



■ Todos los lugares son el mismo  
Néctor Mejía  
2005

## ***PARA VER CON MEJOR LUZ. UNA APROXIMACIÓN AL TRABAJO DE LA DOGMÁTICA JURÍDICA\****

\* La pertinaz insistencia y los agudos comentarios de Christian Courtis han contribuido a enriquecer este trabajo. Si las notas a pie son como pequeños ruidos que vienen del sótano quede constancia aquí de una música de agradecimiento.

Fecha de recepción: Noviembre 9 de 2005

Fecha de aprobación: Febrero 16 de 2006



## PARA VER CON MEJOR LUZ. UNA APROXIMACIÓN AL TRABAJO DE LA DOGMÁTICA JURÍDICA

Santiago Sastre Ariza\*

### RESUMEN

Se analiza la relevancia que puede tener el estudio de la teoría del Derecho, y el análisis lingüístico en general, para los estudios que habitualmente realiza la dogmática jurídica.

**Palabras clave:** dogmática jurídica, ciencia jurídica, metodología, análisis del lenguaje, teoría del Derecho, convencionalismo.

## TO SEE WITH A BETTER LIGHT. AN APROXIMATION TO THE WORK OF JURIDICAL DOGMATIC

### ABSTRACT

It analyse the importance that may have the study of law theory and the analysis of general linguistic to the studies that usually makes the juridical dogmatic.

**Key words:** juridical dogmatic, legal science, methodology, language analysis, law theory, conventionalism.

\* Profesor en la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de Castilla-La Mancha, Toledo, España.

## PARA VER CON MEJOR LUZ. UNA APROXIMACIÓN AL TRABAJO DE LA DOGMÁTICA JURÍDICA

### INTRODUCCIÓN

En este breve artículo me gustaría llamar la atención sobre dos cuestiones que me parecen importantes en el análisis de la actividad que desarrolla la dogmática jurídica.

En primer lugar, considero que si merece la pena insistir en el tema de la caracterización de la dogmática es para subrayar que se trata de un saber que tiene sobre todo una finalidad práctica, de modo que en su ejercicio intervienen (aunque sobre esto se haya producido a veces un *intencionado eclipse*) las elecciones valorativas.

En segundo lugar, creo que el atrincheramiento de la dogmática en la rama o el sector jurídico del que se ocupa presenta el riesgo de ofrecer una visión excesivamente reduccionista del fenómeno jurídico. Por eso tiene un especial interés atender al análisis que realizan otras disciplinas (pienso, por ejemplo, en la filosofía y la sociología) cuyas aportaciones podrían contribuir a enriquecer el discurso de la dogmática. En este sentido, y en orden a robustecer la fundamentación de los estudios dogmáticos, me parece relevante la preocupación por el análisis conceptual, que en este caso podría concretarse en un cuidadoso manejo de las categorías conceptuales que proporciona la teoría del Derecho.

### 1. ¿CIENCIA Y DOGMÁTICA?

Como es sabido, las expresiones “ciencia jurídica” y “dogmática jurídica” se suelen emplear como sinónimas. Sin embargo cada una resalta un aspecto (la primera la condición científica del conocimiento de un objeto que, como destaca la segunda, se impone “desde fuera” a los juristas) que merece la pena comentar.

El término “ciencia jurídica” presenta el inconveniente de que prejuzga ya de antemano que el conocimiento del derecho tiene un carácter científico. La frontera que delimita el acceso al *afamado territorio* de la ciencia no ha sido especialmente rígida o inamovible. Por eso si echamos un vistazo a la sociología del conocimiento es fácil advertir que la noción de ciencia no se ha sustraído a los avatares de la



evolución histórica y que en muchas ocasiones ha estado al servicio de intereses ideológicos, políticos o económicos. Si no estoy equivocado, en la actualidad parece defenderse una visión más amplia o pragmática de ciencia que tiene que ver con el empleo de determinados métodos (hablaríamos, por tanto, de un pluralismo metodológico) y la consecución de determinados objetivos<sup>1</sup>. La fundamentación de lo científico ya no se apoya tanto en la correspondencia con la realidad (cuyo carácter externo se ha visto erosionado al estar mediatizada por el lenguaje y la interpretación) como en la comunidad de los científicos, pues son éstos los que delimitan las reglas de juego y los criterios que acotan el ámbito de lo científico. Si esto es así, entonces no queda más remedio que vernos abocados a la relación circular de circunscribir lo que es científico a aquello que es considerado como tal (pasa a un primer plano, por tanto, la intersubjetividad) en la comunidad científica. Quizá uno de los dilemas más importantes de la epistemología contemporánea es que no sabe a ciencia cierta cómo se reconoce o identifica la actuación científica, aunque esto no ha representado ningún impedimento para su desarrollo o perfeccionamiento<sup>2</sup>.

Me parece que el debate acerca de si el saber jurídico alcanza o no el prestigio de ser científico ha perdido interés o, al menos, puede decirse que el río de tinta que este tema generó ha disminuido notablemente su caudal. No me interesa ahora indagar en esta cuestión (quizá en ello tenga que ver que la epistemología moderna se ha encargado de debilitar la idea de ciencia, que ahora tiene un carácter más abierto o flexible, de ahí que el jurista ya no sienta una especie de “complejo de inferioridad frente a los científicos”<sup>3</sup>.) Considero más interesante resaltar que la discusión sobre si la dogmática jurídica es o no una ciencia ha terminado, en un intento por introducirla a toda costa en el reino de la ciencia, por ofrecer una visión distorsionada de lo que en realidad hace. Y lo que es peor: esta visión aún perma-

<sup>1</sup> Vid. como ejemplo la voz de A. López Cerezo, “Ciencia” en J. Muñoz y J. Velarde (ed.), *Compendio de Epistemología*, Trotta, Madrid, 2000, pp. 100-104. Sobre esta cuestión tuve ocasión de profundizar en “Algunas consideraciones sobre la ciencia jurídica”, *Doxa*, 24, 2001, pp. 579-601.

