse que de las múltiples

⁷ En estos términos, será *verdadero* todo discurso que al menos en apariencia pretenda interpretar la ley. De este modo, los enunciados de la dogmática serán verdaderos, que no aceptados mayoritariamente, si atienden a ciertos procedimientos de moralidad bibliográfica como las citas de otros autores que compartan su posición y alguna alusión al menos indirecta al texto legal que dicen interpretar.

posturas que se pueden encontrar en la doctrina sobre una misma problemática, al aplicarse la ley a un caso concreto, termina primando una de ellas, dejando de lado la(s) otra(s) postura(s). Sin embargo, la decisión del juez no desautoriza *per se* los postulados dogmáticos contrarios a su decisión; dichos planteamientos siguen siendo verdaderos al menos para quien los elaboró y para algún pequeño sector de la doctrina que, igualmente, disienta de dicha decisión. De tal suerte, la coexistencia de discursos verdaderos a la que se viene aludiendo, se manifiesta en la vigencia que conservan las posturas desestimadas al adoptar una decisión en concreto. En otras palabras, el discurso dogmático no pierde su estatus de verdad por una mera decisión, pues queda la posibilidad de que en otra ocasión su propuesta sea acogida por otro operador jurídico.

En consecuencia, la construcción de verdades en la dogmática jurídica está determinada por dispositivos que no arrojan como resultado *la* verdad, sino *una* verdad, en todo caso válida, si sigue los procedimientos que traza la dogmática para que un enunciado pueda ser considerado como verdadero. En conclusión, la dogmática crea “verdades” e instaura los procedimientos válidos para su creación.

2.2. SEGUNDA PRETENSIÓN: LOS ENUNCIADOS DOGMÁTICOS TRASCIENDEN LAS FRONTERAS TERRITORIALES DE CREACIÓN DEL DERECHO POSITIVO

Esta pretensión se basa en la idea de que los enunciados dogmáticos pueden ser importados y exportados con la única condición de que los sitios de producción y los sitios de recepción conserven identidad en cuanto a la cultura jurídica (LÓPEZ, 2004) que determina la producción normativa en cada uno. Para emplear un ejemplo: los enunciados dogmáticos jurídico-penales producidos en España y Alemania pueden ser recibidos en Colombia, porque dichos países comparten nuestra cultura jurídica; no así los enunciados dogmáticos de un país islámico, pues la cultura jurídica entre éste y Colombia sería diversa.

Así las cosas, el derecho positivo no es, en principio, una barrera para hacer dogmática jurídica. Los enunciados dogmáticos tienen la virtualidad de trascender las fronteras de creación del derecho positivo del sitio donde son producidos. Se puede hacer teoría del delito o del acto administrativo en Alemania, Francia, España o Italia y todas estas elaboraciones serían aplicables en Colombia. Ejemplos de ello, además de lo expuesto para el dolo eventual, podemos verlos en la acogida que han tenido los planteamientos funcionalistas del profesor alemán Günther Jakobs en algún sector de la dogmática nacional. Jakobs sostiene, entre otras cosas, que la función del derecho penal no puede ser la protección de bienes jurídicos (en atención a su carácter reactivo), sino la vigencia de la norma (JAKOBS, 2003: 39-56).

En efecto, al tratar el tema de la actuación preventiva del sistema penal en al jurisprudencia del la Corte Constitucional, Montealegre Lynett y Bernal Cuellar, sostienen que, “[e]n reiterada jurisprudencia de la Corte Constitucional se ha indicado que la Constitución establece una teoría penal soportada sobre el principio de culpabilidad. Por lo mismo, sólo es objeto de reproche penal la conducta que implica desautorización a la *vigencia de la norma* como modelo del contacto social (...)”. (Texto subrayado fuera del original) (BERNAL & MONTEALEGRE, 2004: 140).

Como el anterior, los ejemplos abundan en la dogmática nacional, siendo posible ubicar la misma constante en todos: los enunciados dogmáticos trascienden las fronteras de creación territoriales del derecho positivo. Y claro, ello tal vez le otorgue mayor confiabilidad a la dogmática jurídica y hasta refuerce el mantenimiento de la seguridad jurídica en la aplicación del derecho como uno de sus mayores propósitos. Sin embargo, devela que el comentario dogmático (como se ha sostenido reiteradamente a lo largo de este escrito) no solo interpreta sino que también extiende los alcances de la ley a situaciones que ésta en principio no previó regular.

