

El cambio de paradigma en las funciones de la dogmática jurídica. Algunos apuntes sobre la teoría de la argumentación jurídica de R. Alexy

Por MARIO RUIZ SANZ

Tarragona

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN. RACIONALIDAD PRÁCTICA Y CONOCIMIENTO JURÍDICO.—II. HACIA UN NUEVO CONCEPTO DE DOGMÁTICA JURÍDICA. a) La dogmática como actividad. Las funciones de la dogmática jurídica. b) La dogmática como resultado. Los enunciados dogmáticos.—III. LA IMPORTANCIA ACTUAL DE LA DOGMÁTICA JURÍDICA.

I. INTRODUCCIÓN. RACIONALIDAD PRÁCTICA Y CONOCIMIENTO JURÍDICO

Comenzaba Kant su opúsculo titulado *En torno al tópico: «Tal vez eso sea correcto en teoría, pero no sirve para la práctica»*, con estas significativas palabras: «Se denomina teoría incluso a un conjunto de reglas prácticas, siempre que tales reglas sean pensadas como principios, con cierta universalidad, y, por tanto, siempre que hayan sido abstraídas de la multitud de condiciones que concurren necesariamente en su aplicación. Por el contrario, no se llama práctica a cualquier manipulación, sino sólo a aquella realización de un fin que sea pensada como el cumplimiento de ciertos principios representados con universalidad. Por muy completa que sea la teoría, salta a la vista que entre la teoría y la práctica se requiere aún un término medio como enlace para el tránsito de la una hacia la otra, pues al concepto del entendimiento, concepto que contiene la regla, se tiene que añadir un acto de la facultad de juzgar por medio del cual el práctico distingue si algo cae bajo la regla o no. Y como, por otra parte, para la facultad de juzgar no siempre se pueden dar reglas conforme a las cuales tenga que regirse en la subsunción (porque se

daría un *regressus in infinitum*), puede haber teóricos que nunca en su vida serán capaces de convertirse en prácticos, porque carecen de la facultad de juzgar; tal es el caso, por ejemplo, de médicos o juristas que han hecho bien sus estudios pero no saben cómo han de conducirse a la hora de dar un consejo (...) Esa máxima —que ha llegado a ser bien común en nuestros días, tan abundantes en dichos como parques en hechos— ocasiona el mayor daño cuando afecta al ámbito moral (al deber de la virtud o del derecho), pues se trata ahí del canon de la razón (en lo práctico), donde el valor de la práctica depende por completo de su conformidad con la teoría subyacente, y donde todo está perdido cuando las condiciones empíricas —por ende, contingentes— de la ejecución de la ley se convierten en condiciones de la ley misma, por tanto cuando una práctica calculada en orden a un resultado probable —probable con arreglo a la experiencia que se acumuló hasta la fecha— queda autorizada para dominar la teoría, que es subsistente por sí misma.»¹

A pesar del tiempo transcurrido desde aquel clásico y conocido ensayo kantiano, lo que en el mismo se denunciaba como la escisión entre teoría y práctica no es una cuestión claramente superada. En la conciencia jurídica actual todavía se mantienen concepciones tradicionales de la ciencia del Derecho que la sitúan como un saber eminentemente teórico, quedando el actuar práctico del jurista completamente subyugado y relegado a la aplicación estricta de la norma jurídica a través de los conocidos mecanismos de la subsunción. Llevar la distinción entre teoría y práctica jurídicas a sus últimas consecuencias, primando absolutamente el primer ámbito sobre el segundo, supone una separación progresiva entre el Derecho y la sociedad, o con otras palabras, conduce hacia la neta distinción entre la producción de las normas jurídicas y su aplicación dentro de un determinado contexto social, cuyo corolario podría consistir en un claro anquilosamiento normativo. Sin embargo, y analizando la labor que realiza el científico del Derecho, puede observarse que éste actúa a través de diversos niveles interrelacionados y estrechamente vinculados unos a otros. Según E. Díaz, «puede decirse que el trabajo del jurista, como el de todo científico, se realiza y lleva a cabo en tres planos diferentes, pero íntimamente conexiónados entre sí: uno, el plano de la descripción; dos, el plano de la explicación y sistematización; tres, el plano de la operatividad y aplicación a la realidad»². Ante todo, es preciso evitar que las normas jurídicas carezcan

1. Vid. KANT, E., *Teoría y práctica* (trad. de J. Miguel Palacios, M. Francisco Pérez y Roberto Rodríguez), Madrid, Tecnos, 1986, pp. 3 y ss.

2. A partir del estudio de una obra del prof. Ruiz-Giménez, tratando el problema específico de la ciencia jurídica, E. Díaz comenta, respecto a las normas jurídicas, la existencia de tres planos correlativos en la labor del jurista: «a) trabajo de localización de las normas válidas utilizables para el tratamiento de un caso concreto; b) trabajo de interpretación de las normas, de conexión de normas para la construcción

de proyección social, es decir, que resulten inaplicables o se haga una aplicación injustificada de las mismas. Para este mismo autor, «el trabajo necesario para la aplicación del Derecho, trabajo rigurosamente científico, implica una labor de investigación-interpretación y de construcción-reelaboración (de la norma y de la realidad) que constituye la dimensión más radical y profunda en que se sitúa la función del jurista y de la Ciencia jurídica en la sociedad de nuestro tiempo»³.

Por otro lado, es incuestionable que en las sociedades actuales se requieren altos niveles de justificación en toda clase de decisiones jurídicas a adoptar por todo tipo de operadores del Derecho. Con ello se alude constantemente a la necesidad de legitimar el tratamiento de los conflictos nacidos en el seno de la sociedad y que son resolubles por la vía administrativa o jurisdiccional. En un Estado de Derecho hay que exigir de todos aquellos agentes jurídicos que tomen decisiones públicas que las fundamenten y las justifiquen. El modelo de racionalidad construido por las teorías de la argumentación jurídica, que han cobrado especial relevancia hoy en día, intenta responder a estas exigencias⁴. Tanto el legislador, como los jueces, funcionarios administrativos, abogados, juristas en general, etc., si no quieren ver peligrar esa necesaria relación entre el Derecho y la sociedad, entre teoría y práctica jurídicas, deben actuar, en sus respectivas tareas de conformar el Derecho, guiados por razonamientos prácticos, orientados por pautas racionales. No obstante, hay que tener en cuenta, como indica J. de Lucas, «que el razonamiento jurídico

de instituciones y conceptos jurídicos fundamentales, y de sistematización de unas y otras —normas e instituciones— en un todo coherente de carácter general; c) trabajo, finalmente de aplicación de las normas, para la resolución de los casos concretos de la vida real y para la implantación de un cierto sistema de valores en una determinada sociedad». *Vid.* DÍAZ, E., *Sociología y Filosofía del Derecho*, Madrid, Taurus, 1977, pp. 69 y ss.

3. *Vid.* *Ibid.*, pp. 71 y ss.

