ISSN — 0716 — 7881

ANUARIO DE FILOSOFIA JURIDICA Y SOCIAL

1991

DERECHO Y POLITICA

SOCIEDAD CHILENA
DE FILOSOFIA JURIDICA Y SOCIAL

ANUARIO DE FILOSOFIA
JURIDICA Y SOCIAL

Editor:
Agustín Squella

Asistentes del Editor:
Aldo Valle y Joaquín García-Huidobro

Comité Consultivo:
Albert Calsamiglia (Barcelona), Elías Díaz (Madrid), Carlos S. Nino (Buenos Aires), Enrico Pattaro (Bologna), Miguel Reale (Sao Paulo), y Rolando Tamayo (Ciudad de México).

Consejo Editorial:
Antonio Bascuñán, Enrique Barros, José Joaquín Brunner, Humberto Giannini, Alfonso Gómez-Lobo, Jorge Iván Hubner, Máximo Pacheco y Eugenio Velasco.

ANUARIO DE FILOSOFIA JURIDICA Y SOCIAL

1991

SOCIEDAD CHILENA DE FILOSOFIA
JURIDICA Y SOCIAL
ANUARIO DE FILOSOFIA JURIDICA Y SOCIAL Nº 9
1 9 9 1

Esta obra ha sido impresa con la colaboración de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Católica de Valparaíso, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de Concepción, Facultad de Derecho de la Universidad Diego Portales, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de Valparaíso, Facultad de Derecho de la Universidad Adolfo Ibáñez, Facultad de Derecho de la Universidad Central y Facultad de Derecho de la Universidad de La República.

©

Sociedad Chilena de Filosofía Jurídica y Social
Inscrito en el Registro de la Propiedad Intelectual
bajo el número 84.154.

Diseño gráfico: Allan Browne Escobar.

Impreso en EDEVAL,
Errázuriz 2120 - Valparaíso

ANUARIO DE FILOSOFIA JURIDICA Y SOCIAL

1991

DERECHO Y POLITICA

SOCIEDAD CHILENA
DE FILOSOFIA JURIDICA Y SOCIAL

SOCIEDAD CHILENA DE FILOSOFIA JURIDICA Y SOCIAL

DIRECTORIO

(1991 - 1993)

Antonio Bascuñán Valdés, Jorge Correa Sutil, Andrés Cuneo Macchiavello, Jesús Escandón Alomar, Fernando Quintana Bravo, Nelson Reyes Soto, Agustín Squella Narducci, Juan Enrique Serra H. y Hugo Tagle Martínez.

La Sociedad Chilena de Filosofía Jurídica y Social tiene su domicilio en la ciudad de Valparaíso. La correspondencia puede ser dirigida a la Casilla 211-V, Valparaíso.

PRESENTACION

La Sociedad Chilena de Filosofía Jurídica y Social, fundada en Valparaíso el año 1981 como Sección Nacional de la Asociación Internacional de Filosofía del Derecho y Filosofía Social, que data por su parte de 1906, presenta, con algún retraso, el Nº 9 de su *Anuario de Filosofía Jurídica y Social,* que corresponde a 1991.

La Sociedad antes mencionada reúne en nuestro país a quienes enseñan, investigan o promueven la Filosofía del Derecho y otras disciplinas próximas o afines.

A este Nº 9 del *Anuario de Filosofía Jurídica y Social* se le ha dado el título de "Derecho y Política", en atención a que en su sección *Estudios* se incluyen, de preferencia, trabajos que fueron presentados en la Primera Jornada Chilena de Filosofía del Derecho, que, convocada bajo ese mismo título y organizada por nuestra corporación, tuvo lugar en Valparaíso, en noviembre de 1991, con motivo de celebrarse los diez primeros años de existencia de la Sociedad Chilena de Filosofía Jurídica y Social.

En una segunda sección, llamada *Investigación,* se incluye un texto que presenta los resultados de una investigación que su autor, el destacado Profesor de Filosofía del Derecho de Barcelona, Albert Calsamiglia, tituló "Jurisprudencia y racionalidad".

El presente volumen incluye asimismo una sección denominada *Debate,* en la que se publica el artículo de Jorge Acevedo, titulado "Sobre la controversia en torno a Heidegger".

En la sección llamada *Ponencias* se publica la comunicación presentada por Manuel Manson en la Octava Jornada de Ciencia General del Derecho, que tuvo lugar en Valparaíso el año 1986. La ponencia de Manuel Manson se titula "Premios, derecho y lógica".

Se incluye, además, una ponencia de Eduardo Gálvez, de 1988, titulada "A los cuatrocientos años del nacimiento de Thomas Hobbes. La tradición hobbesiana en las relaciones internacionales".

El volumen concluye con una sección de *Recensiones*, en la que se publican comentarios de diversos libros de interés.

Antes de entrar a imprenta este Nº 9 del *Anuario de Filosofía Jurídica y Social*, concretamente en el mes de mayo de 1992, la Sociedad Chilena de Filosofía Jurídica y Social, en conjunto con la Universidad de Chile, realizó un homenaje a la memoria de Jorge Millas, socio fundador e integrante del primer Directorio de la corporación, quien falleció en 1982. Las tres intervenciones leídas en ese acto —del presidente de la Sociedad, Agustín Squella; del Rector de la Universidad de Chile, Jaime Lavados; y del profesor Humberto Giannini— serán publicadas en el *Anuario de Filosofía Jurídica y Social* Nº 10, correspondiente a 1992, que aparecerá en el primer semestre de 1993. Esperamos publicar también en ese Nº 10 la antología que sobre filosofía jurídica y social del período colonial chileno ha preparado Manuel Manson.

Por último, deseamos expresar a nuestros lectores que ejemplares de éste y de los restantes números del Anuario pueden ser solicitados a la casilla 211-V, de Valparaíso.