En este apartado se mostraron las dos pretensiones sobre las que se fundan los efectos del comentario dogmático. Tanto la necesidad de construir discursos a partir del descubrimiento del *verdadero* sentido de la ley, como la idea de que la dogmática trasciende las fronteras de creación del derecho positivo de los sitios de producción y recepción, nos muestran que el comentario dogmático produce ante todo efectos amplificadores del discurso legal. Esta rarefacción del discurso legal tiende a ocultarse tras el rigor científico atribuido al comentario dogmático.

3. APUNTES FINALES

Se pretendió mostrar cómo se generan extensiones a la ley desde el comentario dogmático y a partir de ahí la forma en que se elaboran conceptos (como el dolo eventual), en cuya construcción se da más prelación a las necesidades de actualización del saber dogmático que a las efectivas necesidades de un sistema jurídico determinado.

Así las cosas, se asiste a un relevo de las necesidades en los ordenamientos jurídicos, donde la creación o desarrollo de un concepto se suele determinar por el esnobismo intelectual de los doctrinantes, quienes en su afán de actualizar y renovar los contenidos del saber dogmático importan o trasladan discursos provenientes del extranjero. Esta actualización del saber dogmático supuso una extensión del discurso legal a partir de la incorporación en nuestro ordenamiento jurídico de conceptos provenientes de las elaboraciones dogmáticas extranjeras (como por

ejemplo el dolo eventual).

De este modo, es posible develar con Foucault los efectos productores del comentario dogmático a partir de un procedimiento de control y delimitación del discurso en concreto. Un dispositivo cuyo cometido no es otro que:

decir por primera vez aquello que sin embargo había sido ya dicho. El cabrilleo indefinido de los comentarios es activado desde el interior por el sueño de una repetición enmascarada: en su horizonte, no hay quizá nada más que lo que era su punto de partida, la simple recitación. El comentario conjura el azar del discurso al tenerlo en cuenta: permite decir otra cosa aparte del texto mismo, pero con la condición de que sea ese mismo texto el que se diga, y en cierta forma, el que se realice. La multiplicidad abierta y el azar son transferidos, por el principio del comentario, de aquello que podría ser dicho, sobre el número, la forma, la máscara, la circunstancia de la repetición. Lo nuevo no está en lo que se dice, sino en el acontecimiento de su retorno (FOUCAULT, 2002: 29).

El comentario a textos jurídicos desde esta perspectiva supone una suerte de labor exegética donde al operador jurídico le está vedada la posibilidad de interpretar la ley (BECCARIA, 2000: 13-14)⁸. De este modo se puede concluir que: de un lado, el comentario en Foucault es un límite restrictivo, esto es, controla y delimita el discurso a partir de una dinámica de retorno constante, donde un enunciado sólo puede estar en la verdad si reproduce el texto comentado. De otro lado, si el comentario domina la dimensión azarosa del discurso a partir de una dinámica de eterno retorno al texto comentado, entonces el comentario dogmático, tal como se presentó en este escrito, constituye en definitiva extensiones y límites pero basado en otros presupuestos.

El comentario dogmático no pretende reproducir el texto legal que interpreta, por el contrario, lo que persigue es expandir su objeto y crear conceptos. Dicha pretensión está amparada en cierto privilegio del sujeto que se han conferido los doctrinantes, una prerrogativa fundada sobre la base de sociedades discursivas bien definidas. En otras palabras, se ha consolidado la creencia de que solo quien hace dogmática es capaz de interpretar la ley. Se dice que la dogmática jurídica suscita la generación de una sociedad discursiva porque se apropia del discurso

⁸ En tal sentido Beccaria, como digno representante de la tradición iluminista, sostenía que el juez al aplicar la ley debe limitarse a la realización de un silogismo: “En todo delito debe hacerse el juez un silogismo perfecto; la premisa mayor deber ser la ley general; la menor, la acción conforme o no a la ley, y la consecuencia, la libertad o la pena. Cuando el juez se vea constreñido, o quiera hacer, aunque no sea más que dos silogismos, se abre la puerta de la incertidumbre” (BECCARIA, 2000: 13-14).

jurídico y sujeta su producción y reproducción a dinámicas de exclusión donde el número de quienes la integran es reducido (FOUCAULT, 2002: 43).