4. Para las diversas teorías de la argumentación jurídica, el concepto de racionalidad jurídico-instrumental propio de las doctrinas clásicas iusprivatistas no es ni suficiente ni adecuado. La racionalidad jurídica no sólo consiste en seguir determinadas pautas de interpretación partiendo de taxativas fuentes del Derecho, establecidas por cada ordenamiento jurídico. Además de la necesidad de una racionalidad institucional o «interna», fundamentada en las propias relaciones entre las normas y principios de un mismo ordenamiento, cobra especial importancia la noción de aceptabilidad racional de las decisiones, vinculada con la argumentación y el convencimiento. Partiendo, fundamentalmente, de la distinción entre racionalidad según fines y racionalidad según valores en Weber, y sobre todo del concepto de acción comunicativa de Habermas, el gran logro de estas teorías actuales ha sido el mostrar la independencia de la racionalidad práctica o discursiva respecto a la racionalidad teórica, y la consiguiente necesidad de reivindicar la importancia de la primera en el razonamiento jurídico. Acerca del concepto de aceptabilidad racional, sobre el que insistiremos más adelante, puede verse AARNIO, A., *The rational as reasonable: a treatise on legal justification*, D. Reidel Publishing Co., 1987. En este trabajo ha sido utilizada la edición castellana *Lo racional como razonable* (trad. de Ernesto Garzón Valdés), Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1991.

sea una especie del razonamiento práctico comporta, entre otras cosas, que se trata de un razonamiento de condiciones suficientes, pero no necesarias, algo que encontramos ya en la teoría clásica acerca de la razón práctica, que tendría como emblema el *dictum* kantiano (nuestra necesidad de actuar excede siempre nuestra posibilidad de conocer), y que es definida como correcta *ratio* cuyo resultado —su “verdad”— ha de ser permanentemente corregida: su conclusión es un juicio de valor o normativo, no un juicio de verdad o falsedad. Supone, pues, reconocer un uso específico de la razón cuyo sentido es la acción, la conducta, que nos permite justificar, orientar, evaluar los comportamientos»⁵. La primera cuestión a dilucidar, por tanto, es cómo puede y debe construirse un concepto adecuado de racionalidad práctica, a su vez aceptable y aplicable al mundo jurídico. R. Alexy ha hecho especial hincapié en el concepto de razón o racionalidad práctica, partiendo de la discusión de las teorías de Wittgenstein, Austin, Stevenson, Hare, Toulmin, Baier, Lorenzen, Schwemmer, Perelman, y especialmente de las ideas de Habermas. Aquel autor trata de construir una teoría general del discurso práctico racional y de estudiar cuáles son las relaciones de este discurso general con el discurso práctico jurídico⁶. Para Alexy, «un enunciado normativo es correcto o verdadero cuando puede ser el resultado de un determinado procedimiento, es decir, el del discurso racional»⁷. En principio, conviene advertir que previamente a la discusión sobre la racionalidad de los argumentos jurídicos deben fundamentarse racionalmente los juicios prácticos o morales en general⁸. La teoría procedimental de este autor parte del establecimiento de cinco principios generales de racionalidad práctica, que son condiciones necesarias para argumentar racionalmente, y que son los siguientes: consistencia, eficiencia, coherencia, universalidad y sinceridad. El discurso jurídico es para Alexy un caso especial del discurso práctico general donde se discuten cuestiones prácticas, con una pretensión

5. Vid. DE LUCAS, J., «El razonamiento jurídico como razonamiento moral limitado», ponencia presentada al seminario sobre Racionalidad y Derecho, Valencia, Universidad Internacional Menéndez y Pelayo, 1992.

6. ALEXY, R., *Theorie der juristischen Argumentation*, Surkamp, Frankfurt, 1978. Para este trabajo ha sido utilizada la edición castellana, *Teoría de la argumentación jurídica* (trad. de Manuel Atienza e Isabel Espejo), Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1989.

7. Vid. ALEXY, R., «La idea de una teoría procesal de la argumentación jurídica», en *Derecho y filosofía*, Ernesto Garzón Valdés (compilador), Barcelona/Caracas, ed. Alfa, 1985, pp. 43 y ss.

8. Según indica el propio Alexy, «no son posibles teorías morales materiales que para cada cuestión práctica permitan extraer con seguridad intersubjetivamente concluyente precisamente una respuesta, pero sí que son posibles teorías morales procedimentales que formulan reglas o condiciones de la argumentación o decisión práctica racional. Una versión especialmente prometedora de una teoría moral procedimental es la del discurso práctico racional». Vid. ALEXY, R., «Sistema jurídico, principios jurídicos y razón práctica», en *Doxa* núm. 5, Alicante, 1989, pp. 139 y ss.

de corrección y dentro de determinados límites⁹. Con ello, advierte que la ciencia del Derecho no se circunscribe al aspecto puramente descriptivo de las normas jurídicas, sino que deben precisarse las reglas o procedimientos utilizables para justificar las decisiones jurídicas. El razonamiento práctico-jurídico se lleva a cabo mediante reglas pragmáticas, referidas al comportamiento de los hablantes, que no garantizan que los resultados obtenidos a través de las mismas sean ciertos o verdaderos, sino correctos y, por tanto, racionales. Tal y como afirma Atienza, refiriéndose a la obra de Alexy: «El procedimiento del discurso jurídico se define, pues, por un lado, por las reglas y formas específicas del discurso práctico general y, por otro lado, por las reglas y formas específicas del discurso jurídico que, sintéticamente, expresan la sujeción a la ley, a los precedentes judiciales y a la dogmática.»¹⁰

Según concreta Alexy, una teoría de la argumentación jurídica tiene que satisfacer cuatro condiciones de adecuación: las decisiones jurídicas deben realizarse (i) dentro del marco de las normas jurídicas vigentes, lo que remite a la noción de sistema jurídico (ii) tomando en cuenta los precedentes judiciales y (iii) enmarcada en la dogmática elaborada por la ciencia del Derecho practicada institucionalmente, y además (iv) debe ser fundamentable correcta o racionalmente¹¹. Por tanto, el procedimiento de argumentación jurídica o discurso jurídico tiene un carácter institucionalizado, es decir, se regula por normas jurídicas obligatorias, que a su vez deben estar justificadas. Habría que añadir, siguiendo a Atienza, que en Alexy pueden distinguirse dos tipos de argumentación jurídica: la argumentación jurídica en sentido estricto, llevada a cabo por la dogmática jurídica, y la argumentación jurídica en sentido amplio, que incluiría también la argumentación legislativa, la argumentación del juez, la de las partes en el proceso, la de la opinión pública, etc.¹²

El objeto de este trabajo es el estudio y análisis de la argumentación jurídica en sentido estricto, es decir, del papel que juega la dogmática jurídica o ciencia del Derecho en la teoría de la argumentación de Alexy. La importancia que este autor otorga a la dogmática jurídica es fundamental. Se trataría de una visión superadora de la concepción iusprivatista que ha dominado la conciencia jurídica decimonónica y que ha atribuido hasta ahora a la ciencia del Derecho un carácter eminentemente descriptivo o cognoscitivo, reduciendo su función a la descripción de las normas vigentes en un determinado ordenamiento jurídico y a la reproducción y transmisión del conocimiento jurídico. Esta visión tradicional se limitó a asignar a la dog-

9. Cfr. al respecto ALEXY, R., 1989, pp. 205 y ss.

10. Vid. ATIENZA, M., *Las razones del Derecho. Teorías de la argumentación jurídica*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1991, p. 193.

