

LA DOGMÁTICA JURÍDICA COMO TECNO-PRAXIS

Manuel ATIENZA

SUMARIO: I. *¿Es dogmática la dogmática jurídica?* II. *La dogmática jurídica no es una ciencia, sino una técnica.* III. *Tres planteamientos iusfilosóficos sobre la dogmática jurídica.* IV. *El punto de vista de los dogmáticos.* V. *Por qué una tecno-praxis.*

I. ¿ES DOGMÁTICA LA DOGMÁTICA JURÍDICA?

Aunque los juristas no suelen ser muy conscientes de ello, la dogmática jurídica es un saber polémico, y en varios sentidos. Lo es, para empezar, en cuanto a la propia denominación: “dogmática jurídica”, que suena ciertamente rara en el contexto de la cultura contemporánea. Seguramente, todo estudiante de derecho (de los países de derecho continental: en los que se emplea ese término) habrá sentido algún tipo de extrañeza cuando por primera vez oyó o leyó esa expresión; pero la costumbre, como se sabe, es una especie de segunda naturaleza, de manera que al cabo de algún tiempo habrá pasado a considerarla como algo normal: parte de la jerga de los juristas profesionales. Pruébese, sin embargo, a utilizar la expresión ante un auditorio ajeno a la comunidad jurídica (por ejemplo, en un contexto de científicos y/o de filósofos), y se verá que no es tan fácil de explicar que alguien se dedique hoy profesionalmente (y aceptado que no se trata de una profesión religiosa) a una actividad calificada por él mismo y por los demás de “dogmática”.

La extrañeza, como es más o menos obvio, proviene de que el lenguaje de los dogmas parece pertenecer a la esfera de los saberes sagrados (de la teología) y no a la de los profanos, lugar en el que, se diría, tendría que ubicarse el saber jurídico. El “dogmático del derecho” que se viera en la tesitura de tener que explicar a otros (hacia afuera) el uso de ese término podría, seguramente, aclarar que al mismo no se le debe dar ninguna connotación especial: expresa, simplemente, la circunstancia de que,

para el jurista teórico (para el estudioso del derecho), las normas jurídicas son datos que no puede someter a discusión y, por ello, funcionan precisamente como dogmas, como los puntos de partida a partir de los cuales tiene que operar. Y seguramente añadiría a ello que, dados los orígenes muy remotos del saber que cultiva (que se remontan por lo menos a la época clásica del derecho romano), no habría tampoco por qué extrañarse de la permanencia de esa tradición.

Sin embargo, esa hipotética explicación no es del todo satisfactoria. Y no lo es porque, a pesar de lo que suele pensarse, “dogmática jurídica” es una expresión de uso relativamente reciente. No fue la empleada habitualmente para referirse al saber tradicional de los juristas en la Edad Media (ni tampoco en el ámbito del derecho romano), sino que su introducción parece haberse producido más bien en el siglo XVIII¹ y se consolida a partir de la escuela histórica, desde comienzos del XIX. El que los juristas suelen hablar hoy comúnmente de “dogmática jurídica” viene a ser, pues, fundamentalmente, una herencia del positivismo jurídico (o de cierto tipo de positivismo jurídico). Y, en este sentido, puede resultar curioso el hecho de que Ihering (que contribuyó de manera muy importante a consolidar esa denominación), entendió por “dogmática jurídica” la parte más alta de la jurisprudencia (no la jurisprudencia sin más) que, según él, tenía un carácter eminentemente constructivo.

En efecto, en un texto de 1857, *Nuestra tarea*,² al igual que anteriormente en su *El espíritu del derecho romano* (en el tomo 2), Ihering distinguió entre una jurisprudencia inferior y una superior. El cometido de la primera sería meramente “receptivo”, en el sentido de que con ella se trata de establecer el material en bruto. La actividad fundamental consiste aquí en interpretar las fuentes, pero entendida la interpretación como una operación dirigida a descubrir la voluntad del legislador. Esos materiales estarían formados básicamente por lo que Ihering llama “reglas jurídicas” que, cuando son generales, serían (“se suele emplear la expresión”, dice Ihering: p. 255) “principios jurídicos” y, si tienen un carácter más especial y restringido, “proposiciones jurídicas”. De todas formas, para él la interpretación incluye no solo

¹ Véase Orestano, Riccardo, *Introduzione allo Studio Storico del Diritto Romano*, Torino, Giappichelli, 1961, pp. 241-2, nota, y Paresce, E., voz “dogmatica giuridica”, en *Enciclopedia del diritto*, Milán, Giuffrè, p. 679.

² Hay una traducción reciente acompañada por un estudio preliminar de Lloredo Alix, Luis, “Rudolf von Ihering: nuestra tarea (1857). En torno a la jurisprudencia de conceptos”, *Eunomía. Revista en [sic] cultura de la legalidad*, núm. 4, marzo-agosto 2013, pp. 234-275.

la exposición del contenido *inmediato* de la ley, sino también la extracción del *mediato*, es decir, la deducción del *principio* a partir de las decisiones particulares que están dadas en la ley y, a la inversa, el desarrollo de las *consecuencias* que se derivan del principio así construido. En suma, el ascenso y descenso lógico dentro de la ley (p. 254).

Por el contrario, el cometido de la jurisprudencia superior (para la que Ihering reserva, como se ha dicho, el nombre de “dogmática”) sería esencialmente constructivo. Consiste en la transformación de esa materia bruta en conceptos: “la transformación... consiste, *negativamente*, en despojar a la materia de su forma inmediatamente práctica e imperativa y, *positivamente*, en darle a ésta la forma de un *corpo jurídico*”, entendiendo por esta última expresión algo así como objetos conceptuales creados por el dogmático, mediante lo que Ihering llama las “leyes de la construcción jurídica”: la primera establece que lo que se construye tiene que coincidir con el material positivo; la segunda, que lo construido no debe ser contradictorio, y la tercera —la ley de la belleza jurídica— hace referencia a la elegancia de la construcción. Para Ihering, por lo tanto, “la materia original nos es dada, pero lo que saquemos de ella es, en realidad, nuestra propia creación: porque no se trata sólo de colocar la materia en un *orden* distinto, sino de configurarla” (p. 255). Y subraya además que “el interés de la construcción jurídica no es solamente científico... sino extremadamente práctico” (p. 255-6); “del mismo modo que los descubrimientos de las ciencias naturales, también los de la ciencia jurídica terminan siendo de utilidad para la vida” (p. 259), aunque no sea de manera inmediata, pues “la ciencia del Derecho no sería ciencia del Derecho, ni tampoco podría cumplir su finalidad práctica si sólo se empeñara en buscar lo inmediatamente práctico. Esta es otra de las buenas lecciones que la ciencia del Derecho romana nos ha legado: que la ciencia, *para ser verdaderamente práctica, no puede limitarse a lo práctico*” (p. 259); “la fusión de la ciencia con la vida es el objetivo al que debería tender nuestra ciencia jurídica” (p. 263).³

Pues bien, sin pretender para nada hacer un análisis filológico de la expresión “dogma” y “dogmática” (una tarea, por otro lado, de gran in-

³ He respetado la traducción castellana que vierte *Jurisprudenz* por “ciencia del Derecho”. Pero me parece que hubiese sido preferible utilizar la expresión “Jurisprudencia” que, en contra de lo que piensa el (por lo demás, excelente) traductor, no es que tenga “en el castellano actual otro significado más preciso” (p. 255 nota), sino otro significado además del de “ciencia del Derecho”; o sea, se trata de una expresión ambigua, pero la ambigüedad podría resolverse fácilmente escribiendo la palabra con mayúscula para referirse a esta última acepción.

terés y seguramente nada fácil de llevar a cabo), me parece que puede ser interesante señalar que, originariamente, los autores griegos usaron la expresión *dogma* en el sentido de opinión (etimológicamente significaría “lo que parece bueno”) y lo aplicaron a los decretos de las autoridades públicas y a los principios sustentados por varias escuelas filosóficas; los filósofos *dogmáticos* —puede leerse en el Diccionario de Ferrater Mora—⁴ eran aquellos que —frente a los escépticos— no prestaban mucha atención a los hechos o a los argumentos, sino a los principios. Más tarde, el término fue utilizado por los teólogos, con un significado más reducido; según Losano,⁵ en la segunda mitad del siglo IV pasó a significar no cualquier aserción indiscutible, sino únicamente las verdades reconocidas por la Iglesia católica. Además, según este autor, los dogmas nacen propiamente cuando ciertas verdades religiosas se vuelven objeto de discusión (no habría habido dogmas en el cristianismo más antiguo), de manera que puedan suscitar graves dudas entre los fieles. De ahí que el nacimiento de la teología sistemática (la rama de la teología que se ocupa de la sistematización de los dogmas) se vincule con la Reforma y con las guerras de religión de los siglos XVI-XVII (pp. 230-1). La dogmática jurídica vendría a ser, pues, el equivalente a la teología dogmática (o sistemática), y el uso de ese término podría entenderse justificado en la medida en que también en el derecho existirían ciertas verdades indiscutibles, inmutables: las que aparecen en el *Corpus iuris* que, efectivamente, durante mucho tiempo podría considerarse que funcionó como una especie de evangelio jurídico (p. 232), como la *ratio scripta*. Merece la pena añadir que, en la clasificación comúnmente aceptada de las “ciencias sagradas”, junto a la teología sistemática (a la que pertenece la dogmática) aparece la teología histórica y la teología práctica (en este último apartado es donde se incluiría el derecho canónico).⁶ Es decir, en la organización interna de la teología aparecen las tres funciones que hemos visto recogidas en la jurisprudencia de Ihering: la histórica o descriptiva (la jurisprudencia inferior), y la sistemática y práctica (jurisprudencia superior o constructiva).