Sociedad Chilena de Filosofía Jurídica y Social
Julio de 1992.

ESTUDIOS

INVESTIGACION

JURISPRUDENCIA Y RACIONALIDAD *

ALBERT CALSAMIGLIA **

ABSTRAC.

En este trabajo planteo la vinculación que existe entre la dogmática jurídica entendida como conocimiento jurídico y la justificación de las decisiones jurídicas. Para conseguir mi objetivo aludiré a distinciones que la tradición analítica ha construido para deslindar las diversas disciplinas que estudian el derecho. La teoría general del derecho, la dogmática jurídica y la política jurídica son disciplinas autónomas e independientes. Esta es la idea que discutiré. Argumentaré que estas distinciones son provisionales y que la dogmática jurídica usa no sólo el aparato conceptual de la teoría general del derecho sino también argumentos de política jurídica para justificar sus recomendaciones prácticas.

Prestaré especial atención al argumento según el cual el punto de vista del dogmático determina la función que cumple su propia actividad cognoscitiva o justificadora. Argumentaré que tales distinciones no pueden ocultar el estudio de los mismos temas con

---

* Esta investigación ha sido posible gracias al soporte financiero n.PB 90-0327 que la DGICYT ha concedido al equipo de Filosofía del Derecho, Moral y Política de la Universitat Pompeu Fabra.

** Profesor en la Universidad Pompeu Fabra, Barcelona.

objetivos distintos. La dogmática jurídica no sólo trata del contenido del derecho positivo sino que usa el arsenal conceptual de la teoría general del derecho y sugiere respuestas a problemas prácticos al utilizar argumentos de política jurídica. La dogmática jurídica, por tanto, no sólo tiene funciones cognoscitivas sino también justificadoras e ideológicas. Los problemas que se plantea pueden ser teórico-cognoscitivos o prácticos. Pero como teorías justificadoras, las de la dogmática no tienen por qué ser irracionales. La razón tiene un papel importante a la hora de justificar las decisiones, especialmente las decisiones institucionales. Ahondar en cuáles son los principios que defiende nuestra sociedad y la coherencia de las deciones concretas con la estructura de principios institucionales es la gran tarea de las teorías justificacionistas. La dogmática —sin duda de una forma incompleta— constituye uno de los precedentes, uno de los modos de justificar decisiones públicas y un buen ejemplo de razonamiento práctico.

¿QUE ENTENDEMOS POR DOGMATICA?

Las disciplinas dogmáticas tienen como objeto de estudio el aspecto normativo del derecho y concretamente el *derecho positivo* dotado de vigencia (Atienza, 1985, p. 275). Las disciplinas dogmáticas tienen un *aspecto cognoscitivo* básico. Tenemos la evidencia de que en nuestras facultades de derecho la transmisión de los conocimientos jurídicos se hace fundamentalmente a través del conocimiento dogmático. La dogmática describe el derecho positivo mediante un esquema sencillo y ofrece información sobre cuáles son las normas e instituciones vigentes en una sociedad determinada.

A esta primera aproximación cabrá añadir una segunda. La dogmática tiene una parte *conceptual* que ha sido más universal porque trata de construir y analizar los conceptos jurídicos básicos. La dogmática usa esos conceptos construidos por la teoría general del derecho y en ocasiones los reformula y modifica. Este aparato conceptual no es nacional sino internacional ya que las dogmáticas de un amplio espectro cultural comparten los mismos conceptos de responsabilidad, persona, deber u obligación.

Junto a esa parte conceptual existe otra parte *sustantiva* que

describe y explica el contenido particular de un sector del ordenamiento jurídico. Las divergencias entre las diversas dogmáticas nacionales son más relevantes porque el contenido de los derechos positivos puede ser muy distinto.

Por último, el punto de vista dogmático exige la aceptación de las normas vigentes como criterio de resolución de conflictos (Atienza, 1985). Para trabajar dogmáticamente es necesario aceptar *sus reglas de juego* (Calsamiglia, 1990, pp. 99 y ss.).

LA COMUNIDAD JURIDICA Y LA UNIVERSALIDAD DEL CONOCIMIENTO.

La actividad dogmática se desarrolla en el seno de una comunidad profesional organizada que tiene unos límites y unas características determinadas. Dedicaré atención —en primer lugar— a las reglas de juego y luego haré referencia a algunas de las particularidades de esta comunidad. Conviene tener en cuenta que esas reglas de juego definen la actividad dogmática y que constituyen su discurso. Quien no las respete no juega a la dogmática.

La primera regla exige la sujeción a la ley, lo que implica la abdicación valorativa subjetiva y la aceptación de los valores jurídicos como los criterios de resolución de conflictos. Esta regla exige que las decisiones públicas e institucionales del pasado determinen las soluciones del presente. Estas pueden ser de índole muy diversa, como por ejemplo, leyes, contratos, decisiones de los tribunales o principios jurídicos.

Junto a ella, la regla de la justicia del caso presta especial atención a la adecuación de la solución del problema y se orienta hacia las consecuencias prácticas, es decir, hacia el resultado. Según esta regla el usuario del derecho no puede decidir sin tener en cuenta cuál es la consecuencia, la eficacia, la justicia o la eficiencia de la norma.

Por último, una regla fundamental es la de la racionalidad del derecho. Esta regla supone que sólo se aceptarán aquellas interpretaciones o argumentos que respondan a un conjunto de principios coherentes que fundamentan y legitiman la coacción del poder estatal. El derecho no debe verse como el producto de una volun-

tad arbitraria, sino que responde a un conjunto de principios reiterables. La idea se expresaría bien diciendo que la primera virtud de cualquier sistema normativo es la racionalidad antes que la justicia (MacCormick, 1990). Por racionalidad cabe entender *también* la recomendación práctica según la cual se debe presuponer que las distinciones que el derecho ofrece no son arbitrarias y que responden a una razón. El jurista no debe aceptar la irracionalidad del derecho sino que debe reconstruir de un modo coherente el material jurídico que parece contradictorio. Esta regla exige que el jurista que trabaje en el seno de un derecho busque razones y no admita la irracionalidad.