11. Cfr. ALEXY, R., 1985, pp. 55 y 56.

12. Cfr. ATIENZA, M., 1991, pp. 192 y 193.

mática el estudio del contenido del Derecho positivo. La consecuencia más significativa de esta visión iusprivatista es la opinión bastante generalizada, incluso actualmente, de que la dogmática jurídica es irrelevante porque no resuelve los problemas más importantes de la sociedad. Como hemos comentado con anterioridad, la inoperancia práctica del saber dogmático se ha producido por la separación entre teoría y práctica jurídicas, que ha reducido el círculo de destinatarios de tal conocimiento, desligándolo de los problemas sociales y jurídicos más urgentes y acuciantes por solucionar en cada momento. Sin embargo, ya hemos tenido ocasión de exponer que esta visión reduccionista no puede ser aceptable ni tiene sentido hoy en día. La dogmática jurídica no responde en la actualidad a ese modelo iusprivatista porque realiza otras funciones, interviniendo en el campo de las decisiones públicas y resolviendo también problemas importantes de carácter práctico. Como afirma Calsamiglia, la dogmática jurídica no sólo tiene funciones cognoscitivas, sino también justificadoras e ideológicas, ya que «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 (...) Las teorías justificadoras no tienen por qué ser o irracionales o iusnaturalistas. 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 —sin duda de una forma incompleta— constituye uno de los precedentes y uno de los modos de justificar decisiones públicas»¹³.

En el sentido apuntado, las funciones que debe desarrollar la dogmática jurídica no son específicamente negativas, sino también positivas o creadoras. La vinculación inquebrantable del jurista al Derecho positivo, aceptando las normas que le son dadas como «dogmas» y limitándose a reproducirlas sin que quepa su discusión a un nivel práctico, no es, ni mucho menos, la tarea primordial a desarrollar por la ciencia del Derecho actual. La función positiva exige que, además de explicar su contenido, el jurista penetre en la justificación y la valoración de las normas. Señala al respecto E. Díaz que «la Dogmática jurídica no debe sólo, ni siquiera preferentemente, aparecer en su aspecto, digamos negativo, de obstáculo o límite que el jurista no puede sobrepasar en su trabajo de aplicación del Derecho positivo. La seguridad jurídica exige, en efecto, que la norma sea respetada y que no se introduzcan por los órganos jurisdiccionales elementos y criterios valorativos contrarios a esa normatividad, que-

13. *Vid.* CALSAMIGLIA, A., «Las funciones de la dogmática jurídica», ponencia presentada al seminario sobre Crítica de los paradigmas de la teoría del Derecho, Valencia, Universidad Internacional Menéndez y Pelayo, 1991.

dando así enmarcada la actividad del jurista dentro del sistema normativo de que se trate. Pero lo importante de la Dogmática jurídica, como ciencia auténtica, consiste en su faceta afirmativa de investigación en profundidad y de reconstrucción del sistema normativo para su correcta aplicación y realización en una sociedad»¹⁴.

R. Alexy es uno de los autores que ha puesto de manifiesto la importancia y trascendencia de la dogmática jurídica en la actualidad¹⁵. La intención principal del presente trabajo es analizar y discutir la concepción mantenida por este autor en torno a la dogmática o ciencia del Derecho, y comentar algunas de sus posibles consecuencias en relación a la toma de decisiones jurídicas.

II. HACIA UN NUEVO CONCEPTO DE DOGMÁTICA JURÍDICA

Qué debe entenderse por dogmática jurídica no resulta fácil de delimitar, pues no existe una definición aceptada con carácter general. La misma ambigüedad del concepto de Derecho, unida a la dificultad de diferenciar entre ciencia del Derecho y su objeto, complican la posibilidad de definirla. No obstante, cabe entender por dogmática jurídica, en su acepción usual y estricta, a la ciencia del Derecho o jurisprudencia. Con un carácter algo más específico, pero no por ello exenta de cierta generalidad, la define Aarnio como aquella parte de la ciencia del Derecho consagrada a la interpretación y a la sistematización de las normas jurídicas¹⁶. El punto de partida consiste, pues, en revisar ciertas características y presupuestos que se le atribuyen con carácter general por parte de la doctrina. En principio, pueden señalarse dos sentidos o puntos de vista diferentes al enfocar la cuestión de explicar el concepto de dogmática jurídica: cabe entenderla como una actividad y también como un resultado¹⁷.

A) Como actividad. La dogmática realiza una serie de actividades específicas. Calsamiglia la sitúa como el saber específicamente jurídico que estudia el aspecto normativo del Derecho y por ello se la denomina ciencia jurídica en sentido estricto. Los juristas dogmáticos forman una comunidad con unos presupuestos y unas reglas de

14. Vid. DÍAZ, E., 1977, p. 74.

15. Respecto a la argumentación dogmática, ALEXY, R., 1989, pp. 240 y ss. En un artículo más reciente, de 1990, junto a Ralf Dreier, publicado en *Ratio Juris*, al que también haremos referencia, perfila un concepto de jurisprudencia acorde con las directrices ya aportadas en aquel trabajo anterior.

16. Cfr. AARNIO, A., *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit* (publié sous la direction d'A. J. Arnaud), Paris-Bruxelles, LGDJ et Story-Scientia, 1988, pp. 106-107.

17. Sobre esta distinción puede verse ALEXY, 1989, nota 112, p. 244, donde se citan referencias bibliográficas a propósito de la distinción entre dogmática como actividad y como resultado.

juego que determinan el marco de su actividad¹⁸. Para Atienza, el objeto de estudio del dogmático es un sistema jurídico determinado¹⁹, dotado de vigencia, y en el que sus proposiciones se efectúan desde un punto de vista interno —en sentido hartiano—, reconociendo además en su actividad una dimensión sociológica y política²⁰.

B) Como resultado. La dogmática jurídica puede ser también definida como un sistema de enunciados, al mismo tiempo que es una disciplina científica. Antes de entrar en el análisis de tales enunciados, conviene señalar que Alexy sostiene una concepción dualista de la dogmática o jurisprudencia, pues la define como *a general juristic theory of law and legal science* (teoría del Derecho y ciencia jurídica)²¹. Esta definición supone la superación de la tradicional dicotomía entre teoría y práctica, ya que cabe distinguir en aquella al menos dos sentidos: uno normativo, es decir, que trata de explicar cómo debe ser comprendida y practicada, y otro descriptivo, referido a cómo es entendida generalmente. Pero esta dualidad no es suficiente. Frente a la ya clásica distinción entre escuelas o teorías del discurso racional analíticas (que ponen un especial énfasis en la estructura lógica de los argumentos), empíricas (que se ciñen a explicar qué clases de argumentos se utilizan y qué efectos producen los mismos), y normativas (que intentan fundamentar el discurso a través de criterios normativos racionales), este autor propone una definición novedosa e integradora: la jurisprudencia contiene las tres dimensiones señaladas²².