Sea como fuere, lo que parece claro es que hoy en día el uso de la expresión “dogmática jurídica” resulta sumamente inadecuado para dar cuenta del saber característico de los juristas que tradicionalmente se denominó más bien jurisprudencia. Esa terminología sugiere una analogía

⁴ Ferrater Mora, José, *Diccionario de filosofía*, voz “dogma”, Barcelona, Ariel.

⁵ Losano, Mario G., *Sistema e struttura nel diritto. Vol. I, Dalle origini alla scuola storica*, Milán, Giuffrè, 2002.

⁶ Véase P. Fedele, voz “dogma”, *Enciclopedia del diritto*, Milán, Giuffrè.

con respecto a la teología, esto es, a un saber interpretativo vinculado a la existencia de textos sagrados e inmodificables, que (paradójicamente pues, como se ha dicho, fueron fundamentalmente los juristas positivistas quienes acuñaron el término) dejó de tener sentido desde la era del positivismo jurídico, en la que el derecho pasó a verse como un fenómeno histórico y propio de cada sociedad; en definitiva, como un fenómeno esencialmente mutable. Para cualquier jurista resulta hoy obvio que el derecho (lo que él entiende por derecho) tiene una naturaleza esencialmente convencional, aunque en un nivel muy abstracto puedan descubrirse ciertos contenidos y, sobre todo, ciertas formas (ciertos conceptos) más o menos comunes a todos los sistemas jurídicos; pero, precisamente, esos elementos necesarios de todos los sistemas jurídicos no se considera que sean el objeto de estudio de la dogmática (de ninguna de las dogmáticas), sino de la filosofía jurídica o de la teoría general del derecho. Pues bien, esa naturaleza convencional del derecho que, como digo, hoy no es una tesis seriamente discutida por nadie, hace que la crítica al legislador y, en consecuencia, las propuestas de modificación de las normas jurídicas sean rasgos típicos de los trabajos que llamamos de “dogmática jurídica” y que, naturalmente, no tienen equivalente en la elaboración propiamente dogmática que se efectúa a partir de los textos sagrados, como la Biblia o el Corán.

Alguien podría pensar en una manera de justificar el uso de la expresión “dogmática jurídica” en términos, por así decirlo, de analogía funcional. Se estaría aludiendo entonces, simplemente, a la existencia de datos que no se someten a discusión, de manera que los dogmas jurídicos serían equivalentes a los axiomas de la lógica o de la matemática o a ciertos presupuestos existentes en cualquier ciencia empírica que quedan fuera de la discusión (definen lo que suele llamarse el paradigma de esa disciplina) y que, en consecuencia —se dice—, funcionan también como dogmas. Pero esto no deja de ser una analogía que, por otra parte, podría ocultar diferencias de gran relieve. Los axiomas son proposiciones básicas que se aceptan sin demostración y que (en los últimos tiempos; a diferencia de lo que habría ocurrido en otras épocas) no se ven ya como verdades necesarias (evidentes), sino más bien como hipótesis o postulados que podrían sustituirse por otros (piénsese, por ejemplo, en las geometrías no-euclidianas o en las lógicas que no reconocen el principio de tercero excluido o de no contradicción). Por lo demás, los axiomas operan en el contexto de las ciencias formales, categoría a la que no pertenece la dogmática aunque, desde luego, el método axiomático (la construcción de un sistema lógico-deductivo) puede tener una cierta aplicación en ámbitos jurídicos. Y cuando se habla de los “dogmas” de la ciencia, la expresión

tiene un sentido más bien metafórico, que difiere del significado con que se utiliza a propósito de los dogmas teológicos o de los dogmas jurídicos. Merece la pena detenerse un momento en este último punto porque ello puede permitir aclarar, al menos en parte, una peculiaridad del saber jurídico tradicional, de la jurisprudencia.

En un texto un poco anterior a su famoso libro *La estructura de las revoluciones científicas*, titulado “La función del dogma en la investigación científica”⁷, Thomas Kuhn parecía sugerir una analogía entre la ciencia y la teología de la que, sin embargo, habría prescindido en escritos posteriores.⁸ Lo que ahí venía a decir es que la educación científica (en la que los libros de texto juegan un papel muy importante) supone “una iniciación relativamente dogmática” (p. 10) en cuanto que al científico no se le entrena, digamos, para ser un innovador, sino para aceptar “una tradición preestablecida de solución de problemas” (p. 10), esto es, un paradigma que le proporciona ciertas “reglas del juego” de las que no ha de salirse. En los periodos de “ciencia normal” (que, como se sabe, Kuhn contraponen a los de “ciencia extraordinaria”, en los que no existe un único paradigma), los problemas que ha de resolver un científico consistirían en algo así como solucionar rompecabezas, de manera que lo que se busca con ello no sería “descubrir lo desconocido, sino obtener lo conocido” (p. 30). El siguiente fragmento de esa obra es, me parece, ilustrativo del pensamiento de Kuhn:

El paradigma que ha adquirido a través de un entrenamiento previo le proporciona las reglas del juego, describe las piezas con las que se ha de jugar e indica la naturaleza del resultado requerido. La tarea de un científico tal es manipular esas piezas sin salirse de las reglas de manera que se produzca el resultado requerido. Si fracasa, como suele sucederles a la mayoría de los científicos al menos en sus primeros ataques a cualquier problema dado, ese fracaso delata sólo su falta de habilidad. Pero no puede poner en entredicho las reglas que ha suministrado su paradigma, pues sin esas reglas no habría desde un principio rompecabezas con el que enfrentarse. No es extraño, pues, que los problemas (o rompecabezas) que el profesional de una ciencia madura aborda, presupongan un profundo compromiso con un paradigma. Y, afortu-

⁷ Kuhn, Thomas S., *La función del dogma en la investigación científica*, trad. de D. Es-lava, Revista Teorema, Valencia, 1979; el texto proviene de una conferencia de 1961.

⁸ El traductor del texto recién citado atribuye a Toulmin el siguiente comentario: “al cargar [Kuhn] el acento sobre la idea de ‘dogma’, sugiere una audaz analogía entre ciencia y teología, de la que hará omisión en ulteriores escritos”(p. 1).

nadamente, tal compromiso no se abandona a la ligera. La experiencia muestra que, en casi todos los casos, los reiterados esfuerzos, ya sean del individuo o del grupo profesional, logran obtener dentro del paradigma una solución incluso para los más recalcitrantes problemas. Este es uno de los modos en que la ciencia avanza. Bajo estas circunstancias, ¿puede sorprendernos que los científicos se resistan al cambio-de-paradigma? Lo que están defendiendo, después de todo, no es ni más ni menos que la base de su modo de vida profesional (pp. 30 y 31).

Afirmaciones que, de todas formas, resultan un tanto matizadas al final de la obra:

Aunque la investigación afortunada [exitosa] presupone necesariamente un serio compromiso con el *statu quo*, sigue siendo la innovación el núcleo de la empresa científica. Los científicos están *adiestrados* para operar como solucionadores-de-rompecabezas a partir de las reglas establecidas, pero se les *enseña* también a considerarse a sí propios como exploradores e inventores que no conocen otras reglas que las dictadas por la misma naturaleza (p. 43).

De manera que la conclusión final del texto de Kuhn consiste en señalar que en el desarrollo de la ciencia existe una “tensión” entre la tradición y la innovación y que parece oportuno advertir sobre la importancia del primero de esos dos factores:

Casi nadie, o quizás absolutamente nadie, necesitará que se le diga que la vitalidad de la ciencia depende de que continúen surgiendo las ocasionales innovaciones que quebrantan la tradición. Pero la dependencia, aparentemente opuesta, de la investigación respecto a un hondo compromiso para establecer instrumentos y creencias, recibe muy poca atención (p. 44).