Para trabajar en el seno de la comunidad dogmática es necesario aceptar estas reglas de juego. Cualquier argumento jurídico es aceptable si está fundamentado en esas reglas. El jurista tiene un gran margen de maniobra pero en su argumento no todo está permitido. La comunidad no acepta como jurídico cualquier discurso. Sólo aquellos que se sostengan en esas reglas de juego son jurídicos. La ambigüedad y la vaguedad de estas reglas de juego no impide que constituyan límites al discurso jurídico.

La comunidad dogmática es distinta a otras comunidades profesionales y científicas. Las diferencias más sustanciales son las siguientes:

Primero, las disciplinas dogmáticas son *nacionales*. El hecho de que el contenido de las normas sea distinto en cada país ha conducido a una relativa autonomía de las dogmáticas. Eso es cierto y sirve tanto para reafirmar las banderas y peculiaridades nacionales como para colocar obstáculos a la internacionalización de las disciplinas dogmáticas. La lengua y el derecho acostumbran a considerarse como elementos que identifican una comunidad y la convierten en diferente a las otras. Si comparamos la dogmática con otras disciplinas científicas veremos que el componente nacional juega un papel importante y desde mi perspectiva, excesivo.

Segundo, estas disciplinas tienen una *vocación internacional*. Por ejemplo, la dogmática española no se entiende sin la alemana o la italiana. Las comunidades dogmáticas son menos internacionales que otras comunidades científicas, pero eso no quiere decir que las soluciones dogmáticas de unos países no se traduzcan a otros ni que

la enseñanza dogmática sólo se pueda transmitir en el país de origen. Existen congresos y simposiums —nacionales e internacionales— organizados por las diferentes comunidades dogmáticas. Los problemas que se discuten interesan a todos. Las recomendaciones prácticas y las soluciones teóricas se extienden, se traducen y se adaptan a las peculiaridades de las legislaciones nacionales. Existen medios de comunicación muy importantes entre las diversas comunidades. Las revistas y los libros circulan. Sus teorías tienen termómetros de valoración.

No debemos olvidar que esta tendencia se ha visto incrementada en los últimos años. Y no sólo a nivel puramente investigador o cognoscitivo, sino también a niveles prácticos. Aunque no se reconozca explícitamente, muchas decisiones importantes del tribunal constitucional español están inspiradas en doctrinas de tribunales de última instancia alemanes o norteamericanos. Conviene por tanto no llevar los puntos de vista a un extremo. La dogmática se cultiva de un modo semejante en determinadas áreas culturales y existe una tendencia acusada a la internacionalización y a la comunicación creciente. En un ámbito cultural determinado, como por ejemplo la Europa Comunitaria, las soluciones a los principales problemas son sustancialmente las mismas.

Tercero, existe también una tendencia hacia *la autonomía y la fragmentación*. Las comunidades dogmáticas funcionan como comunidades por disciplinas. Es fácil encontrar congresos de civilistas, penalistas, administrativistas o constitucionalistas. Sin embargo es mucho más difícil que se produzcan relaciones interdisciplinarias puesto que existe una conciencia muy arraigada de la autonomía respectiva de las disciplinas. Esto se puede observar incluso en las organizaciones de los estudios de postgrado y en la formación artesanal de ciertas profesiones jurídicas.

LA FUNCION DE LA DOGMATICA.

La perspectiva cognoscitiva.

Una aproximación a la función de la dogmática puede hacerse utilizando el criterio de las *necesidades sociales*. Tenemos una primera intuición según la cual la dogmática permite describir en un

esquema sencillo la gran variedad de normas que forman el derecho, por que no estudia simplemente el contenido del derecho sino que *usa, construye o modifica esquemas conceptuales* que sirven para transmitir el conocimiento jurídico. La primera necesidad que cubre es —por tanto— la *reproducción y la transmisión del conocimiento jurídico.* Este punto de vista exige una visión del derecho como un producto acabado. Aprehendemos del derecho su aspecto estructural y de contenido. Desde esta perspectiva la función es cognoscitiva. Quien estudie esta disciplina posee unos instrumentos que le permiten describir los principales materiales jurídicos legados por la tradición. Que tenga un aspecto cognoscitivo no quiere decir que constituya un conocimiento científico ni en sentido fuerte ni en sentido débil. Unicamente significa que se enseña derecho a través del arsenal dogmático. Ello no prejuzga que sea científico. Quisiera insistir especialmente en este punto. El punto de vista del sujeto cultivador de la dogmática puede ser cognoscitivo y su objetivo no será resolver problemas prácticos, sino describir el derecho y plantear y —en su caso— resolver problemas teóricos. Su objetivo último sería el de aumentar el conocimiento. Otra cosa muy distinta es si el conocimiento aumenta o no.

La perspectiva práctica.

Los juristas usuarios del derecho han buscado en el conocimiento jurídico *criterios para resolver problemas* y siempre han tenido prevención ante los estudios de ciencia jurídica calificados de demasiado abstractos. Existen buenas razones que avalan esta actitud. Muchos piensan que se puede ser un buen jurista sin tener conocimientos abstractos y muy generales sobre el derecho porque la ciencia del derecho es irrelevante a la hora de resolver problemas prácticos. Sin duda se reconoce que la dogmática puede ofrecer un barniz cultural y humanista, pero está tan alejada de la realidad, ofrece tantos conceptos abstractos y tan pocos argumentos que no sirve para su utilización profesional. El usuario del derecho está muy poco interesado en este tipo de conocimiento del derecho. Lo que pide del conocimiento jurídico no es tanto una descripción de las normas y una construcción conceptual elegante sino una teoría

justificadora de decisiones públicas. Su interés no es cognoscitivo sino práctico.