18. Cfr. CALSAMIGLIA, A., *Introducción a la ciencia jurídica*, Barcelona, ed. Ariel, 1986, p. 78.

19. Respecto a la relación entre el sistema jurídico y la dogmática jurídica, Caracciolo afirma que: «La denominada ciencia jurídica dogmática presupone que es posible reelaborar el material normativo del que tiene que dar cuenta en términos de la noción de sistema, esto es, en términos de relaciones entre normas (...). La reelaboración sistemática de un material normativo —limitada por el problema o problemas que tienen que ser resueltos— constituye una de las tareas de la denominada dogmática jurídica (...). No obstante, esa tarea de sistematización supone la previa identificación del material normativo admisible». Vid. CARACCILO, R., *Sistema jurídico. Problemas actuales*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1988, pp. 12 y 15. También puede verse al respecto: LUHMANN, N., *Rechtssystem und Rechtsdogmatik*, Stuttgart, Berlin, Köln, Mainz, Verlag Kohlhammer GbH, 1974, de la que existe edición en castellano: *Sistema jurídico y dogmática jurídica* (trad. de Ignacio de Otto), Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1983.

20. Cfr. ATIENZA, M., *Introducción al Derecho*, Barcelona, ed. Barcanova, 1985, pp. 275-276.

21. Cfr. ALEXY, R., and DREIER, R., «The Concept of Jurisprudence», *Ratio Juris*, vol. 3, núm. 1, March 1990, pp. 1-13.

22. Este autor concede una especial importancia al concepto de «generalidad» aplicado a la teoría del Derecho («a general juristic theory of law»), puesto que tal añadido supone romper con la caracterización tradicional de la dogmática jurídica como aquel Derecho de un cierto o concreto sistema legal, para ampliarla al Derecho de «todos los posibles sistemas legales». Dado que la jurisprudencia es un sistema de enunciados, la nota de la generalidad supone que existen en aquella las tres dimensiones señaladas: (i) en la dimensión analítica, generalidad significa la necesidad de

Según sugiere el mismo Alexy, resulta preferible hablar de enunciados dogmáticos, ya que el uso de argumentos sistemático-conceptuales, junto a otros argumentos, en especial argumentos prácticos de tipo general, es necesario y racional. La definición que proporciona este autor se formula a partir de cinco condiciones: «Una dogmática del Derecho es (1) una serie de enunciados que (2) se refieren a las normas establecidas y a la aplicación del Derecho, pero no pueden identificarse con su descripción (3) están entre sí en una relación de coherencia mutua (4) se forman y discuten en el marco de una ciencia jurídica que funciona institucionalmente, y (5) tienen contenido normativo.»²³

Después de haber expuesto brevemente los dos sentidos aplicables a la dogmática jurídica, desarrollaremos con mayor minuciosidad ambas perspectivas de análisis.

A) La dogmática como actividad. Las funciones de la dogmática jurídica

En relación al primer aspecto comentado, es decir, la dogmática jurídica como actividad, es esta una disciplina plurifuncional.

Calsamiglia afirma que la dogmática presenta un carácter híbrido al contener tanto aspectos cognoscitivos como prácticos, desarrollando tanto funciones descriptivas como prescriptivas en las que el elemento ideológico cobra especial relevancia²⁴. Por su parte, Atienza atribuye a la jurisprudencia el carácter de disciplina normativa respecto a su objeto (las normas jurídicas), a su método y a su función, pero a su vez se trata de una actividad valorativa que se orienta hacia la aplicación e interpretación del Derecho persiguiendo un fin eminentemente práctico, por lo que también le atribuye ese doble carácter²⁵.

En su teoría de la argumentación jurídica, Alexy se refiere al carácter «pluridimensional» de la dogmática jurídica, ya que distin-

realizar un análisis lógico-estructural tanto del sistema jurídico global como de ciertos conceptos jurídicos (norma, permiso, obligación, prohibición, etc.); (ii) en la dimensión empírica, generalidad supone que los enunciados jurídicos deben ser examinados y comprobados; (iii) y en la dimensión normativa, generalidad quiere decir dos cosas: universalidad/validez (universality of validity) de los enunciados, y «posibilidad de generalizar» (generalizability) como criterio de justificación racional y de corrección de los enunciados normativos, estando ambos sentidos conectados: «generalizability in the sense of rational justification forms an argument in favour of the universality of validity». Habría que matizar que atribuir a la jurisprudencia la nota de generalidad no impide que aparezcan subdisciplinas en la misma, debido a un innegable y necesario alto grado de especialización jurídica profesional. Cfr. ALEXY, R., and DREIER, R., 1990, pp. 10-13.

23. *Vid.* ALEXY, R., 1989, p. 246.

24. Cfr. CALSAMIGLIA, A., 1986, cap. V, pp. 129 y ss.

25. Cfr. ATIENZA, M., 1985, pp. 274 y ss.

gue, como ha sido señalado unas líneas más arriba, tres dimensiones en la misma: 1) *empírico-descriptiva*, donde se describe el Derecho vigente, 2) *analítico-lógica*, respecto a su análisis sistemático y conceptual, y 3) *práctico-normativa*, referida a la elaboración de propuestas para la solución de casos jurídicos problemáticos²⁶. Aunque el planteamiento básico no difiera en esencia de los dos anteriores, introduce una dimensión intermedia entre el aspecto descriptivo (o intención cognoscitiva) y el aspecto prescriptivo (o intención práctica). La introducción de esta nueva dimensión no carece de sentido: la dimensión analítico-lógica incluiría tanto el análisis de los conceptos jurídicos como la investigación de las relaciones entre las distintas normas y principios, y por tanto no tendría una naturaleza ni propiamente cognoscitiva ni descriptiva, sino que poseería elementos de ambas.

La dimensión práctico-normativa quedaría exclusivamente referida a la búsqueda de criterios para resolver los problemas jurídicos, es decir, se trataría de una teoría de la justificación de argumentaciones jurídicas relativa a la proposición y fundamentación de la interpretación de una norma existente, de una nueva norma, institución o de una decisión judicial, incluso de la posible elaboración de una contrapropuesta. Con ello, la intención práctica del jurista dirigida hacia la justificación de decisiones es la vía para la introducción en el Derecho de criterios metajurídicos que en su caso servirían al objeto de modificar el propio Derecho positivo. En este sentido, puede hacerse una distinción entre el estudio y análisis de la relación entre normas, conceptos y principios jurídicos dentro del ordenamiento, que correspondería a una dimensión analítico-lógica, y por otro lado, la propia argumentación, construcción y reformulación del derecho, que correspondería a lo que Calsamiglia llama el «análisis interno del derecho», cuya finalidad es el justificar las decisiones, y que a su vez coincidiría con la dimensión práctico-normativa propuesta por Alexy.

No es tan importante distinguir y deslindar entre estas dimensiones. No se trata de establecer compartimentos estancos, sino de observar las posibles relaciones y conexiones que existen entre ellas. Como afirma el propio Alexy: «La descripción del Derecho vigente presupone un determinado instrumental conceptual, el análisis lógico del Derecho vigente no es posible sin su descripción, y para elaborar propuestas de normas y de decisiones, puesto que éstas tienen lugar en el marco del ordenamiento jurídico existente, es necesario el conocimiento de este ordenamiento jurídico.»²⁷

Este autor reconoce que las tareas atribuidas a la dogmática²⁸ no son suficientes desde el punto de vista justificativo, pues mediante

26. Cfr. ALEXY, R., 1989, pp. 241-242.

27. *Vid. ibíd.*, p. 242.