Bueno, no me parece que haya por qué poner en duda lo que nos dice aquí Kuhn porque, en realidad, su tesis vendría simplemente a ratificar algo que parece bastante obvio: que los científicos, para la resolución de los problemas a los que tienen que hacer frente, utilizan una pauta de racionalidad que es esencialmente la misma que funciona en cualquier campo en el que se trate de resolver (racionalmente) problemas. Consiste en seguir los procedimientos acostumbrados en la medida en que resultan exitosos y no apartarse de los mismos (no introducir innovaciones) a no ser que haya buenas razones para ello. En actividades de tipo discursivo, eso significa que hay proposiciones que, en principio, quedan fuera de discusión. Sin

ir más lejos, en el terreno del razonamiento práctico (en particular del jurídico), es lo que Perelman llamó el *principio de inercia*:⁹ para resolver un determinado caso, un juez tratará de hacerlo siguiendo el precedente (la manera como anteriormente se han resuelto casos semejantes al que se le presenta ahora), y solo se apartará de esa forma de proceder en casos excepcionales, si ve que aplicar esa solución llevaría a consecuencias que le parecen inasumibles. Ese tipo de “conservadurismo” (en términos argumentativos: el que la carga de la prueba se le atribuya a quien pretende efectuar un cambio) obedece a razones de economía y de eficiencia y, como digo, es enteramente razonable que opere en cualquier tipo de empresa racional. Es también lo que hace que resulte justificado (que sea racional) el uso de argumentos de autoridad: cuando seguir a la autoridad (aceptar lo ya establecido) facilita llegar a las soluciones aceptables a los problemas. Pero hay aquí una diferencia crucial en cuanto a cómo funcionan los argumentos de autoridad en esos diversos campos.

En el caso de la ciencia (de la ciencia empírica), los presupuestos o premisas últimas son efectivamente resistentes al cambio, pero pueden modificarse, aunque sea con cierto esfuerzo. Las condiciones para hacerlo (con éxito) están incluso preestablecidas, en las reglas del método científico: cuando las leyes, las teorías, etcétera, de las que forman parte —o en las que se apoyan— las proposiciones resulten falsadas o puedan descartarse de acuerdo con algún otro criterio de validación científica. Pero, naturalmente, nada de esto es posible en el caso de la teología: negar las verdades teológicas (o alguna de las verdades esenciales, de los dogmas) no significa hacer progresar la teología, sino destruirla. Los únicos cambios asumibles son, si acaso, los referidos a la interpretación de los dogmas (de las verdades), pero no los que ponen en cuestión los dogmas mismos. La diferencia entre la ciencia y la teología es, por lo tanto, esencial; cualitativa, y no simplemente de grado. Y la dogmática jurídica se encuentra, por así decirlo, en un lugar intermedio entre la ciencia y la teología. La posición del dogmático del Derecho no es la del teólogo puesto que, como antes se indicaba, las normas jurídicas son vistas hoy como proposiciones esencialmente modificables; más mudables incluso, si se quiere, que los paradigmas científicos. Pero tampoco es la del científico de la naturaleza, puesto que el cultivador de la dogmática jurídica (de cada una de sus ramas: civil, penal, etcétera) tiene que someterse a la “autoridad del derecho” (de la Constitución, de las leyes, de la jurisprudencia) que establece

⁹ Perelman, Chaïm, “Autorité, ideologie et violence”, en el vol. *Le champ de l'argumentation*, Presses Universitaires de Bruxelles, 1970.

límites que (en cuanto dogmático) le son infranqueables. Aquí, al igual que ocurre con el teólogo, podrá interpretar ese material de una forma u otra (y siempre según los criterios de interpretación que le suministra también la autoridad). Pero no puede (en la medida en que pretenda hacer dogmática) desconocer la autoridad, aunque sí esté a su alcance (puede ser incluso un objetivo central de su actividad) proponer a la autoridad que modifique esos “dogmas” y que lo haga incluso de una determinada manera (según ciertas técnicas de redacción, para impedir lagunas, contradicciones, etcétera). De manera que, en definitiva, en el caso de las ciencias empíricas, la modificación de los “dogmas” depende, en última instancia, de la experiencia, de una realidad ajena al científico. En el caso de la jurisprudencia requiere la intervención de una voluntad (una autoridad) y el jurista dogmático puede contribuir (racionalmente) a ese cambio. Y en la teología el cambio de los dogmas es imposible porque no han sido establecidos ni por la naturaleza ni (según sus cultivadores) por una autoridad humana. Lo que equivale a decir, en definitiva, que los únicos dogmas existentes, en el sentido estricto de la expresión, son los de la teología.

II. LA DOGMÁTICA JURÍDICA NO ES UNA CIENCIA, SINO UNA TÉCNICA

El empleo del término “dogmática jurídica” es, pues, confuso, al menos en estos dos sentidos. Por un lado, sugiere una aproximación de esa actividad a la de la teología que no responde a cómo, de hecho, opera hoy la dogmática jurídica. Y, por otro lado, aun aceptando esa analogía, el *pendant* de la dogmática jurídica en el campo de la teología no lo sería únicamente la teología dogmática (o sistemática). Como resulta ya con entera claridad de la obra de Ihering, la función de la jurisprudencia no es solamente dogmática (sistemática), sino también descriptivo-explicativa (histórica) y normativa. Pero lo que hace, de todas formas, que la dogmática sea un saber polémico no es tanto su nombre (como digo, muy probablemente inadecuado: pero no es fácil cambiar una convención lingüística cuando la misma está muy arraigada), sino las dificultades existentes para clarificar su estatuto epistemológico.

La cuestión, como se sabe, es bien antigua. Se planteó prácticamente a lo largo de toda la historia de la disciplina. Y adquirió una especial gravedad a partir de la época moderna, con la aparición de las ciencias experimentales y el establecimiento de una “nueva” noción de ciencia (frente a

la idea antigua y medieval) en la que el saber tradicional de los juristas no tenía un fácil acomodo.¹⁰ Se podría decir que, a lo largo de los últimos siglos, se han ensayado todas las vías posibles para configurar a la jurisprudencia como ciencia, esto es, se le ha procurado ver: como una ciencia formal (según el modelo de la lógica o de la matemática), como una ciencia natural, como una ciencia social empírica, o como una ciencia social (por su objeto), pero construida según métodos distintos a los de las ciencias empíricas (ciencia espiritual, cultural, etcétera). Y el resultado ha sido siempre insatisfactorio, en cuanto el saber tradicional de los juristas no parece corresponderse realmente con ninguno de los anteriores modelos de ciencia. O, dicho de otra manera, ese tipo de aproximación al problema ha llevado a una especie de duplicación de los saberes jurídicos, esto es, a distinguir entre un tipo de actividad de objetivos simplemente pragmáticos y que no puede considerarse científica (la elaboración dogmática del derecho) y la “verdadera” ciencia jurídica que consistiría en algo distinto: en el derecho natural, en el análisis formal de los conceptos jurídicos (teoría general del derecho), en el estudio de los elementos empíricos del derecho (sociología del derecho, psicología jurídica, etcétera), en la construcción de una ciencia comprensiva, hermenéutica, etcétera, o bien de una ciencia social integrada (el fenómeno jurídico sería uno de los elementos a integrar) que, en todo caso, se alejaría mucho de lo que realmente hacen los juristas dogmáticos.

Esa aproximación prescriptiva a propósito de la jurisprudencia puede advertirse claramente en los grandes teóricos del derecho del siglo XX que, por lo demás, han contribuido de manera notable a clarificar en qué consiste el saber tradicional de los juristas. Pero parece obvio que el modelo de ciencia jurídica de la teoría pura de Kelsen se aleja mucho de lo que realmente hacen los dogmáticos del derecho, que en absoluto se limitan a describir las normas válidas dejando fuera de sus elaboraciones cualquier ingrediente de carácter social o axiológico. Y se aleja también mucho en la versión que le diera Bobbio en 1950, adaptando el modelo kelseniano a la concepción neopositivista de ciencia: la Jurisprudencia consistiría según esa idea de ciencia únicamente en el análisis del lenguaje jurídico; por lo demás, esa concepción de la ciencia jurídica es también la adoptada por Luigi Ferrajoli en diversas obras recientes y de gran

¹⁰ En un libro publicado en 1985, y que era la reelaboración de una “Memoria de cátedra” presentada dos años antes, hacía un resumen de ese panorama: Atienza, Manuel, *Introducción al derecho*, Barcanova, Barcelona, 1985; hay una reedición — con el mismo título — en México, Fontamara, 1998.

influencia. También es fuertemente prescriptiva la teoría de la ciencia jurídica de un “realista” como Alf Ross: su modelo empirista y predictivo no puede considerarse en absoluto como una descripción del trabajo de los juristas dogmáticos. O (aunque en menor medida) la reconstrucción de la ciencia jurídica que algunos han efectuado a partir de los planteamientos de Hart;¹¹ es interesante añadir aquí que el menor interés que los autores anglosajones han mostrado por esclarecer el estatuto epistemológico de la Jurisprudencia puede deberse en buena medida al mayor prestigio —en relación con lo que ocurre en los países de *civil law*— de las profesiones jurídicas en el contexto de sus sistemas jurídicos. Y, por supuesto, también tiene un carácter prescriptivo el planteamiento que puede encontrarse en los autores marxistas y que ha dado lugar a teorías “críticas” que no dejan espacio para adoptar un punto de vista interno o normativo en relación con el derecho que es, precisamente, el punto de vista de la dogmática.