La crítica de irrelevancia viene avalada porque la información que ofrece la dogmática es de un objeto —las normas— que se caracteriza por su falta de permanencia, por su mutabilidad y por su creciente irreductibilidad a estar sujeta a principios ordenadores racionales. La época de la codificación ha concluido. Las normas jurídicas son muchas veces instrumentales y efímeras. La modificación constante de la legislación tiene como consecuencia la imposibilidad material de conseguir cierta racionalidad. Las categorías jurídicas elaboradas por la dogmática jurídica chirrían ante los nuevos fenómenos y las nuevas exigencias. Hoy las funciones del derecho no son meramente garantistas. El aparato conceptual utilizado continúa aferrándose al pasado. Se fundamenta en el derecho privado decimonónico y la dogmática ha sido incapaz de reconstruir un aparato conceptual adecuado para explicar las nuevas situaciones sociales y también para resolver los problemas prácticos. Algunos de estos argumentos son suficientemente poderosos para reafirmar la posible irrelevancia de la dogmática desde la perspectiva del usuario del derecho. Otros —como el de la mutabilidad del objeto— no resiste la crítica.

La primera sorpresa con la que nos encontramos es que los juristas solicitan de la dogmática unos conocimientos y la construcción de argumentos que sirvan para solucionar problemas prácticos, mientras que —en un principio— lo que ofrece es un conocimiento desde un punto de vista descriptivo de cuáles son las normas vigentes en una sociedad determinada. Existe por tanto una *asimetría* entre lo que se espera de la dogmática y lo que ésta ofrece. La dogmática jurídica puede ser un ejercicio intelectual brillante y elegante, pero si su objeto es la descripción de las normas vigentes de un derecho determinado ofrece —en el mejor de los casos— materiales de construcción de la argumentación jurídica pero *no un método* específico que sirva para construir justificaciones de argumentaciones jurídicas. En otras palabras, la dogmática ofrece soluciones canónicas pero no un método que permita plantear y enfrentarse con nuevas cuestiones y soluciones, porque está demasiado ligado a una concepción del derecho como un conjunto de normas e instituciones.

En las sociedades modernas desarrolladas la inadecuación de la dogmática se agrava ya que el cumplimiento de la legalidad no es el único *valor* que preside cualquier decisión pública.

Incluso esta crítica llega a las facultades de derecho en donde muchas veces se presta más atención a estudiar y analizar las informaciones jurídicas que a formar juristas capaces de plantear y resolver problemas. Es sorprendente que el avance en la descripción de las normas jurídicas no haya ido acompañado de un avance en la construcción de una teoría de la justificación. Sin duda han existido prejuicios muy poderosos que han obstaculizado la creación de teorías argumentativas. Veamos algunos de ellos.

EL ANALISIS EXTERNO DEL DERECHO.

Un obstáculo importante ha sido el gran desarrollo que han adquirido los métodos de análisis del derecho que podríamos denominar *externos*. Los conocimientos jurídicos son externos si describen de una manera general y abstracta los criterios fundamentales de resolución de problemas y entre éstos sin duda se encuentran las normas. Un buen ejemplo de este modelo lo tenemos en la obra de Kelsen que trata de construir una ciencia jurídica descriptiva del derecho positivo. En este modelo se estudia el derecho como objeto de una ciencia descriptiva. La teoría general del derecho kelseniana y todos sus epígonos ha incentivado este tipo de estudios. Ha sostenido que cualquier teoría de la justificación no coincidía con los cánones científicos dominantes. El gran avance que representó la posición kelseniana para la elaboración conceptual de la dogmática jurídica exigió restricciones en las funciones justificadoras. Estas están fuera del campo de la verdadera ciencia jurídica porque implican contaminación con la política jurídica. Estos temas no son objeto de la ciencia sino de la política y debe separarse la ciencia de la política de un modo radical como exige el paradigma de la neutralidad de las ciencias sociales. Una verdadera ciencia del derecho debe ser neutral, la ciencia describe y conoce, no justifica (Kelsen, 1960).

Kelsen se preocupó de la descripción del derecho como producto acabado y adoptó el punto de vista de aquél que pretende

describir un conjunto de normas. No se planteó los problemas de justificación. Una ciencia jurídica neutral debe olvidarse de estos problemas. No se ocupa de cómo se debe decidir y cuáles son las orientaciones interesantes para la práctica social. La ciencia pretende conocer no justificar, la ciencia no es la sierva del poder.

EL ANALISIS INTERNO DEL DERECHO.

El usuario del derecho adopta un punto de vista diferente ([1]). No sólo acepta desde un punto de vista interno las normas y el ordenamiento. No sólo le presta adhesión en cuanto jurista, sino que además necesita una teoría de la justificación. Busca en el conocimiento jurídico criterios objetivos que permitan resolver problemas prácticos. Poco le importa la elegante descripción de la estructura normativa del derecho al modo kelseniano. Querría un recetario que le permitiera justificar sus decisiones sin necesidad de grandes reflexiones. Pero, si ese recetario no fuera posible, le gustaría encontrar un criterio ordenador de los materiales jurídicos para poder construir soluciones fundamentadas y justificadas que resolvieran los conflictos.

Existe una necesidad social justificadora, pero, desde los presupuestos neutralistas de la dogmática es imposible lograr este objetivo (H. Albert, 1988, p. 12) ([2]). Para justificar es necesario dar razones que avalen la decisión y eso implica elección valorativa.

LOS ASPECTOS DE LA DOGMATICA.