28. La dogmática jurídica tendría, en sentido estricto, tres tareas: (1) el análisis

el análisis lógico-deductivo no pueden alcanzarse nuevos contenidos normativos y además pueden darse carencias respecto a las argumentaciones concluyentes a la hora de justificar decisiones jurídicas. Ello le lleva a reformular la noción de dogmática en términos de enunciados, restando importancia al sentido de la misma como actividad. Sin embargo, puede darse una caracterización funcional que sea operativa a partir de las dimensiones previamente establecidas, es decir, a partir de la formulación de la dogmática jurídica en sentido amplio. Dicha formulación gira en torno a la noción de sistema jurídico. Para Atienza: «la dogmática jurídica, en relación con el sistema jurídico, cumple las tres siguientes funciones: a) suministrar criterios para la aplicación de las normas vigentes; b) suministrar criterios para el cambio del Derecho en las diversas instancias en que éste tiene lugar; c) elaborar un sistema conceptual con vistas a conseguir los dos anteriores objetivos»²⁹. Que la dogmática suministre criterios tanto para resolver los problemas prácticos como para reformular el Derecho vigente quiere decir que existe tanto un aspecto cognoscitivo o reconstructivo como un aspecto prescriptivo o justificatorio. La tercera función que desarrolla, o sea, la elaboración de un sistema conceptual con el contenido fundamental del Derecho aplicable, tiene especial importancia para lograr el mayor grado posible de efectividad jurídica. La construcción de un sistema dogmático permite la existencia de modelos de solución que puede adoptar el jurista sin tener que recurrir a una estricta legalidad formalista ni tampoco a la absoluta arbitrariedad en la toma de decisiones. El juez, al fundamentar sus decisiones, debe disponer de un sistema que le permita decidir casos no aisladamente, sino con el material normativo disponible. Incluso la construcción de un sistema dogmático contribuye a descubrir y sugerir nuevas preguntas al jurista cuando la decisión no esté del todo determinada. Según argumenta J. Esser: «Un sistema dogmático puede ser un fructífero punto de partida para nuevas observaciones y relaciones, pues en la medida en que sintetiza el estado de comprensión alcanzado en los respectivos problemas singulares y generaliza su fecundidad, se convierte también en iniciador de nuevos conocimientos que no se hubiesen ofrecido, ni menos aún hubiesen prevalecido, si la reflexión hubiese quedado aislada, sin sistematización.»³⁰

lógico de los conceptos jurídicos, (2) la reconducción de este análisis a un sistema, y (3) la aplicación de los resultados de este análisis en la fundamentación de las decisiones jurídicas. Cfr. ALEXY, R., 1989, p. 243.

29. *Vid.* ATIENZA, M., 1985, p. 276.

30. Citado por ALEXY, R., 1989, p. 260. Este importante poder social de la dogmática jurídica como motor de la transformación y del cambio en el Derecho se desprende también de la concepción de N. Luhmann: «El surgimiento de la dogmática jurídica presupone un cierto “nivel de organización” del sistema jurídico, en concreto la posibilidad de tomar decisiones vinculantes acerca de cuestiones jurídicas. Si esta posibilidad está garantizada se desplaza dentro del sistema jurídico la forma dominan-

B) La dogmática como resultado. Los enunciados dogmáticos

Como ha sido previamente comentado, para Alexy es conveniente entender por dogmática jurídica no un mero conjunto de actividades, sino de enunciados. Este autor atribuye a estos enunciados una serie de características tal que *Una dogmática del Derecho es (1) una serie de enunciados que (2) se refieren a las normas establecidas y a la aplicación del Derecho, pero no pueden identificarse con su descripción (3) están entre sí en una relación de coherencia mutua (4) se forman y discuten en el marco de una ciencia jurídica que funciona institucionalmente, y (5) tienen contenido normativo*³¹. El problema fundamental estaría en determinar qué tipos de enunciados pueden formar parte de la misma. Las cuatro primeras características enumeradas por este autor no plantean mayores problemas para su aceptabilidad, pero a nuestro juicio la quinta característica, es decir, que los enunciados tengan un contenido normativo³², plantea al menos la necesidad de determinar cuándo un enunciado tiene ese contenido.

Para C. E. Alchourron y E. Bulygin caben cuatro tipos de enunciados jurídicos: 1) Enunciados que prescriben actos coactivos. Son normativos y jurídicos, y por tanto forman parte del sistema jurídico. 2) Enunciados que ordenan, prohíben o permiten conductas, pero que no establecen sanciones. Son normativos, pero aisladamente no serían jurídicos y sólo adquieren ese carácter cuando forman parte de un sistema jurídico; por ejemplo, las normas de competencia. 3) Enun-

te de plantear el problema y tratar el caso. El problema ya no está solamente en la relación entre la expectativa normativa y el comportamiento efectivo, sino en último término en la relación entre la norma como premisa de decisión y la misma decisión. Se elaboran relaciones entre programas de decisión de vigencia general y decisiones de casos, se habla de "aplicación" del derecho (...). La dogmática jurídica nos ofrece una de las varias soluciones funcionalmente equivalentes para el problema de poner en relación las relaciones de aplicación del derecho, con notables ventajas en lo que se refiere al control sobre cantidades incontrolables de decisiones. Si nos apoyamos en esta concepción resultarán modificaciones esenciales en la imagen habitual de la dogmática. La dogmática ya no podrá situarse como una rótula en el eje fijación de normas-aplicación de normas, ni tampoco podrá ser limitada a la función de una ayuda de subsunción, ni a la función de una elaboración detallada de unos supuestos de hecho legales indeterminados, ni a la construcción jurídica de realidades para hacerlas subsumibles. Su función es transversal, es un control de consistencia con vistas a las decisiones de otros casos. Por ello, los análisis dogmáticos no solamente permiten reducir la indeterminación de las regulaciones legales, sino que permiten también aumentarla, en concreto cuando la dogmática ha de generalizar y problematizar normas para la inclusión de otras posibilidades de decisión. (...) La dogmática jurídica constituye el plano más elevado y más abstracto de las posibles determinaciones de sentido del derecho dentro del propio sistema jurídico.» *Vid.* LUHMANN, N., 1983, pp. 31-34.

31. Cfr. ALEXY, R., 1989, p. 246.

32. Para Alexy significa que estos enunciados pueden aducirse como argumentos para la decisión de cuestiones que no podrían resolverse únicamente con enunciados empíricos.

ciados que no son normativos, pero que influyen en los efectos normativos de otros enunciados. No son normas, pero en conexión con normas tienen relevancia normativa, y son jurídicos cuando integran el sistema; por ejemplo, una definición jurídica. 4) Enunciados que no tienen influencia alguna sobre las consecuencias normativas del sistema. Carecen de toda relevancia normativa en general y jurídica en particular; por ejemplo, los enunciados de una declaración política³³. Los enunciados de los apartados tercero y cuarto carecen de contenido normativo y, por tanto, no se podría hablar de los mismos como enunciados dogmáticos. Sin embargo, ello no sería congruente con las actividades que lleva a cargo la dogmática, comentadas en el apartado anterior³⁴.