Ahora bien, cuando se examina toda esa discusión en torno al carácter científico o no de la jurisprudencia, no es difícil llegar a la conclusión de que la misma ha estado notablemente oscurecida por la aceptación de un presupuesto que, sin embargo, no hay por qué aceptar: que el valor o la importancia de una actividad o de un saber se mide por su grado de científicidad. Para darse cuenta de que esto no es (necesariamente) así, bastará con reparar que, en un sentido estricto de la expresión, ni la medicina ni la arquitectura, ni las ingenierías ni la informática son “ciencias”, sino técnicas (o tecnologías, puesto que hacen abundante uso de conocimiento científico) lo que, naturalmente, no pone en cuestión su relevancia social y su prestigio epistemológico. Y si se dice que no son ciencias es porque su objetivo central no es —digamos— el de “conocer por conocer” ciertos fenómenos, sino más bien el de utilizar conocimiento científico (proveniente de la biología, de la química, de la física, de la matemática...) para lograr ciertos resultados prácticos: curar enfermedades, construir edificios sólidos y funcionales, etcétera. ¿Y no se podría decir otro tanto de la dogmática jurídica? ¿No podría reconstruirse esa actividad como una técnica, cuyo cometido fundamental (aunque esto no sea siempre reconocido así) no sería (no debería ser) obtener conocimiento (describir o sistematizar un sector del ordenamiento jurídico), sino resolver (en un cierto nivel de abstracción) un tipo peculiar de problema práctico refe-

¹¹ Me refiero aquí, sobre todo, a Mario Jori, *Il método giuridico tra scienza e politica*, Giuffrè, Milán, 1976. En el libro señalado en la nota anterior, presento con algún detalle todas esas concepciones de la ciencia jurídica

rido a la aplicación, la interpretación y la producción del derecho? ¿Por qué negar a esa actividad valor y prestigio social simplemente porque no pueda calificarse de científica?

En el libro al que antes hacía referencia,¹² yo tomaba precisamente esta segunda vía de aproximación al problema. Analizaba la famosa crítica de von Kirchmann a mediados del XIX y mostraba que sus argumentos contra la cientificidad de la Jurisprudencia resultaban simplemente “impertinentes” si la Jurisprudencia se interpretaba como una técnica cuya finalidad esencial no es la de conocer, sino la de obtener ciertos resultados prácticos valiéndose de ciertos conocimientos. Más en concreto, precisaba que esos resultados prácticos eran los de suministrar criterios para la aplicación y el cambio del derecho, de manera que la elaboración de un sistema conceptual debía verse más bien como un medio para la obtención de esas finalidades “últimas”, y de ahí el papel positivo de la dogmática: “un sistema jurídico que careciera de elaboración dogmática estaría en disposición de resolver muchos menos problemas que el mismo sistema dotado de una dogmática adecuada”(p. 253); el hecho de que la dogmática suponga la aceptación de ciertos puntos de partida es lo que permite “cumplir su función de aumentar las posibilidades de decisión del sistema haciéndolas relativamente previsibles” (p. 254). Y terminaba afirmando que:

Carece de sentido y de interés plantearse el problema de si la Jurisprudencia es o debe llegar a ser una ciencia... La cuestión pertinente debiera ser la de saber si, en cuanto técnica, puede incorporarse y utilizar conocimiento científico y conocimiento tecnológico procedentes en principio de otras áreas... y si tal incorporación supone o no un enriquecimiento para la dogmática (p. 254).

Un poco después, en el curso de una polémica con Vernengo,¹³ tuve ocasión de perfilar un poco más ese planteamiento, la tesis de que la dogmática jurídica no es una ciencia en el sentido estricto de la expresión, sino una técnica social. Me apoyaba para ello en la caracterización que de la técnica (o de la tecnología: la técnica basada en conocimiento científico) hace Mario Bunge. Este último considera que aunque las ciencias y las tecnologías comparten muchos elementos, sin embargo, se pueden trazar ciertas diferencias entre unas y otras. Trasladado ese análisis al campo de la dogmática jurídica, llegaba a la conclusión de que el saber tradicional

¹² *Introducción al derecho, cit.*

¹³ Publicada en el núm. 3 (1986) de la revista *Doxa*.

de los juristas constituye una técnica (más bien que una tecnología: hay poco uso de conocimiento científico; su base está constituida más bien por una combinación de experiencia y sentido común) en la que se pueden destacar rasgos paralelos a los que Bunge señala para las tecnologías: el conocimiento de la dogmática es, en razón de su objeto, un conocimiento relativamente cerrado, al igual que son cerradas las comunidades de los dogmáticos; la filosofía inherente a la dogmática es una concepción pragmática del saber; los problemas característicos de la dogmática son de tipo práctico, al igual que son prácticos sus objetivos o funciones; la forma de proceder de la dogmática se asemeja más que al método científico al tecnológico, en el que funcionaría la secuencia: problema práctico-diseño-prototipo-prueba-corrección del diseño o reformulación del problema; en la actividad de la dogmática jurídica, los juicios de valor —morales y políticos— desempeñan un papel relevante.

III. TRES PLANTEAMIENTOS IUSFILOSÓFICOS SOBRE LA DOGMÁTICA JURÍDICA

En la filosofía del derecho española de los últimos tiempos, el problema de la naturaleza y de las funciones de la dogmática jurídica no ha ocupado un lugar demasiado central, aunque no hayan faltado tampoco trabajos de indudable interés sobre la materia. Me referiré aquí brevísimamente a tres de ellos, porque sus planteamientos están muy próximos al que acabo de hacer.

El primero de ellos es el de Albert Calsamiglia, en una obra publicada en 1986, *Introducción a la ciencia jurídica*.¹⁴ Su propósito —nos dice— no es tanto el de estudiar si la dogmática es o no una ciencia o qué tipo de ciencia es, y tampoco el de prescribir a los dogmáticos qué es lo que deberían hacer. Es decir, no se sitúa en el plano de la metajurisprudencia prescriptiva, sino en el de la metajurisprudencia descriptiva y de ahí que señale que su objetivo es el de “describir cómo es y cómo se desarrolla la jurisprudencia” (p. 17). En realidad, en el libro (en el que la influencia de Kuhn es manifiesta) no se dan muchos detalles sobre cuáles son las reglas de juego de la dogmática y qué es lo que caracteriza a la comunidad de los dogmáticos. Pero, en todo caso, Calsamiglia remarca la importancia social de la dogmática, con independencia de que sea o no una ciencia,

¹⁴ Calsamiglia, Albert, *Introducción a la ciencia jurídica*, Barcelona, Ariel, 1986.

en cuanto sus “reglas de juego” (la sujeción a la ley, la justicia del caso y la sistematicidad del derecho) están al servicio de los valores de seguridad jurídica, de igualdad y de solución justa y eficaz de los conflictos sociales; subraya la apertura de la dogmática a reflexiones de filosofía moral y política, teoría económica y sociología, y, en particular, considera que “el razonamiento moral... constituye uno de los pilares básicos de la reflexión dogmática” (p. 145).

Una visión parecida puede encontrarse en un artículo (reciente¹⁵) de Alfonso Ruiz Miguel, aunque este último se centra en la cuestión de si la dogmática jurídica es un saber de carácter científico o técnico. En su opinión, la manera de proceder de la dogmática se ajusta más bien al modelo de lo que tradicionalmente se ha llamado “técnica”, lo cual es perfectamente compatible “con su valor y prestigio social”, como ocurre con otras actividades técnicas como (son algunos de los ejemplos que pone) la cirugía y la medicina clínica, las ingenierías, la informática o la arquitectura (p. 410). Es más, Ruiz Miguel distingue, siguiendo a Ortega, entre técnicas que presuponen conocimientos científicos organizados y técnicas que presuponen conocimientos variados, pero no de carácter estrictamente científico, y piensa que la dogmática ocuparía, por así decirlo, un lugar intermedio. Como se ve, se trata, en lo esencial, de la misma tesis que yo había defendido en los trabajos de 1985 y 1986 a los que antes me refería (y a los que se refiere también Ruiz Miguel). Y de ahí que me haya producido cierta sorpresa encontrarme con la afirmación de que su postura discreparía tanto de quienes, como Larenz, defienden el valor científico de la Jurisprudencia (lo que, en su opinión, arrastra el prejuicio de pensar que, si no fuera científica, no sería una actividad valiosa, junto con el prejuicio de identificar cognoscitividad y científicidad), como de quienes, y aquí es donde me incluye, entienden que “la esencia del conocimiento en que se basa” (la dogmática) se limita “a recopilar experiencias y conocimientos vulgares ligados con la salsa del sentido común” (p. 411).¹⁶ En todo caso, y a semejanza de nuevo con lo sostenido

¹⁵ Ruiz Miguel, Alfonso, “La dogmática jurídica, ¿ciencia o técnica?”, en Alarcón, Carlos y Vigo, Rodolfo (coord.), *Interpretación y argumentación jurídica. Problemas y perspectivas actuales*, Buenos Aires-Madrid-Barcelona, Marcial Pons, 2011. El autor advierte que se trata de un trabajo (en el que solo ha introducido retoques no de fondo) publicado originalmente en 2003.