Existe confusión porque no tenemos claro ni el objetivo ni las perspectivas del dogmático. Estamos sorprendidos porque lo que

---

1. Hart utilizó la distinción entre punto de vista interno y punto de vista externo con un significado distinto. Aquí me interesa especialmente señalar que el análisis externo es el del descriptor de normas jurídicas, mientras que el análisis interno no tiene la intención de describir sino de justificar las decisiones y espera de la ciencia jurídica estas recomendaciones.

2. Sobre la posibilidad de una ciencia jurídica no normativa véase H. Albert Critical Rationalism: *The problem of method in Social Sciences and Law,* en Ratio Iuris, 1988, pp. 12 y ss.

se pide a la dogmática es distinto de lo que ofrece. Para solucionar este problema poco a poco se han ido imponiendo una serie de criterios clasificatorios que permiten distinguir diversas disciplinas que tienen objetivos distintos y se han elaborado criterios que separan y autonomizan las disciplinas.

Por un lado la teoría general del derecho se ocupa de la parte más conceptual de la dogmática jurídica y se ha separado de ella. Su objeto de estudio, las normas, su validez, el ordenamiento, los conceptos jurídicos fundamentales o los criterios de interpretación y aplicación, se separan del contenido y se reconstruye una imagen formal del derecho. La teoría general del derecho tiene como objeto la descripción y la reconstrucción de las categorías jurídicas básicas, y sin duda su objetivo no es práctico sino cognoscitivo. La obra de Kelsen o de Hart se mueve preferentemente en este ámbito. No aconseja soluciones al legislador o al juez sino que trata de describir y explicar cómo es la estructura del derecho en general.

Es importante tener en cuenta que este aspecto es predominante en la teoría general del derecho y lo es por *el punto de vista,* es decir, por la faceta que pone de manifiesto (R. Dreier i R. Alexy, 1990). Su pretensión es cognoscitiva.

Por otra parte, tenemos la dogmática jurídica en sentido estricto. Esta disciplina tiene relaciones muy importantes con la teoría general del derecho. Estudia el derecho desde y con las categorías construidas o reconstruidas por la teoría general del derecho. El dogmático no puede operar sin las categorías de personalidad o responsabilidad. Pero el aspecto fundamental, el que le da relevancia, no es sólo el teórico sino también el práctico. Las disciplinas dogmáticas sólo provisionalmente se pueden separar de la teoría general del derecho porque no es concebible una dogmática desarrollada que no use las categorías básicas.

Eso ocurre no sólo en el terreno conceptual sino también en el valorativo. Es posible describir —desde el punto de vista de un observador externo— los valores fundamentales y los principios generales que definen una sociedad determinada. Nada nos impide que se estudie cuáles son los valores que rigen en la sociedad española y cuáles son los jurídicamente institucionalizados. Sin duda esa descripción ayudará a entender cómo es esa sociedad y cómo resuelve sus conflictos. Esta disciplina descriptiva estudiaría el valor del derecho desde una perspectiva distinta a la del jurista que usa el derecho no con la intención de describirlos sino de justificar sus soluciones.

La dogmática jurídica no sólo está interesada en identificar valores sino en que se utilicen para resolver conflictos. Reconstruye para persuadir, para resolver, en suma, para recomendar cuál es la decisión que se debe tomar y no para conocer.

Poco a poco van apareciendo diversas facetas de la dogmática jurídica. Por una parte su función es suministrar criterios a los operadores jurídicos para resolver problemas. Pero ese suministro requiere no sólo la utilización de materiales normativos y legislativos sino también otro tipo de materiales que exigen la valoración. Una separación absoluta entre la dogmática y los valores tampoco es posible porque la dogmática justifica su elección. La dogmática no es neutral, pero eso no quiere decir que no deba aclarar públicamente las razones por las cuales es preferible una solución a otra.

Por otra parte la dogmática jurídica suministra —aunque no exclusivamente— algunos criterios para la legislación. En este punto la faceta valorativa está menos restringida y va orientada no sólo por los objetivos —que pueden ser económicos, culturales o políticos— sino también por los valores y las instituciones que rigen esa sociedad. Los mensajes legislativos tienen que insertarse armónicamente en un ordenamiento complejo sin producir contradicciones y la dogmática está ahí proponiendo cambios de ley, sugiriendo nuevas normas que resuelvan mejor problemas prácticos. No olvidemos que la dogmática no sólo se orienta hacia el pasado sino que también se preocupa de las consecuencias prácticas.

Por último la dogmática jurídica ofrece un esquema conceptual y del contenido básico del derecho positivo o de parcelas determinadas.

Llegados a este punto podemos poner en tela de juicio las razones que justifican esas divisiones tan tajantes entre dogmática jurídica o jurisprudencia general como una disciplina que tiene como objetivo el conocimiento y jurisprudencia práctica que se ocupa de la resolución de problemas.

¿Cuáles son los aspectos que nos interesan de la división?

Me parece que en el seno de la dogmática existen aspectos distintos pero no escindibles de una manera radical. Existe, sin ninguna duda, un aspecto cognoscitivo y reconstructivo de categorías y desde esta perspectiva interesa especialmente aumentar el conocimiento. Por otra parte existe otro aspecto que es el práctico, el de la justificación de las resoluciones dictadas por la autoridad que la propia dogmática reconstruye y esa actividad es prescriptiva. Trata de ofrecer al usuario criterios para tomar sus decisiones. En ese campo práctico la dogmática no utiliza instrumentos que han dado algunos resultados interesantes (Alexy, 1990) en el área de las elecciones y decisiones públicas como podría ser la teoría de la elección racional o la teoría de los juegos. Prefiere dar soluciones directamente a ofrecer herramientas para buscarlas.