Se podría objetar a lo anterior que el texto de las leyes puede ser consultado por quien sea, y ello es cierto, pero aun cuando cualquier individuo verifique o consulte el contenido de una norma, no puede crear discursos, construir verdades y crear derecho como sí lo hace la dogmática jurídica con sus comentarios. Desde esta perspectiva se pueden encontrar diferencias entre el comentario (como lo plantea Foucault) y el comentario dogmático como se llamó en este trabajo a las extensiones legales que suponen las elaboraciones dogmáticas de los doctrinantes; aquel limita, mientras que este último extiende. Limitaciones y extensiones alentadas en uno y otro caso por motivaciones disímiles. En el comentario foucaultiano se pretende repetir y en el comentario dogmático la intención es ampliar los alcances del texto interpretado. Por lo tanto, ¿no cabría pensar que el comentario dogmático es en efecto un dispositivo distinto al comentario propio del dispositivo Foucault, y en esa medida otro procedimiento de control discursivo?

BIBLIOGRAFÍA

- BECCARIA, Cesare. (2000). *De los delitos y de las penas*. Bogotá: Temis.
- BERNAL CUÉLLAR, Jaime & MONTEALEGRE LYNETT, Eduardo. (2004). *El proceso penal, fundamentos constitucionales del nuevo sistema penal acusatorio*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia. Tomo I.
- BORJA JIMÉNEZ, Emiliano. (2003). *Curso de política criminal*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- CANGUILHEM, Georges. (1983). *Lo normal y lo patológico*. México: Siglo XXI.
- CARRARA, Francesco. (1983). *Programa de derecho criminal*. Bogotá: Temis. Vol I.
- CASTRO, Edgardo. (2004). *El vocabulario de Michel Foucault, un recorrido alfabético por sus temas, conceptos y autores*. Quilmes: Universidad Nacional de Quilmes.
- ESTRADA VÉLEZ, Federico. (1972). *Manual de Derecho Penal*. Medellín: Colección Pequeño Foro.
- FOUCAULT, Michelt. (1980). *La verdad y las formas jurídicas*. Barcelona: Gedisa.
- _____. (1992). "Verdad y poder". En: *Microfísica del poder*. Madrid: Ediciones de la Piqueta.
- _____. (2002). *El orden del discurso*. Madrid: Tusquets.
- _____. (2003). *Arqueología del saber*. Buenos Aires: Siglo XXI.
- GAITÁN MAHECHA, Bernardo. (1963). *Curso de derecho penal general*. Bogotá: Ediciones Lerner.
- GUZMÁN CAMPOS, Germán; FALS BORDA, Orlando; UMAÑA LUNA,

- Eduardo. (1977). *La violencia en Colombia, estudio de un proceso social*. Bogotá: Editorial Punta de Lanza. Tomo I.
- JAKOBS, Günther. (2003). “¿Qué protege el derecho penal: bienes jurídicos o la vigencia de la norma?”. En: *El funcionalismo en derecho penal*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia. Tomo I,
- JESCHECK, Hans-Heinrich & WEIGEND, Thomas. (2002). *Tratado de derecho penal, parte general*. Granada.
- LÓPEZ MEDINA, Diego Eduardo. (2004). *Teoría impura del derecho. La Transformación de la Cultura Jurídica Latinoamericana*. Colombia: LEGIS.
- REPÚBLICA DE COLOMBIA-MINISTERIO DE GOBIERNO. (1938). *Trabajos preparatorios del Nuevo Código Penal, actas de la comisión de asuntos penales y penitenciarios*. Bogotá: Imprenta Nacional. Tomo I, parte general.
- REPÚBLICA DE COLOMBIA-MINISTERIO DE GOBIERNO. (1938). *Trabajos preparatorios del Nuevo Código Penal, actas de la comisión de asuntos penales y penitenciarios*. Bogotá: Imprenta Nacional. Tomo II, parte general.
- REYES ECHANDÍA, Alfonso. (1972). *Derecho penal, parte general*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- ROMERO SOTO, Luís Enrique. (1969). *Derecho penal*. Bogotá: Temis. Vol. II.
- SOTOMAYOR ACOSTA, Juan Oberto & GALLEGO GARCÍA, Gloria María. (1999). “El dolo eventual en el Código Penal colombiano: entre limitaciones dogmáticas y exigencias político-criminales”. En: *Nuevo Foro Penal. N° 60*, Revista del Centro de Estudios Penales de la Universidad de Antioquia, Bogotá: Temis.
- VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, Fernando. (2004). *Manual de Derecho Penal*. Bogotá: Temis.
- ZAFARONNI, Eugenio Raúl. *La lógica del carnicero*. En: <http://www.derechopenalonline.com/index.php?id=13,135,0,0,1,0> (consultado el 5 de agosto de 2005).