Es fundamental para establecer una clasificación, aunque sólo sea aproximativa, entender que el contenido normativo puede ser atribuido a un enunciado por la comunidad dogmática. Para Alexy existirían: 1) Definiciones de los genuinos conceptos jurídicos. En contra de la opinión de los autores anteriores, sí tienen contenido normativo; por ejemplo, la expresión «legítima defensa». 2) Definiciones de otros conceptos jurídicos, que sólo pueden considerarse enunciados dogmáticos si son establecidos en el marco de una ciencia jurídica que funcione institucionalmente para que la formulación del concepto sea lo más precisa posible; por ejemplo, el concepto «alevoso» debe ser dotado de contenido normativo por la ciencia dogmática para que tenga relevancia jurídica. 3) Enunciados que expresan una norma no extraída de la ley. En principio podría dudarse de su carácter de pertenencia a la dogmática tal como aquí se ha determinado, pero para que un enunciado sea considerado perteneciente a la misma no es necesario que la mayoría de los juristas lo consideren correcto, sino que lo consideren propiamente dogmático, es decir, que se dé en el discurso jurídico y pueda por tanto tener consecuencias jurídicas. 4) Descripciones y caracterizaciones de estados de cosas. Son aceptados en la misma medida que los anteriores. 5) Formulaciones de principios. Son reconducibles a descripciones de estados de cosas por su alto nivel de generalización. Necesitan premisas adicionales para poder ser aplicados, pero cobran virtualidad como los anteriores³⁵. Por tanto, la noción de enunciado dogmático debe entenderse

33. Cfr. ALCHOURRON, C. E., y BULYGIN, E., *Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas y sociales*, Buenos Aires, ed. Astrea, 1971, pp. 106-107.

34. Así, por ejemplo, una definición jurídica o el contenido de una declaración política puede tener efectos normativos a través de la actividad dogmática. En la práctica científica los juristas dogmáticos sistematizan el Derecho eligiendo un cierto número de enunciados provenientes de la legislación, de la costumbre o de la jurisprudencia y procuran a partir de los mismos determinar sus consecuencias normativas. Esto parece claro respecto a las definiciones jurídicas, aunque enunciados del cuarto tipo, como pueden ser declaraciones políticas, serían casos límite, pues su pertenencia al sistema jurídico resulta al menos dudosa.

35. Cfr. ALEXY, R., 1989, pp. 246-250.

en un sentido amplio. Un enunciado no es dogmático por sí mismo, porque reúna determinadas características intrínsecas. Su pertenencia o no a un determinado sistema jurídico depende de las convicciones existentes de hecho entre los científicos del Derecho.

Otro problema que aparece respecto a este tipo de enunciados es su posible fundamentación. Alexy entiende que existe un uso no justificatorio de los enunciados dogmáticos, pues éstos pueden utilizarse sin necesidad de ser fundamentados. Ello sucede cuando uno de estos enunciados no es puesto en duda, pues su aceptación constituye una opinión dominante entre los juristas. Los únicos requisitos que deben cumplirse son dicha aceptación y la comprobación de tales enunciados³⁶. Un sistema jurídico no puede dotarse a sí mismo de instrumentos de identificación. La labor sistematizadora de la dogmática jurídica debe entenderse en el sentido de la necesidad de construir un sistema a partir de una serie de enunciados que puedan ser aceptados y comprobados e incluso reformulados en otro sistema. Lo específico de los enunciados dogmáticos es que pueden ser comprobados sistemáticamente³⁷. La comprobación sistemática puede hacerse de dos formas: a) en sentido estricto, comprobando la compatibilidad lógica de los enunciados entre sí, es decir, que no exista contradicción entre ellos, y b) en sentido amplio, comprobando la compatibilidad en general de las decisiones a fundamentar con ayuda de los distintos enunciados. Aquí se trataría de justificar decisiones a partir de los mismos enunciados. Según Alexy, el hecho de que un enunciado dogmático supere una comprobación sistemática en sentido estricto es una condición necesaria pero no suficiente para su aceptabilidad. Por tanto, la justificación práctica de los enunciados de un sistema debe hacerse con la ayuda de otros enunciados. La simple coherencia interna en un sistema, la ausencia de contradicciones entre los enunciados del mismo, no es suficiente para asegurar que en el sistema se den las funciones de estabilidad y progreso propias de los sistemas que componen un orden jurídico. Por ello, añade que ante la decisión de un caso singular es necesario elegir entre enunciados dogmáticos alternativos que hay que fundamentar de nuevo con enunciados prácticos de tipo general³⁸. En resumen, las reglas de juego de la dogmática serían fundamentalmente tres:

36. Cfr. *ibíd.*, pp. 250 y ss.

37. Resulta necesario en este contexto distinguir entre fundamentación y comprobación de enunciados dogmáticos. Según Alexy, una fundamentación tiene lugar cuando un enunciado se deriva de otros enunciados, y una comprobación cuando se cuestiona si se pueden aceptar enunciados que derivan de un enunciado, bien sea aisladamente o bien conjuntamente con otros enunciados. Cfr. ALEXY, R., 1989, p. 251.

38. Cfr. *ibíd.*, p. 258.

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

2) *Todo enunciado dogmático debe poder pasar una comprobación sistemática, tanto en sentido estricto como en sentido amplio.*

3) *Si son posibles argumentos dogmáticos, deben ser usados.*

Estas reglas no son útiles para determinar qué enunciados pueden formar parte del sistema, pero tienen importancia para la fundamentación de decisiones, ya que esta fundamentación no puede hacerse sólo con los enunciados dogmáticos de las que derivan, sino que además son necesarios enunciados empíricos que derivan de las propias convicciones de los agentes jurídicos, del consenso de lo que se ha denominado «comunidad dogmática». La fundamentación puede ser suficiente mediante argumentaciones prácticas generales dentro del mismo discurso, sin necesidad de acudir a hipotéticas meta-normas que cierren el sistema. La idea del consenso entre la comunidad jurídico-dogmática debe estar basada en la aceptabilidad racional de la argumentación jurídica, tal como lo ha indicado Aarnio³⁹. Este autor formula un principio regulativo de la dogmática jurídica, partiendo de la idea de la aceptabilidad racional de las decisiones, a su vez fundamentado en la noción de audiencia o auditorio universal de Perelman. Tal principio regulativo es el siguiente: *La dogmática jurídica debe intentar lograr aquellas interpretaciones jurídicas que pudieran contar con el apoyo de la mayoría en una comunidad jurídica que razona racionalmente*⁴⁰. La maximización de la aceptabilidad racional queda referida a las valoraciones relevantes para solucionar un determinado problema jurídico: «cuanto más miembros racionales de esta audiencia ideal acepten la posición, tanto mayor es la relevancia social de la misma. Si la posición pudiera ser aceptada por la mayoría de tales miembros, sería la más relevante de todas las posiciones rivales con respecto a ese problema jurídico»⁴¹. Puede aducirse como contraargumento, como hace Ruiz Manero respecto a algunos trabajos anteriores de Aarnio, que la aceptación de hecho entre la comunidad jurídica puede alcanzarse a través

39. El concepto de dogmática jurídica mantenido por Aarnio no se encuentra muy alejado de la concepción sustentada por Alexy. El primero la define a partir de cuatro elementos: «La dogmática jurídica está ligada siempre —al menos en un cierto grado— a suposiciones básicas jurídico-positivistas, toma como punto de partida una cierta lista de fuentes del derecho, depende de ciertas reglas y principios metodológicos y, en ciertas situaciones, toma decisiones basadas en valores.» Cfr. AARNIO, A., 1991, pp. 51 y ss.