No hay que olvidar que el conocimiento no es necesario que sea científico para que sea importante, relevante y socialmente útil. La dogmática ofrece soluciones a los problemas pero de una forma muy abstracta. Y eso se hace para que después se puedan solucionar muchos casos particulares que son distintos entre sí en muchos aspectos pero son similares en sus características fundamentales. Frente al conocimiento entendido como un producto acabado cabe la concepción de un conjunto de herramientas que permiten encontrar soluciones distintas y mejores a las tradicionales. Probablemente esta concepción se adecúa mejor al trabajo de la profesión jurídica.

LA DISTINCION ENTRE DERECHO Y CIENCIA DEL DERECHO.

La dogmática jurídica tiene un carácter híbrido porque sus funciones son descriptivas y prescriptivas. Si eso es cierto, entonces es lógico que los juristas no acepten la distinción entre el derecho y la ciencia del derecho tal y como aconsejan los cánones epistemológicos dominantes. Parece ser que una de las primeras condiciones de cualquier conocimiento es la construcción de su objeto formal y, por tanto, la distinción entre el conocimiento y su objeto. Pues bien, seamos o no partidarios de esa distinción, el caso es que los juristas trabajan en el seno de una comunidad en la cual la descripción —el aspecto cognoscitivo— y la prescripción están unidos. Nuestro problema no es decir cómo debe ser el trabajo de los juristas sino cómo es y explicar en su caso por qué es como es ([3]). Este es un tema crucial para comprender qué papel juega la dogmática jurídica en nuestra cultura y en nuestra sociedad. Mi tesis es que la dogmática no sólo ofrece información acerca del derecho sino que también *forma parte del derecho* porque tiene funciones prescriptivas de gran relevancia. Que forme parte del derecho quiere decir que debe ser tenida en cuenta como uno de los elementos que sirven para justificar decisiones. Y esta tesis no es prescriptiva —no indica cómo debe ser la dogmática— sino descriptiva.

Esta idea no es nueva. El saber jurídico siempre se ha ocupado de los problemas que sugiere su función prescriptiva. Suárez, en su De Legibus, sugirió que "cuando el sentido de las palabras acarrease alguna injusticia o algún absurdo parecido en relación a la mente del legislador, hay que interpretar las palabras en su sentido —aunque sea impropio— en la cual la ley sea justa y razonable". La tarea de interpretación es normativa porque toda interpretación es cambio. El intérprete no se limita a reproducir el derecho sino a reformularlo y optimizarlo.

En la escuela histórica también se encuentra la tesis de que la ciencia del derecho tiene funciones prescriptivas. Puchta sostuvo que la tarea de la ciencia del derecho es "llegar a conocer las normas jurídicas en su conexión orgánica, condicionándose las unas a las otras a fin de poder seguir la genealogía de las normas particulares hasta las alturas de sus principios y asimismo descender desde el principio hasta sus últimas consecuencias. En esta operación las normas jurídicas se hacen conscientes y se sacan a la luz del día

---

3. Ruiz Miguel ha dedicado su atención a la crítica de esta tesis y ha interpretado que en mi libro Introducción a la Ciencia Jurídica sostenía que no era posible distingir la ciencia del derecho de su objeto. Mi argumento es que en realidad los juristas no lo distinguen porque la distinción priva a su actividad de una función importante. Sobre la necesidad de construir un saber jurídico no prescriptivo sino descriptivo y que se adecúe a un concepto rígido de ciencia, no me prenuncié ni en aquella ocasión ni ahora. Poco importa si calificamos la dogmática de ciencia o de técnica si lo que pretendemos hacer es describir qué es lo que hacen los juristas.

las que, ocultas en el espíritu popular, ni han aparecido en la convicción inmediata de los miembros del pueblo y en sus acciones, ni en los veredictos del legislador. Por tanto, sólo se hacen visibles mediante la deducción científica. De este modo, la ciencia se añade como tercera fuente del derecho a las dos primeras: el derecho que a través de ella surge, es derecho de la ciencia, o por ser sacado a la luz mediante la actividad de los juristas, derecho de juristas".

Podríamos encontrar muchos otros ejemplos de la función prescriptiva de la ciencia jurídica que avalarían la idea de que la ciencia del derecho es fuente del derecho y que por tanto forma parte del derecho.

Existen otras posiciones que resaltan el aspecto descriptivo de la ciencia jurídica. Bingham escribió a principios de siglo que "si hemos de observar el derecho como un campo de estudio análogo al de cualquier otra ciencia, debemos observarlo desde la perspectiva del enseñante del derecho, del estudioso del derecho, del investigador del derecho o del abogado preocupado por la búsqueda del derecho. Estos hombres no forman parte de la maquinaria del estado. Su estudio no forma parte del derecho. "Más adelante Kelsen utilizó el criterio funcional para distinguir la ciencia jurídica del derecho. La norma jurídica prescribe, es dictada por una autoridad y puede ser válida, eficaz o justa. Su función es directiva mientras que la proposición jurídica es descriptiva, su función es informativa y puede ser verdadera o falsa.

Por último Wroblewski puso de manifiesto que el lenguaje de los juristas es un metalenguaje descriptivo que tiene como objeto un lenguaje prescriptivo, el derecho. Wroblewski señaló que "la misma norma que aparece en un texto legal y en un tratado de ciencia jurídica pertenece desde un punto de vista semántico a dos niveles de lenguaje distintos y, por tanto, a dos lenguajes diferentes: el lenguaje legal y el lenguaje de los juristas".

Estas doctrinas son una muestra significativa del interés en distinguir la ciencia jurídica de su objeto. Aducen que es posible la construcción de un conocimiento jurídico riguroso que tenga unas características determinadas que no coincide con lo que es la dogmática en su conjunto. Muchas veces las soluciones que ofrece no son adecuadas para resolver los problemas que preocupan a los usuarios del derecho y las herramientas para construir las nuevas no son eficaces.