¹⁶ Ruiz Miguel afirma también que “una extensión extrema y extravagante de esta misma tesis [la mía] es la de Hernández Marín, que califica la dogmática de pseudociencia”. (nota 10, p. 411). Sin entrar en cómo haya que calificar el planteamiento al respecto de este último autor, lo que me parece claro es que no se trata de la misma

por Calsamiglia, al final de su trabajo, Ruiz Miguel sugiere que entender la dogmática como una *tecné* o como un *ars* “también permitiría relacionarla, y más encaminadamente que con la ciencia, con la filosofía práctica” (p. 412). Sería, en su opinión, una vía que en los últimos años habría sido renovada, sobre todo, por influjo de Ronald Dworkin.

Y, en fin, también puede encontrarse una postura parecida en Jesús Vega: en su libro *La idea de ciencia en el derecho*¹⁷ y, sobre todo, en un artículo un poco posterior que, de alguna forma, es una síntesis y desarrollo del mismo.¹⁸ Lo que este autor viene a sostener es, por un lado, que hay una continuidad entre la técnica jurídica incorporada en la propia práctica del derecho (la de los jueces, abogados, legisladores) y la dogmática jurídica, de manera que esta última sería una racionalidad interna al derecho, “un nuevo mecanismo de racionalización que genera una institución jurídica más” (p. 394), y, en cierto modo, es esa “proximidad de escala que la dogmática mantiene con el derecho” (p. 396) lo que lleva a que esta última no sea ni pueda ser una racionalidad científica. Y, por otro lado, que tampoco podría considerarse que la “verdadera” ciencia jurídica deba buscarse en las ciencias *sobre* el derecho: la sociología, la economía, la lógica, etcétera; según Vega, la proyección “parcial” de estas últimas ciencias sobre el derecho no darían lugar a una “ciencia cerrada sobre este campo en su integridad”; son además “conceptualizaciones de carácter *genérico*” que “no dicen nada específico del derecho”, y “explicaciones cuya objetividad y verdad indiscutibles dejan sin embargo *infradeterminado* el plano de la racionalidad práctica” (p. 399). Vega afirma, sin embargo, que la dogmática jurídica no puede considerarse ni como una técnica ni como una tecnología, dado el “compromiso práctico” entre la dogmática y las normas y valores implicados en el derecho” y, como consecuencia de ello, la existencia de cierto *sometimiento* de la dogmática a la práctica jurídica. Pero me parece que lo que quiere decir en realidad es que la dogmática no puede considerarse *solo* como una técnica, sino que fundamentalmente es un tipo de praxis.

tesis, sino de otra completamente distinta a la que yo defendía. Ver sobre esto Hernández Marín, Rafael, *Teoría general del derecho y de la ciencia jurídica*, Barcelona, PPU, 1989, pp. 466-473.

¹⁷ Oviedo, Pentalfa, 2001.

¹⁸ Vega, Jesús, “Las calificaciones del saber jurídico y la pretensión de racionalidad del derecho”, *Doxa*, núm. 32, 2009.

IV. EL PUNTO DE VISTA DE LOS DOGMÁTICOS

Los juristas, los dogmáticos del derecho, han vivido, por lo general, al margen de las anteriores discusiones, y no han dedicado mucho esfuerzo a reflexionar acerca de en qué consiste (cuál es el estatuto epistemológico de) su actividad. Una circunstancia desafortunada y que seguramente sea el *pendant* del desinterés de muchos filósofos del derecho por conocer a fondo el trabajo de los dogmáticos o, si se quiere, de su tendencia a mirar con cierto desdén la actividad de los dogmáticos. Esa falta de diálogo interprofesional (e interprofesoral), por lo demás, seguramente no se da en culturas jurídicas como la anglosajona en la que las disciplinas jurídicas no están organizadas, tal y como ocurre entre nosotros, como si fueran compartimentos estancos.

Sea como fuere, en el mundo latino, el modelo prevaleciente de dogmática —el modelo tradicional— parece caracterizarse por rasgos como los siguientes: está profundamente anclado en el formalismo jurídico como concepción del Derecho; tiende a aislar la dogmática del resto de los saberes sociales; es reacio a la incorporación de nuevos métodos procedentes de la lingüística, la economía, la lógica, etcétera; subraya la función descriptiva y sistemática de la dogmática y tiende a negar (o a ocultar) la de carácter práctico; presenta la dogmática como un saber neutral, estrictamente separado de la política y de la moral; se centra en el derecho formalmente válido y no en el derecho en acción; se desentiende de los valores sustantivos del derecho y privilegia ante todo el de la seguridad jurídica (los valores formales); propende al uso de argumentos basados en la autoridad y dirigidos a interpretar en forma preferentemente literal las normas, mientras que es reacio a la utilización de argumentos teleológicos o valorativos. Sin embargo, en los últimos tiempos parecen estar surgiendo en la cultura jurídica de estos países propuestas metodológicas¹⁹ que ponen en cuestión todas o algunas de las anteriores características y que podrían situarse en torno a dos polos de atracción

¹⁹ Estoy pensando en el libro colectivo editado por Courtis, Christian, *Observar la ley. Ensayos sobre metodología de la investigación jurídica*, Madrid, Trotta, 2006, que, además de mostrar cómo elaboran sus escritos los juristas dogmáticos y los estudiantes de posgrado en España y en Latinoamérica, se hacen una serie de sugerencias sobre cómo debería llevarse a cabo esa tarea y diversas consideraciones teóricas sobre la naturaleza y función del conocimiento jurídico y, en particular, de la dogmática jurídica.

que cabría configurar así. En el primero de ellos se aloja la dogmática entendida como una empresa técnica, que debe hacer el mayor uso posible del conocimiento científico (empírico y conceptual) disponible, para contribuir así a mejorar el funcionamiento del sistema jurídico en el momento de la aplicación, de la interpretación y de la producción del derecho; el trasfondo es una visión positiva sobre la capacidad del derecho —en particular, del derecho del Estado constitucional— para transformar la sociedad, y de ahí, también, la asunción de una actitud política —si se quiere, de política jurídica— reformista: la dogmática —reorientada en el sentido indicado— puede convertirse en una actividad valiosa y pragmáticamente útil. En el otro polo estaría una forma de encarar la investigación jurídica que pone el énfasis más bien en la crítica ideológica de los discursos sobre el derecho y del propio discurso jurídico; le subyace una visión escéptica sobre la capacidad del derecho para transformar la sociedad y cierta desconfianza hacia el “método científico”, hacia sus pretensiones de “objetividad” y de exclusión de otras racionalidades —además de la científica— igualmente legítimas —se dice—, y de ahí cierta propensión a la iconoclastia más bien que al reformismo: el énfasis se pone en la desmitificación de la dogmática, en mostrar su falta de sentido, su escasa o nula legitimidad y utilidad.²⁰

Pues bien, esos diversos modelos guardan cierta correspondencia con tres reflexiones sobre la dogmática jurídica que se deben a otros tantos (prestigiosos) cultivadores de ese tipo de saber en la España de las últimas décadas. Pertenecen a disciplinas distintas (el derecho penal, el administrativo y el civil), entre el primero y el último hay más de 40 años de distancia (y algunos cambios jurídicos tan significativos como la Constitución del 78) y, desde luego, no pretenden ser reflejo de cómo se cultiva la dogmática en cada uno de esos campos. Pero me parece, como antes decía, que son, hasta cierto punto, representativos de las tres maneras de entender la dogmática antes apuntadas: los modelos tradicional, crítico y reformista.

El primero de ellos está hasta cierto punto representado por un influyente trabajo que Enrique Gimbernat publicó por primera vez en 1970: “¿Tiene un futuro la dogmática penal?”²¹ Partía ahí de la situación de

²⁰ Véase M. Atienza, en el Prólogo a la obra citada en la nota anterior (pp. 10 y 11).

²¹ El texto se ha publicado varias veces desde entonces (también en versión alemana). Las citas del mismo están referidas a Gimbernat Ordeig, Enrique, *Estudios de derecho penal*, 3a. ed., Madrid, Tecnos, 1990.

crisis que vivía entonces la ciencia del derecho penal en Alemania, como consecuencia de la puesta en cuestión, planteada por el desarrollo de las ciencias empíricas (la criminología) y del psicoanálisis, de la idea de culpabilidad. La situación podría expresarse, en su opinión, así: si no existe el libre albedrío, entonces deja de estar justificada la idea de culpabilidad y de pena, sin pena no hay derecho penal, y sin derecho penal no cabe naturalmente hablar tampoco de ciencia del derecho penal (entendida la expresión en su sentido tradicional, como dogmática penal). Y si a esas afirmaciones, a esas premisas, se le añadiera la de que no existe el libre albedrío, entonces la conclusión inevitable es que tampoco existirá (tendrá un futuro) la dogmática penal.