40. Cfr. *ibíd.*, p. 286.

41. *Vid. ibíd.*, pp. 286 y ss. Algunas precisiones en torno al principio regulativo del razonamiento jurídico mantenido por este autor, especialmente en torno al concepto de auditorio y el principio de la mayoría, pueden encontrarse en AARNIO, A., «La tesis de la única respuesta correcta y el principio regulativo del razonamiento jurídico» (trad. de Josep Aguiló Regla), *Doxa* núm. 8, Alicante, 1989, pp. 23 y ss.

de medios meramente manipulatorios o persuasivos, o incluso compulsivos; o que la aceptación o no de un determinado cuadro de valores básicos en dicha comunidad no es asunto de argumentación racional, sino de persuasión⁴². Pese a tales fundadas objeciones, que parten de la, no siempre nítida, distinción entre convencer y persuadir⁴³, el criterio del consenso basado en la aceptabilidad racional puede ser un buen punto de partida para argumentar jurídicamente⁴⁴.

42. Cfr. RUIZ MANERO, 1985, «Consenso y rendimiento como criterios de evaluación en la dogmática jurídica. (En torno a algunos trabajos de A. Aarnio)», *Doxa* núm. 2, Alicante, 1985, pp. 209 y ss.

43. En torno a esta distinción, se dice que la justificación usada para convencer es aceptable racionalmente, mientras que los argumentos utilizados para persuadir implican meramente eficacia, pero no aceptabilidad racional por parte del auditorio. El propio Aarnio no desconoce el riesgo de tal confusión. Escribe que «la relevancia (social) no está basada en la presión de argumentos persuasivos o en la mera autoridad formal, sino en la *fuerza racional de la justificación*. Tal interpretación (que la mayoría de los miembros de la comunidad jurídica llegaran a la conclusión de que es razonable aceptar la posición presentada) satisface también máximamente la expectativa de certeza jurídica de la sociedad. Y, además, este punto de vista posee la máxima legitimidad en esa sociedad». *Vid.* AARNIO, A., 1991, p. 287.

44. El problema fundamental en torno a la idea del consenso racional se encuentra en la distinción entre discursos ideales y reales. Para Alexy, el problema se refiere a la cuestión de si un discurso ideal llevaría a un consenso en cada cuestión práctica. El consenso ideal es aquel que presenta tres características: a) un número de participantes igual e ilimitado, b) un tiempo eterno, y c) un conocimiento ilimitado, que quiere decir que los participantes posean una información empírica completa, y la capacidad y disposición completas para el intercambio de roles y completa carencia de prejuicios. El mismo autor afirma que: «Esta cuestión (la planteada más arriba) no se puede resolver. No hay ningún procedimiento que permita una prognosis segura sobre cómo procederían los participantes en el discurso en cuanto personas reales, bajo las condiciones admitidas, y no reales, del discurso ideal. No puede por ello ni excluirse ni aceptarse una garantía de consenso», pero en relación con los discursos reales «sólo es posible discursivamente lo que puede ser el resultado de un discurso (ya se trate de un consenso o un disenso), y sólo lo que es posible discursivamente es correcto en el sentido procedimental relativo. La relatividad, por ello, se refiere a cuatro cosas: 1) las reglas del discurso; 2) la medida de su cumplimiento; 3) los participantes, y 4) la duración del discurso (...) la teoría del discurso es una teoría no definida concluyentemente. El que la teoría no esté definida concluyentemente no significa, sin embargo, que sea inútil o que no pueda desplegar ninguna eficacia en la realidad (...) La aplicación de las reglas del discurso no llevaría ciertamente a la seguridad en toda cuestión práctica, pero sí a una considerable reducción de la existencia de irracionalidad. Si se desea utilizar los conceptos de relatividad y de objetividad de las normas morales, entonces se podría decir que el resultado del discurso no es ni sólo relativo ni sólo objetivo. Es relativo en la medida en que se determina por medio de las características de los participantes; y objetivo en la medida en que depende de la realización del procedimiento definido a través de las reglas del discurso. Esto significa que la comprobación discursiva no lleva ciertamente al campo de la seguridad, pero sí fuera del campo de la simple opinión y decisión, lo que justifica la utilización del concepto de corrección relativa». *Vid.* ALEXY, R., 1989, pp. 301-304.

III. LA IMPORTANCIA ACTUAL DE LA DOGMÁTICA JURÍDICA

Tras haber analizado algunos de los sentidos que se le atribuyen a la dogmática, especialmente a través de la concepción sustentada por Alexy, donde adquiere mayor relevancia la noción de enunciados dogmáticos en los que es condición suficiente la aceptación y comprobación de los mismos, y que pueden ser justificados en última instancia sólo a través de argumentos prácticos de tipo general, este mismo autor se pregunta si existe alguna razón en favor de la opinión de que en las fundamentaciones jurídicas, aparte de las normas jurídicas, los enunciados empíricos y algunas formas de argumentos que sirven para la aplicación de las normas, sólo son importantes argumentos prácticos de tipo general. Esta última cuestión conecta con la distinción que realiza el propio autor de seis funciones que desarrolla la dogmática positivamente, como concreciones de las anteriormente citadas⁴⁵, y que serían las siguientes:

1) *Función de estabilización.* Como la dogmática funciona institucionalmente, a través de la misma pueden fijarse, durante largos períodos de tiempo, determinadas formas de decisión. Pero esta función no debe ser sobrevalorada, pues los enunciados dogmáticos pueden ser modificados o rechazados en cualquier momento, y además en muchas fundamentaciones son necesarios también enunciados prácticos de tipo general.

2) *Función de progreso.* En conexión con la anterior, la dogmática institucionalizada posibilita la comprobación de los enunciados, ampliando la discusión jurídica en su dimensión temporal, objetiva y personal.

3) *Función de descarga.* Si los enunciados dogmáticos pueden ser comprobados y aceptados al menos de manera provisional, ello supone una descarga pues no es necesaria una nueva comprobación en muchos casos. No es necesario volver a discutir todo cada vez. Pero a pesar de ello, la dogmática también puede tener un efecto de carga, al aumentar las posibilidades de decisión⁴⁶.

4) *Función técnica.* La dogmática jurídica desarrolla una función de información, promueve la enseñanza y el aprendizaje de la materia jurídica y así su capacidad de transmisión.

5) *Función de control.* La dogmática posibilita que las decisiones jurídicas no se tomen de manera aislada, sino en relación con una serie de casos decididos y todavía por decidir, acrecentando así la eficacia del principio de universalidad y de justicia.

45. Cfr. *ibid.*, pp. 255 y ss.

46. La coincidencia entre Alexy y Luhmann en cuanto a la importancia de la actividad dogmática en el Derecho se refleja en las funciones que ambos le atribuyen. Puede verse al respecto LUHMANN, N., 1983.