Ahora bien, los juristas dogmáticos ofrecen resistencia a la aceptación de esta distinción porque no quieren hacer una cosa distinta a la que realmente hacen. Instaurar la distinción rígida entre descripción y prescripción puede suponer la destrucción del poder prescriptivo de la ciencia jurídica. También implica una carga suplementaria de justificación de las decisiones que se recomiendan pues ya no serán fruto meramente de un análisis científico del significado de la norma sino un proceso complejo de decisión.

Quizá por esa razón sectores importantes del pensamiento jurídico tratan de evitar la confrontación y sugieren que el saber sobre el derecho pertenece a la prudencia, que está en un campo que no se puede identificar ni con las ciencias de la naturaleza ni con las del espíritu tal y como sugirió Martin Kriele.

Por esa vía se pretende rehabilitar la razón práctica y conservar la función reformuladora del derecho que tiene —sin duda— la dogmática. En esa línea encontraríamos también a Luhmann cuando afirma que la dogmática no debe servirse a sí misma sino a la aplicación del derecho (Luhmann, 1978, p. 43). La orientación cognoscitiva de la dogmática se dirige hacia el pasado, al input. La dogmática busca en el pasado el criterio de resolución del conflicto. Pero la dogmática no sólo hace eso. Como práctica, no se puede desentender de las consecuencias, del output. Desde el punto de vista cognoscitivo la dogmática se dirige al pasado y trata de reconocer cuáles son las informaciones relevantes para decidir el problema. Pero la dogmática no se limita a eso. Una dogmática que no tenga en cuenta las consecuencias está construida en el vacío. El carácter prescriptivo le confiere una función social que se valora en muchas ocasiones por las consecuencias. Véase la actitud apologética y contradictoria de K. Larenz, Metodología de la Ciencia del Derecho, Barcelona, Ariel, 1980, p. 183 (4). Larenz sostiene que la Jurispru-

4. Véase la actitud apologética y contradictoria de K. Larenz, Metodología de la Ciencia del Derecho, Barcelona, Ariel, 1980, p. 183. Larenz sostiene que la Jurisprudencia es verdaderamente una ciencia pero no una ciencia cientificista. Por ejemplo, en la p. 183 dice: "Si la Jurisprudencia se entiende a

dencia es verdaderamente una ciencia pero no una ciencia cientificista. Por ejemplo, en la p. 183 dice: "Si la Jurisprudencia se entiende a sí misma como una ciencia normativa esto no quiere decir que ella misma dé normas, que ponga en vigor normas jurídicas. Más bien se entiende a sí misma principalmente como un sistema de enunciados sobre el derecho vigente. Ciertamente veremos que sus enunciados no carecen de influencia sobre el contenido de aquello a que se refieren, es decir, al contenido de las normas jurídicas. En p. 182 dice "una crítica de la ley obtenida de los postulados de justicia del derecho vigente desemboca no raramente en propuestas concretas en orden a la reforma de la ley".

EL PODER DE LA COMUNIDAD DOGMATICA.

Queda una última cuestión. ¿Por qué los juristas son tan reacios a admitir que tienen funciones reformuladoras del derecho? ¿Por qué el jurista encubre su actividad con el manto del conocimiento científico?

La primera razón —y quizá la más importante— es que la comunidad dogmática posee un gran poder de mediación entre el derecho legislado y aplicado. El razonamiento está fuertemente institucionalizado y ello significa que existe una comunidad profesional que monopoliza los aspectos fundamentales del discurso. Ese poder no acostumbra a estar legitimado y precisamente por esta razón se ha intentado justificar las recomendaciones dogmáticas como si fueran el resultado de una reflexión científica y no una elección entre valores.

Pero esa mediación no sólo existe en el nivel interpretativo

---

sí misma como una ciencia normativa, esto no quiere decir que ella misma dé normas, que ponga en vigor normas jurídicas. Más bien se entiende a sí misma principalmente como un sistema de enunciados sobre el derecho vigente. Ciertamente veremos que sus enunciados no carecen de influencia sobre el contenido de aquello a que se refieren, es decir, al contenido de las normas jurídicas. En p. 182 dice "una crítica de la ley obtenida de los postulados de justicia del derecho vigente desemboca no raramente en propuestas concretas en orden a la reforma de la ley".

sino también en el legislativo. La dogmática juega un papel importante en la producción del derecho y recomienda e influye en cuestiones de producción normativa en todos y cada uno de sus niveles jerárquicos. Sólo es parcialmente cierto que la comunidad dogmática se preocupe del derecho como un resultado (Atienza, 1989). Sus apuestas valorativas suponen recomendaciones acerca de cómo debe ser la legislación y cuáles son los criterios y los valores que deben respetar las leyes para que sean constitucionales, coherentes con el conjunto de valores sustanciales de la sociedad y por tanto aceptables.

En segundo lugar, la comunidad dogmática realiza una función de adaptación del derecho a las nuevas necesidades sociales sin que sea necesario replantearse continuamente la modificación del derecho legislado. Luhmann expresó esa idea señalando que la dogmática aumentaba las seguridades jurídicas aceptables. La dogmática posibilita un razonamiento que se pregunta por algo más que la letra de la ley. El activismo dogmático supone poder. Pero esa función se oculta porque los sistemas de legitimación de los estados democráticos exigen que sólo tenga poder político quien está legitimado a través de mecanismos representativos.

En tercer lugar, la dogmática jurídica también puede ser un freno frente a leyes más progresivas. El aspecto dinamizador puesto de relieve en el párrafo anterior no es la única posibilidad. Pues es muy frecuente que la dogmática se resista al cambio y continúe interpretando nuevas leyes progresivas conforme a criterios conservadores. El activismo no siempre es progresista e innovador sino que puede existir y existe mucho activismo inverso. Ahí la función ideológica, en el sentido de ocultar su verdadera función, también ocupa un lugar importante.