La estrategia que desarrolla Gimbernat para refutar ese argumento transcurre, cabría decir, a lo largo de dos pasos. El primero consiste fundamentalmente en negar una de las anteriores premisas, la segunda, pues, en su opinión, la existencia (justificada) del derecho penal no depende del principio de culpabilidad. Luego, en el segundo paso, una vez justificada la necesidad del derecho penal, Gimbernat defiende que necesitamos también de la dogmática jurídico penal para aumentar la seguridad en la aplicación del derecho penal, para saber con precisión cuáles son las conductas que están prohibidas y cuáles las que no lo están.

Gimbernat afirma también que la dogmática tiene la característica de ser “una ciencia neutral”, pues “lo mismo interpreta leyes progresivas que reaccionarias”, pero en realidad esa afirmación parece un tanto contradictoria con lo que él mismo sostiene sobre cuál tendría que ser la manera de actuar de un penalista:

En un país con una Constitución estatal fascista... el dogmático penal sólo puede interpretar las disposiciones sobre la seguridad del Estado en tanto en cuanto llegue a una solución restrictiva frente a la dominante en la jurisprudencia y negarse a publicar cualquier trabajo en el que —aunque la interpretación sea “dogmáticamente” correcta— amplíe el alcance de tales disposiciones en relación a la doctrina dominante en la praxis (p. 161).

Quizá podría decirse que esa (al menos aparente) contradicción es el resultado de asumir el modelo tradicional, formalista, de dogmática que subraya las funciones descriptivas y sistemáticas de la misma y tiende a ocultar las de carácter prescriptivo o normativo.²²

²² Es importante recordar aquí la obra de Carlos Nino que tanto insistió en el carácter centralmente normativo de la dogmática (sus estudios se centraron además

El modelo crítico es el que subyace a un trabajo de Alejandro Nieto publicado en 2003, en un libro conjunto con Agustín Gordillo.²³ Aunque Nieto prefiera hablar de “conocimiento jurídico”, parece claro que, en su trabajo, este término designa no cualquier tipo de saber jurídico, sino la dogmática jurídica, el “conocimiento teórico” que se imparte en nuestras universidades y “cuyo objeto primordial —señala críticamente— es enseñar a entender las normas, no a aplicarlas en la realidad” (p. 20). Ese conocimiento, por lo demás, no sería otra cosa que “una manifestación del conocimiento científico” (p. 17) y “se diversifica en variantes de caracteres muy distintos: el conocimiento conceptual, el sistemático, el interpretativo y el casuístico” (p. 20), todos los cuales están entrelazados en una “red operativa” (p. 35). Nieto es sumamente escéptico en relación con ese conocimiento jurídico, sobre todo porque entiende que está sometido a una serie de “limitaciones genéricas” que son tanto de naturaleza epistemológica como lógica, histórica y comunicativa.

No cabe entrar en detalles sobre cómo entiende Nieto esas limitaciones, pero merece la pena subrayar que la conciencia de las mismas le lleva a este autor a una actitud de tolerancia respecto a la pluralidad de opiniones existentes, al abandono de los “grandes relatos” (como los que ofrecen el iusnaturalismo y el iuspositivismo) y a la aceptación de aporías (p. 62). Todo lo cual —esa sería la “consideración final” de su trabajo— es compatible con el hecho de que el conocimiento jurídico sea “socialmente útil y aun necesario”. Lo es —añade—, porque se trata de un “saber funcional” para la consecución de determinados objetivos sociales que, sin embargo, no serían los mismos para todos: “Para unos la Justicia, para otros, la dominación del Poder, para otros, en fin, la convivencia pacífica forzosa de una comunidad integrada por miembros insolidarios titulares de intereses contrapuestos” (p. 63). Podría parecer “asombroso” —continúa— que para conseguir esos fines el conocimiento jurídico pueda prescindir de las anteriores limitaciones. Pero eso se debe a que “para conseguir sus objetivos el Derecho crea un juego de ficciones” (p. 63). De

particularmente en la dogmática penal) y en la importancia de analizar los diversos mecanismos utilizados por los juristas teóricos para disimular esa función. Véase Nino, Carlos, *Consideraciones sobre la dogmática jurídica (con referencia particular a la dogmática penal)*, México, UNAM, 1974; *Algunos modelos metodológicos de “ciencia” jurídica*, Venezuela, Universidad de Carabobo, 1979.

²³ Nieto, Alejandro y Gordillo, Agustín, *Las limitaciones del conocimiento jurídico*, Madrid, Trotta, 2003. La contribución de Nieto constituyó su lección jubilar en la Universidad Complutense de Madrid.

ahí la proximidad del conocimiento jurídico al conocimiento teológico y a la magia:

Los magos, los sacerdotes y los juristas poseen la asombrosa facultad de sacar a los seres humanos del modesto y cotidiano mundo de la naturaleza para trasladarlos a un mundo mágico donde viven los fantasmas de los conceptos jurídicos, que son el objeto del conocimiento jurídico. Con las fórmulas mágicas de la brujería legal los hechiceros de siempre hacen y deshacen las relaciones sociales, absuelven y condenan con razones que para los no iniciados resultan incomprensibles y salvan o humillan, según toque, a la Justicia (p. 66).

Y lo que habría que plantearle a Nieto (y, en general, a los autores “críticos”), claro está, es si la suya es realmente una salida aceptable para la dogmática o si, por el contrario, a lo que lleva su planteamiento es a no poder dar cuenta de cómo funciona de hecho la dogmática ni poder tampoco sugerir un modelo alternativo de dogmática.

Y, en fin, un ejemplo reciente de lo que he llamado el modelo reformista se encuentra en un trabajo reciente de Jesús Delgado, referido a la civilística española.²⁴ Delgado subraya que en el contexto del Estado constitucional de derecho la labor de los juristas resulta realizada y que el Derecho ha perdido su autonomía frente a la moral y la política, pero no en el sentido de que no conserve ninguna autonomía, sino en el de que ha dejado de ser acertado el *dictum* de Windscheid según el cual “la reflexión moral, política o de economía política no es propia del jurista en cuanto tal” (p. 50). En su opinión, el papel de la dogmática civil es imprescindible porque satisface una necesidad de conocimiento y de seguridad:

La sociedad, los ciudadanos particulares, necesitan tener a su disposición, elaborados por expertos, conocimientos fiables, simples y seguros sobre la existencia y alcance de normas que rigen los aspectos más generales de la vida; y los jueces, asimismo, interpretaciones y doctrinas contrastadas que les faciliten aplicar aquellas normas con rapidez, seguridad y consistencia (los casos iguales han de ser tratados como iguales) (p. 51).

Además, “[l]a dogmática del Derecho es una condición de posibilidad de la práctica social del Derecho en el Estado constitucional de Derecho, más

²⁴ Delgado Echeverría, Jesús y Rams Albesa, Joaquín, *Retos de la dogmática civil española*, Madrid, Fundación Coloquio Jurídico Europeo, 2011. El libro contiene un primer texto de Delgado (con el mismo título que el conjunto de la obra), un trabajo de Rams (comentario al anterior) y otra contribución de Delgado.

aún que en el Estado legislativo de Derecho” (p. 52), precisamente porque en el primero es más difícil lograr ese conocimiento y esa seguridad.

En la parte final de su trabajo, Delgado acepta la idea de Aarnio de que “el paradigma de la dogmática jurídica no ha cambiado ni es de esperar que cambie” y que la evolución de la dogmática “es debida a que se producen cambios en los elementos de la matriz disciplinaria” (p. 86). En particular, para identificar los cambios que se estarían produciendo en la “matriz disciplinaria” de la dogmática civil, tiene muy en cuenta una reciente discusión entre Aarnio y Laporta sobre la naturaleza de la dogmática, del saber jurídico tradicional. Efectuando una especie de síntesis de lo que sostienen esos dos autores (las diferencias entre ambos serían relativamente de matiz), Delgado entiende la dogmática como una “ciencia” cuyas características específicas serían estas: 1) su objetivo es satisfacer el interés de la sociedad por el conocimiento de las normas válidas que la rigen; 2) su punto de partida es el estudio de ciertas normas dadas;²⁵ 3) parte de la hipótesis de que los valores juegan un papel en la deliberación jurídica; 4) asume ciertos compromisos lingüístico-conceptuales para interpretar y sistematizar el material jurídico; 5) al igual que, también, ciertos compromisos sobre las fuentes jurídicas, y 6) adopta principios metodológicos que señalan cuáles son los argumentos aceptables en la deliberación jurídica (pp. 93-4).

De manera que, cabría concluir, la manera de ver la dogmática por parte de Delgado es prácticamente coincidente con la del modelo reformista, con la única diferencia que él no considera que sea una actividad técnica, sino científica. Pero, en todo caso, merece la pena subrayar que, para él, la “práctica del razonamiento moral, basado en principios y valores” (p. 118) es un elemento importante de la transformación que se está produciendo en la matriz del derecho civil.