6) *Función heurística*. La dogmática dispone de un material o instrumental, es decir, de una serie de modelos de solución, distinciones y puntos de vista que sirven de base para la toma de decisiones. La sistematización de los argumentos dogmáticos es una función muy importante, como quedó anteriormente reseñado.

En relación a la importancia de la dogmática y de las funciones que la misma desarrolla en el contexto social, este autor afirma que «Las dogmáticas jurídicas son instrumentos que pueden producir resultados que no serían posibles únicamente con los medios del discurso práctico general. (...) En esta medida, la dogmática es racional. (...) La argumentación dogmática es racional en la medida que no se pierda la retroacción con la argumentación práctica general.»⁴⁷ Esto significa que además de la importancia de la utilización de argumentos dogmáticos, en última instancia el uso de argumentos prácticos de tipo general es necesario en el ámbito del discurso jurídico.

Una de las críticas más visibles e importantes hacia la concepción anterior sería, siguiendo a Atienza, la dudosa utilidad de la dogmática jurídica. El uso de argumentos dogmáticos, tal y como lo formula Alexy⁴⁸, no parece regir en ordenamientos jurídicos —como puede ser el español— en los que la doctrina de los autores y la jurisprudencia de los tribunales no forman parte de las fuentes obligatorias del sistema⁴⁹. A pesar de estas limitaciones actuales respecto al papel o funciones a desarrollar por la argumentación dogmática, es cierto que todavía queda mucho por descubrir⁵⁰, especialmente en los con-

47. *Vid.* ALEXY, R., 1989, p. 261.

48. La tercera regla de la dogmática (J. 12) dice que: «Si son posibles argumentos dogmáticos, deben ser usados.» *Vid.* ALEXY, R., 1989, p. 261.

49. *Cfr.* ATIENZA, M., 1991, pp. 229-230. En relación al Derecho español, el Código Civil dispone en su art. 1.6.º, que «La jurisprudencia complementará el ordenamiento jurídico con la doctrina que, de modo reiterado, establezca el Tribunal Supremo al interpretar y aplicar la ley, la costumbre y los principios generales del Derecho.» No obstante, existe un consenso bastante generalizado entre la doctrina para incluir entre las fuentes del derecho a la jurisprudencia, aunque con algunas limitaciones.

50. Sobre el futuro de la dogmática jurídica, Luhmann se plantea ciertas cuestiones desde el punto de vista de su análisis sociológico: «La cuestión de futuro de la dogmática jurídica ha de formularse con la correspondiente complejidad. Suena así: ¿Se puede y se debe mantener y desarrollar como nivel de reflexión del derecho este nivel de generalización e indiferencia frente a los efectos a pesar de la gran alteración de las condiciones sociales?, ¿o no lo permite el número de conexiones del derecho con un sistema social en rápido cambio? ¿Se puede, en las circunstancias actuales, garantizar la integración social del derecho solamente en el plano más concreto de la producción y del cambio de programas jurídicos? ¿Impide la reforzada y acelerada producción de normas jurídicas, sólo por su rapidez, el ulterior desarrollo de la dogmática jurídica en conexión con un material normativo tan fluctuante? ¿La dogmática será capaz, debido a su potencial de abstracción, de desarrollar una flexibilidad que anticipe y comprenda también los cambios jurídicos? Finalmente: ¿Podría la producción de normas jurídicas, aun excluyendo por su cuantía y rapidez el desarrollo de una dogmática adecuada, compensar su falta, o se pagará la positividad del derecho al precio de un proceso de des-diferenciación de política y derecho, de tal forma que

textos reales de discusión. Un buen comienzo es, sin duda, el estudio y el análisis de las funciones que puede desarrollar la misma en el plano socio-jurídico. En el fondo, consistiría en dar un tratamiento no dogmático a la dogmática jurídica.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- AARNIO, A., «La tesis de la única respuesta correcta y el principio regulativo del razonamiento jurídico», *Doxa* núm. 8, Alicante, 1990.
- *Lo racional como razonable* (trad. de Ernesto Garzón Valdés), Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1991.
- ALCHOURRON, C. E./BULYGIN, E., *Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas y sociales*, Buenos Aires, ed. Astrea, 1971.
- ALEXY, R., «La idea de una teoría procesal de la argumentación jurídica», en *Derecho y filosofía*, Ernesto Garzón Valdés (compilador), Barcelona/Caracas, ed. Alfa, 1985.
- *Teoría de la argumentación jurídica* (trad. de Manuel Atienza e Isabel Espejo), Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1989.
- «Sistema jurídico, principios jurídicos y razón práctica», *Doxa* núm. 5, Alicante, 1989b.
- ALEXY, R./DREIER, R., «The concept of Jurisprudence», *Ratio Juris*, Vol. 3, núm. 1, March, 1990.
- ATIENZA, M., *Introducción al Derecho*, Barcelona, ed. Barcanova, 1985.
- *Las razones del Derecho. Teorías de la argumentación jurídica*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1991.
- CALSAMIGLIA, A., *Introducción a la ciencia jurídica*, Barcelona, ed. Ariel, 1986.
- «Las funciones de la dogmática jurídica», ponencia presentada al seminario sobre Crítica de los paradigmas de la teoría del Derecho, Valencia, Universidad Internacional Menéndez y Pelayo, 1991.
- CARACCILO, R., *Sistema jurídico. Problemas actuales*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1988.
- DE LUCAS, J., «El razonamiento jurídico como razonamiento moral limitado», ponencia presentada al seminario sobre Racionalidad y Derecho, Valencia, Universidad Internacional Menéndez y Pelayo, 1992.
- DÍAZ, E., *Sociología y Filosofía del Derecho*, Madrid, Taurus, 1977.
- KANT, E., *Teoría y Práctica* (trad. de J. Miguel Palacios, M. F. Pérez López, y R. Rodríguez Aramayo), Madrid, Tecnos, 1986.
- LUHMANN, N., *Sistema jurídico y dogmática jurídica* (trad. de Ignacio de Otto), Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1983.

la autonomía del sistema jurídico sólo se fundamente en la inercia, en la inamovilidad y en la inescrutabilidad de la masa de normas y no en la conclusividad y elegancia del argumento dogmático?». Para este autor, la respuesta a estas preguntas en relación a las funciones a desarrollar por la dogmática «depende muy esencialmente de lo que hagan los juristas cuando se le planteen tales preguntas». La dogmática jurídica «permanecerá o caerá según sea o no posible llevar las reflexiones y abstracciones jurídicas a un nivel que corresponda a la situación social o según que el ulterior desarrollo del derecho pase a la legislación y, por tanto, en gran medida a la política». *Vid.* LUHMANN, N., 1983, pp. 113 y 147, respectivamente.

- RUIZ MANERO, J., «Consenso y rendimiento como criterios de evaluación en la dogmática jurídica. (En torno a algunos trabajos de A. Aarnio)», *Doxa* núm. 2, Alicante, 1985.
- VV.AA., *Dictionnaire Encyclopédique de théorie et de sociologie du droit* (publié sous la direction d'A. J. Arnaud), Paris-Bruxelles, LGDJ et Story-Scientia, 1988.