En la historia de la dogmática existen numerosos sofismas y errores. Sin embargo, se da en su seno un trabajo estimable porque ha prestado atención a problemas importantes de decisión pública. Frente a un subjetivismo irracionalista encontramos intentos serios de introducir criterios ordenadores que responden a principios constantes. Se debe reconocer que hay formas más racionales de justificación que otras. Muchas veces se ha creído que la única forma

posible de justificar las decisiones públicas era buscando una caja de caudales trascendental que resolviera todos los problemas. En otras ocasiones se ha sugerido un semidiós o un observador imparcial que hiciera las veces de las normas naturales. La historia de la propia dogmática muestra la futilidad de buscar un solo criterio que sirva para resolver todos los conflictos sociales. El criterio de la fidelidad a la ley, por ejemplo, ha ejercido un gran atractivo en la mentalidad jurídica porque garantiza un valor muy importante de nuestra cultura pero en la práctica no se ha podido mantener como criterio exclusivo. Un margen de maniobra siempre es necesario porque es imposible programar todas las decisiones y porque nuestra sociedad es pluralista. Pero en esa imposibilidad no cabe inferir la irracionalidad de toda decisión.

Los juristas se han preocupado mucho por estudiar los materiales de construcción —es decir, las leyes, las sentencias— de los argumentos jurídicos y han dejado a la intuición las cuestiones de estrategia, de cómo construir los argumentos y cómo resolver los problemas del futuro.

Los recetarios son de poca utilidad porque pretenden hacer creer que la responsabilidad de la decisión no es de quien la toma sino de quien lo dicta. Los juristas han tratado de trasladar esa responsabilidad a la ley o al legislador. De este modo se han hecho la ilusión de que no eran ellos los que decidían sino una instancia superior a ellos.

La dogmática jurídica cumple también la función de encubrir la responsabilidad de los juristas a la hora de tomar decisiones. Mediante esta técnica de traslación de responsabilidad los juristas pretenden ahuyentar el fantasma. Aunque ciertamente no lo consiguen porque las decisiones y justificaciones las controlan las comunidades jurídicas.

Esa es una cuestión crucial. Las decisiones públicas deben responder a unos criterios determinados. El núcleo racional de una teoría de la justificación no consiste en postular unos principios abstractos y en pelearse por colocar cada uno de nosotros sus propias banderas sino en reconstruir la estructura de principios coherentes que justifican y deben justificar las decisiones públicas en una sociedad determinada. La dogmática, de una forma indirecta, incipiente e insegura, ha realizado excursiones por el terreno de la justificación. Pero siempre ha temido arriesgarse abiertamente a la escalada del planteamiento directo de las elecciones valorativas. Las ha hecho, las ha recomendado, las ha sugerido pero luego ha retrocedido cuando ha tenido que dar el paso de la justificación. Algunos han preferido acudir al derecho natural o abandonar el tema al subjetivismo. Pero todos han decidido. Quizá ya es tiempo para exigir a los que toman decisiones públicas que éstas tienen que fundamentarse y justificarse públicamente.

CONCLUSIONES.

Inicié este trabajo planteando el tema de las funciones de la dogmática jurídica. Para conseguir mi objetivo aludí a ciertas distinciones que usualmente se sostienen en la doctrina para deslindar las diversas disciplinas que tratan del derecho. Dediqué especial atención al argumento según el cual la intención determina la función y que las distinciones conceptuales no pueden ocultar sus vinculaciones desde una perspectiva cognoscitiva o justificativa. La dogmática jurídica no sólo trata del contenido del derecho positivo sino que usa el arsenal conceptual de la teoría general del derecho y sugiere respuestas a problemas usando argumentos de política jurídica.

En síntesis, la dogmática jurídica no sólo tiene funciones cognoscitivas sino también justificadoras e ideológicas. Pero, y con este argumento acabo, las teorías justificadoras no tienen por qué ser irracionales. La razón tiene un papel importante a la hora de justificar las decisiones, especialmente las decisiones institucionales. Ahondar en cuáles son los principios que defiende nuestra sociedad y la coherencia de las decisiones concretas con la estructura de principios valorativos es la gran tarea de las teorías justificacionistas. La dogmática constituye uno de los precedentes y uno de los modos de justificar decisiones públicas.

BIBLIOGRAFIA.

ALBERT, H.: Critical Rationalism: *The problem of method in Social Sciences and Law,* en Ratio Iuris, 1988.

ALEXY, R.: Teoría de la Argumentación, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1990.

ATIENZA, M.: Introducción al Derecho, Barcelona, Barcanova, 1985.

ATIENZA, M.: *Sociología Jurídica y Ciencia de la Legislación,* en R. Bergalli (ed.), El Derecho y sus realidades, Barcelona, PPU, 1989.

CALSAMIGLIA, A.: Introducción a la Ciencia Jurídica, Barcelona, Ariel, 1990 (3ª edi.).

DREIER, R. y ALEXY, R.: The Concept of Jurisprudence, en Ratio Iuris, 1990.

KELSEN, H.: Reine Rechtslehre, Wien, F. Deuticke, 1960.

LARENZ, K.: Metodología de la Ciencia del Derecho, Barcelona, Ariel, 1980.

LUHMANN, N.: Sistema Jurídico y Dogmática Jurídica, Ed. consultada de A. Febbrajo, Bologna, Il Mulino, 1978.

MAC-CORMICK, N.: "Los límites de la racionalidad en el razonamiento jurídico", en J. Betegón y J. R. de Páramo. Eds. Derecho y Moral. Ensayos analíticos. Barcelona, Ariel, 1990.

D E B A T E