V. POR QUÉ UNA TECNO-PRAXIS

Vuelvo ahora a mi planteamiento inicial. Las anteriores opiniones de iusfilósofos y de cultivadores de la dogmática jurídica sobre la naturaleza de

²⁵ Dejo de lado la cuestión de si eso es o no compatible con el iusnaturalismo, dado que los civilistas españoles nunca se hayan considerado (ni ahora ni antes) “positivistas”. Para Delgado, “[c]larificar esa situación [el consenso casi unánime a propósito de que “el positivismo jurídico está superado”] es uno de los retos de la dogmática civil española” (p. 95). En la nota 9 se muestra la continuidad existente entre cierto iusnaturalismo y el positivismo ideológico basado en el Constitución.

esta disciplina (en parte coincidentes y en parte no con lo que yo sostenía) me llevan a considerar la necesidad de procurar unificar dos tesis que han surgido en varias ocasiones: 1) la dogmática no obedece al modelo de ninguna ciencia, en el sentido estricto de la expresión, sino que es una técnica social; 2) el derecho (y el pensamiento sobre el derecho) se inserta dentro de lo que tradicionalmente se ha llamado la razón práctica. La fusión de ambas es lo que permite presentar la dogmática jurídica como una tecnopraxis o como una praxis tecnificada.

Reconocer el carácter técnico de la jurisprudencia tiene, yo creo, efectos beneficiosos, porque ayuda a plantear mejor una serie de cuestiones, incluyendo la de cómo debe elaborarse ese saber. Tiene, por ello, también un componente crítico —al que ya antes me he referido— ligado sobre todo a la posible conversión de esa técnica (o de algunos aspectos de la misma) en una tecnología. Esa es también, me parece, la manera de dar respuesta a la necesidad de conectar la dogmática con la ciencia: no empuñándose en descubrir en la ciencia elementos dogmáticos (lo que tiene poco recorrido), sino más bien mostrando de qué manera la dogmática jurídica podría beneficiarse utilizando (más bien que generando) conocimiento científico.

Y el caso es que los dogmáticos tienen a su disposición una serie de saberes (algunos de ellos “científicos”, otros no), cuya explotación potenciaría enormemente su capacidad para resolver problemas prácticos. La economía (algunos elementos del análisis económico) es un ejemplo que seguramente nadie se atrevería a discutir hoy aunque, de todas formas, es importante ser consciente de la limitación que supone el uso de ese método, limitación que deriva de que la maximización de la riqueza no es el único objetivo que ha de perseguir un sistema jurídico; por eso, el análisis económico del derecho tiene sin duda un lugar de gran relevancia —pongamos por caso— en el derecho de daños, pero no (o, al menos, no con ese relieve), en muchas otras áreas como el Derecho penal o el derecho de familia. Pero también están a disposición del jurista dogmático, en relación —por ejemplo— con los problemas de prueba, algunas partes de la matemática, como la estadística y la teoría de la probabilidad. La criminología, para quien elabora la dogmática penal. Cada una de las ramas de la sociología concernientes a los diversos sectores del derecho, en relación con las diversas dogmáticas: civil, administrativa, laboral, etcétera. Y, en fin, disciplinas como la lógica y la lingüística, que tendrían que interesar a todos cuantos elaboran la dogmática, con independencia de cuál sea su campo temático, por razones que realmente son obvias: porque el derecho, en buena medida, es una práctica discursiva,

de manera que los problemas para los que los dogmáticos deben proveer una solución requieren un conocimiento adecuado del lenguaje. Y ese tipo de conocimiento, por cierto, podrían adquirirlo con cierta facilidad, simplemente dirigiendo la mirada un poco más allá de su propio gremio, hacia los iusfilósofos con formación analítica, cuyos despachos en muchos casos quizá sólo disten unos pocos metros de donde tienen los suyos los cultivadores de la dogmática... Si no fuera, claro está, porque cuando se dice que las áreas de conocimiento en las Facultades de Derecho de muchos países del mundo latino son compartimentos estancos no se está simplemente utilizando una metáfora: se está describiendo prácticamente un hecho físico. Pero parece obvio que los problemas de las “naturalezas jurídicas” que tanto han ocupado a los dogmáticos podrían recibir un tratamiento mucho más claro y productivo si el dogmático de turno se tomara la molestia, por poner un ejemplo, de leer con alguna atención el libro de Carrió *Notas sobre derecho y lenguaje* (escrito en 1965), o algún otro de los publicados sobre la materia en fechas posteriores. Que unos elementales conocimientos de lógica facilitan entender en qué consisten y cómo funcionan los conceptos de enlace a los que Ross llamó “tû-tû” y que cumplen un papel de cierta importancia en las construcciones dogmáticas; al igual que ayudarían inmensamente a la hora de resolver problemas de redacción de normas. Que comprender el carácter no monótono, o derrotable, del razonamiento jurídico (y de las normas) evitaría mucha falsa discusión en materia interpretativa. Etcétera.

Una consecuencia también no desdeñable de comprender (y asumir) el carácter técnico (con todas sus peculiaridades) de la dogmática es que permitiría, quizás, evitar algunos de los despropósitos en los que suelen incurrir “agencias de evaluación de la investigación” como la ANECA. La investigación dogmática no es (ni tiene que ser) una investigación científica, ni obedece tampoco al modelo de las tecnologías basadas en ciencias naturales, por lo que las exigencias de “internacionalización” de los conocimientos, la atención a los “índices de impacto”, etcétera, están, sencillamente, fuera de lugar. No quiere ello decir, por supuesto, que no haya criterios objetivos para evaluar un trabajo de dogmática jurídica, sino que esos criterios tienen que construirse teniendo en cuenta las peculiaridades de ese saber y de su institucionalización: por ejemplo, no puede desconocerse que, salvo excepciones, las elaboraciones dogmáticas suelen tener un marco nacional y que (en parte por lo anterior) no existe nada parecido a lo que son las “revistas científicas” en el campo de la biología, la física, etcétera, por lo que pretender determinar la calidad de un trabajo siguiendo los criterios que suelen aplicarse (con sentido) en estos

últimos campos (dicho de manera clara y breve: sin tomarse la molestia de leerlo) a lo que lleva (a lo que ha llevado), en realidad, es a fomentar la arbitrariedad hasta límites verdaderamente grotescos. Estoy seguro de que cualquier lector de estas páginas tendrá al respecto algún ejemplo expresivo que poner.

Calificar a la dogmática como una técnica social significa también tener que enfrentarse con algunos problemas interesantes, puesto que la noción de técnica incluye en su seno actividades muy variadas y habría por lo tanto que precisar cuál es el lugar que en ese universo ocupa la dogmática. Como antes veíamos, no es del todo una tecnología (ni tendría sentido procurar que lo fuera), sino que incluye también (necesariamente) elementos que, en mayor o menor medida, la aproximan (como Ruiz Miguel señalaba refiriéndose a Ortega y Gasset) a las más tradicionales técnicas artesanales y artísticas (recuérdese la tercera de las leyes de Ihering de la construcción jurídica, la de la belleza). Es, además (tratando con esto de contestar a una objeción de Jesús Vega), una técnica de segundo nivel; si se quiere, una técnica teórica y tiene que recurrir a conceptos notablemente abstractos puesto que, a diferencia de lo que ocurre con los abogados, los jueces o los legisladores, los dogmáticos se enfrentan con problemas generales, y tienen que construir, por lo tanto, soluciones generales para los mismos.

Para aclarar el tipo de saber técnico en que consiste la dogmática jurídica, puede ser interesante fijarse en sus semejanzas y diferencias con otras dos técnicas con las que a veces se le ha comparado: la medicina y la retórica.

La medicina es un ejemplo de técnica que esencialmente aplica conocimiento proveniente de las ciencias naturales y de la matemática (de las ciencias biológicas), aunque las ciencias sociales (la psicología, la sociología) jueguen también un papel de cierto relieve en algunos campos (por ejemplo, en la medicina clínica). Y en esto se diferencia, claro está, del derecho y de la jurisprudencia que pertenecen en exclusiva al mundo de lo social. Pero esa diferencia de planos no impide que entre el derecho y la medicina (y entre el saber dogmático y el saber médico) se puedan establecer muchas analogías fructíferas: entre el razonamiento dirigido a establecer un diagnóstico y el encaminado a la determinación de los hechos en el derecho; entre la medicina clínica y la epidemiología, por un lado, y la aplicación del derecho y la legislación, por el otro; entre lo que significa la enfermedad y la medicina, en el mundo natural, y el conflicto social y el derecho, en el social; etcétera. Pero hay también una diferencia fundamental y que consiste en que el fin, el valor, que preside el ejercicio

de la medicina está relativamente bien determinado (curar o prevenir enfermedades) y, en ese sentido, no es objeto de muchas discusiones; mientras que las cosas no ocurren así en el derecho. Si se quiere, podría decirse que, en relación con el derecho, existe también un acuerdo amplio en cuanto a que la finalidad última de los sistemas de derecho positivo es producir justicia. Pero, como es obvio, el acuerdo solo existe si el fin se entiende en términos muy abstractos (podría haber un consenso en relación con ciertos contenidos mínimos de justicia), mientras que, a la hora de concretar esos fines, con lo que nos encontramos es con desacuerdos que muchas veces pueden llegar a ser muy profundos. Y esos desacuerdos se trasladan también al campo de la dogmática: de ahí la contraposición clásica entre quienes conciben la jurisprudencia como una actividad encaminada esencialmente a lograr la seguridad jurídica (la aplicación cierta de las normas) y quienes ponen el acento más bien en la justicia material (en valores de tipo no puramente formal). La consecuencia de ello es que la medicina, en efecto, puede configurarse (aunque no exclusivamente, pero sí de manera fundamental) como una técnica orientada a descubrir los medios para lograr ese fin. Mientras que en el caso del derecho (de la aplicación y producción del derecho y de su elaboración dogmática a propósito de esas dos instancias fundamentales de la práctica jurídica), la deliberación respecto a los fines y a los valores juega un papel fundamental. Dicho de otra manera, en el derecho y en la dogmática jurídica no puede partirse de que los fines estén ya previamente dados y de ahí, en consecuencia, que el tipo de actividad requerido no pueda ser simplemente técnico, sino también *práctico*, en el sentido en el que suele hablarse de razón práctica. Esa es también la razón de que el derecho (en el sentido amplio de la expresión, que incluye el saber sobre el derecho) no pueda verse simplemente como una ingeniería social.

La comparación con la retórica (a veces se ha hablado de una jurisprudencia retórica o tópica) lleva también a una conclusión semejante. Aristóteles definió la retórica como una técnica (*Téchne rhetoriké* es el título original de su gran obra al respecto, que influyó decisivamente en toda la tradición posterior) dirigida a la persuasión. Para explicar lo que esto quiere decir ponía, entre otros, el ejemplo de la medicina (*Retórica* 1355b) y aclaraba que el buen rétor, como el buen médico, no es el que, de hecho, logra persuadir o curar, sino el que pone los medios adecuados para ello. De todas formas, entre el fin de la curación y el de la persuasión existe una diferencia interesante: curar es siempre (o, si se quiere, en casi todos los casos) un bien, pero persuadir no, puesto que se puede

usar la técnica retórica para persuadir de lo falso o de lo injusto.²⁶ Y de ahí que Aristóteles defendiera la necesidad de vincular esa técnica con la filosofía: con la ética y con la política. El saber sobre los medios tiene que ir acompañado de un saber sobre los fines. ¿Y no habría que decir lo mismo en relación con la dogmática jurídica? Parecería que sí. Las propuestas de solución dogmática para resolver un problema de aplicación o de producción del derecho no contienen únicamente elementos de carácter técnico: cómo lograr que una norma se interprete de manera que se incluya en la misma tal categoría de casos, o cómo hacer para producir una ley que evite incurrir en lagunas y contradicciones, que vaya a ser cumplida por los destinatarios, que produzca tales y cuales efectos, sino también ingredientes de naturaleza ético-política: qué justifica esa interpretación, qué valores se satisfacen al dictar una ley con tal y cual forma y contenido.

Esa relevancia del componente moral y político de la dogmática hace, naturalmente, que esta manera de entender el saber jurídico tradicional (como tecno-praxis) sea incompatible con una concepción positivista del derecho. Recientemente escribí un artículo en el que trataba de mostrar de qué manera la discusión que está teniendo lugar (en el campo de la filosofía del derecho) a propósito del constitucionalismo incide también en la manera de elaborar la dogmática penal. Y defendía un modelo de dogmática jurídico-penal que correspondiese (en el plano de la teoría general del derecho) con lo que hoy suele llamarse pospositivismo y que se diferencia tanto del positivismo clásico (el positivismo conceptualista o metodológico), como del nuevo positivismo defendido por un autor como Ferrajoli. En mi opinión, y contrariamente a lo sostenido por este último, los penalistas deberían suscribir estas tres tesis: 1) los conceptos básicos del derecho penal tienen una dimensión valorativa inescapable y su comprensión y manejo presuponen un objetivismo mínimo en materia moral; la filosofía moral y política, simplemente, forma parte de la dogmática penal; 2) en la construcción de esa dogmática se necesita partir de la distinción entre reglas y principios, o de alguna otra equivalente; ver el derecho penal exclusiva o preferentemente como un conjunto de reglas supone una manifiesta simplificación del fenómeno jurídico-penal que lleva, entre otras cosas, a una teoría desenfocada de la interpretación;²⁷

²⁶ Cabría decir que se puede también utilizar la técnica del médico para matar o causar dolor, pero entonces se diría que el que así actúa se estaría apartando del fin de esa actividad y, quizá, que al actuar de esta última forma ya no lo estaría haciendo como un médico.

²⁷ Es interesante señalar que en su influyente obra *Derecho general. Parte general*

3) la jurisdicción tiene necesariamente un carácter dinámico y, para justificar sus decisiones, al menos en los casos difíciles, los jueces necesitan —usan de hecho— instrumentos argumentativos que van más allá de la subsunción y de los cánones tradicionales de la interpretación jurídica; o sea, recurren, aunque sea limitadamente (a diferencia de lo que ocurre en relación con los legisladores) a procedimientos ponderativos.²⁸

Últimamente, Dworkin ha defendido la tesis de que el derecho es una rama de la moralidad política y que los juristas —de manera destacada, los jueces, en particular los de los tribunales superiores— son algo así como filósofos políticos en acción. No es, en realidad, muy claro lo que quiere decir con esto último. Pues una cosa es que los jueces necesiten tener una formación filosófica (básicamente, en las diversas ramas de la filosofía práctica), lo que, en mi opinión, no ofrece dudas, y otra cosa es que deban y que puedan ser filósofos, en cuanto jueces, es decir, que deban comportarse —argumentar, decidir— como lo haría un filósofo, lo que no parece una idea fácil de aceptar.²⁹ Bueno, en realidad, él mismo aclara que los jueces (particularmente, cuando no se trata de jueces constitucionales) no podrían operar sin más como filósofos, dado que están constreñidos por el precedente, digamos, por la necesidad de respetar la autoridad. De manera que habría que concluir entonces que los jueces no pueden ser, sin más, filósofos; en sus argumentaciones, las razones filosóficas (sustantivas) tienen que conjugarse con las de naturaleza autoritativa (razones formales e institucionales).

En su última obra, *Justice for Hedgehogs*,³⁰ Dworkin propone un esquema unitario o integrado (en forma de árbol) que contrapone (para dar cuenta del derecho) al modelo dualista que había defendido en anteriores trabajos y que se basaba en la existencia de dos sistemas separados de normas: las morales y las jurídicas. Debe aclararse también que, en esta última obra, Dworkin, apartándose algo del uso convencional, entiende por “moral” los estándares que prescriben cómo debemos tratar a los otros, mientras que la “ética” se referiría a los estándares sobre cómo

(PPV, Barcelona) Santiago Mir pasó de definir el derecho penal como “un conjunto de normas” a hacerlo (a partir de la 8a. ed.) en términos de “un conjunto de normas, de principios y de valores”.

²⁸ Véase Atienza, Manuel, “Constitucionalismo y derecho penal”, en Mir Puig, Santiago y Carcoy Bidasolo, Mirentxu (dirs.), Hortal Ibarra, Juan Carlos (coord.), *Constitución y sistema penal*, Madrid, Marcial Pons, 2012, pp. 38 y 39.

²⁹ Dworkin, Ronald, “Must Our Judges Be Philosophers? Can They Be Philosophers?”, New York Council for the Humanities Scholar of the Tear Lecture (2000).

³⁰ Belknap, Harvard University Press, 2011.

debemos vivir (sobre qué es una vida buena). Pues bien, su imagen del árbol sugiere que la ética sería para él algo así como las raíces o el tronco que da lugar a la moral (sería una de las ramas) de la que, a su vez, surge (de una de las ramas de la moral: de la moralidad política) el derecho. No creo que sea una idea exactamente equivocada, pero me parece que refleja cierta exageración que podría corregirse si modificáramos un poco la imagen, precisamente para evitar situar al derecho (y al saber acerca del derecho) exclusivamente en el campo de la razón práctica. Según mi propuesta, la dogmática jurídica no sería exactamente una rama de la filosofía práctica, sino más bien un híbrido entre técnica (en el sentido amplio antes señalado) social y filosofía práctica. Y para ese híbrido es para lo que yo propongo el término de “tecno-praxis”.

En efecto, así como en los últimos tiempos se habla de tecno-ciencia para indicar la tendencia hacia la convergencia que (en diversos sectores) presentan la ciencia y la tecnología, cabría utilizar el término tecno-praxis para señalar la fusión entre el campo de la técnica y el del pensamiento y acción dirigidos a la vida moral y política de los hombres, que Aristóteles llamó “praxis”. La dogmática jurídica sería entonces una peculiar combinación de técnica social y de filosofía práctica (moral y política), un lugar de reunión de la razón instrumental y la razón práctica. La actividad dogmática debería estar presidida entonces por un tipo de racionalidad que incluyera no solo la deliberación sobre los medios adecuados para alcanzar ciertos fines, sino también la deliberación sobre esos fines y sobre los valores en que los mismos se sustentan. A mí me parece obvio que, en el contexto de los derechos del Estado constitucional, ese es el único camino viable que se le abre a la dogmática.