<sup>2</sup> Como dice Jesús Mosterín, “no disponemos de una ciencia de la ciencia adecuada, capaz de hacernos entender qué es lo que hacemos cuando hacemos ciencia. La situación no es tan rara como pudiera parecer a primera vista. Tampoco disponemos de una ciencia de la percepción o del lenguaje mínimamente satisfactoria. Y, sin embargo, percibimos, hablamos, y hacemos ciencia con gran naturalidad. Afortunadamente funcionamos mejor como animales perceptivos, hablantes y cognoscentes que como profesores de psicología de la percepción, de lingüística o de filosofía de la ciencia. Y, desde luego, el no haber entendido hasta hace poco en qué consiste la respiración no nos ha impedido llevar millones de años respirando”, “Prólogo” a A. Rivadulla, *Filosofía actual de la ciencia*, Tecnos, Madrid, 1986, pp. 13-17, p. 15.

<sup>3</sup> La expresión es de N. Bobbio, *Contribución a la teoría del derecho*, trad. A. Ruiz Miguel, Fernando Torres, Valencia, 1980, p. 174.

nece asentada o incrustada en la mentalidad de quienes se dedican al cultivo de la dogmática.

Si ha habido algún autor que ha puesto un especial énfasis en conseguir que la ciencia jurídica se convirtiera en una ciencia genuina sin duda ese ha sido Kelsen. Para el autor de la *Teoría pura* la ciencia jurídica si quiere ser una auténtica ciencia debe (se trata, por tanto, de un modelo normativo) conducir su actuación de acuerdo a dos principios: el principio de neutralidad y el principio de autonomía. El primero tiene que ver con la función de la ciencia jurídica, ya que no debe ocuparse de resolver problemas prácticos o valorativos, sino que tiene que limitarse a describir el derecho (incluso a la hora de la interpretación este objetivo se alcanzaría mediante la enumeración del elenco de significados de los enunciados normativos sin inclinarse por alguno) El segundo está relacionado con el método, pues cuando la ciencia jurídica dé noticia del derecho debe seguir un “método específicamente jurídico” (monismo metodológico): es decir, tiene que articular una explicación del derecho sin necesidad de salir de las normas jurídicas. Esto último supone la separación de la ciencia jurídica respecto de otras ciencias, concretamente de las ciencias empíricas, que se dedican a lo que sucede en el ámbito de los hechos o del “ser”, y también de la ética, que se encarga de las normas morales o enunciados de “deber ser” de carácter axiológico. Como es sabido, Kelsen recurre a la norma básica como criterio de cierre o categoría lógica que aspira a facilitar una explicación autosuficiente y neutral del derecho<sup>4</sup>.

Pues bien, sin perjuicio de que la descripción y la ordenación de un sector del derecho sea una actividad de cierto interés, creo que reducir la tarea de la dogmática a describir el derecho que es empobrece seriamente su función, pues la convierte en un saber contemplativo y en cuanto tal superfluo. Si se limitara a ser un simple *repetitorio* del derecho entonces no se entiende bien qué diferencia habría entre un derecho que cuente con un desarrollo dogmático frente a aquel que no lo tuviera, salvo que presentara tal vez una ordenación más sistemática o más “aseada”. Además, no parece que la simple tarea de describir se convierta *per se* en una actividad científica (sin duda puede haber mejores y peores descripciones).

En relación con el criterio de la autonomía, si el derecho es un fenómeno social complejo que despliega sus funciones en una cultura política concreta, todo apunta a que no se trata de un objeto precisamente aislado del mundo de los hechos y los valores. Por eso las aportaciones de otras especialidades pueden enriquecer el discurso jurídico. No digo que los juristas deban conocer a fondo otras disciplinas

<sup>4</sup> Vid. H. Kelsen, *Teoría pura del Derecho* (1960), trad. R. Vernengo, UNAM, México, 1986. Del modelo kelseniano de ciencia jurídica me ocupé en mi *Ciencia jurídica positivista y neoconstitucionalismo*, McGraw-Hill, Madrid, 1999, capítulo I.



(nadie propugna aquí un modelo de jurista de corte “renacentista”) pero sí estar al tanto de aquellas contribuciones que no sólo pueden sino que deben manejar si quiere que sus estudios jurídicos tengan un sólido cimiento teórico. Me parece un tanto anticientífica la parcelación del saber jurídico de la que a veces se hace gala o, por decirlo con una expresión feliz de Nino al hilo de la teoría kelseniana, caracterizar al discurso jurídico por su insularidad<sup>5</sup>.

Por otro lado, con la expresión “dogmática jurídica” se acentúa la externalidad del derecho, en el sentido de que aquella se ocupa de un objeto que se impone “desde fuera” a los juristas, del mismo modo que los dogmas se presentan como cuestiones indiscutibles al discurso de los teólogos. La externalidad del derecho está vinculada, como han resaltado algunos autores, con el principio de legalidad en el sentido de que un derecho de base legal o cuya principal fuente es la ley ofrece ya un producto suficientemente acabado o terminado para poder ser concebido como objeto de conocimiento y estudio por parte de la dogmática<sup>6</sup>. Este carácter externo se ha exagerado a veces, a mi juicio de forma equivocada, propiciando así una cierta *fisicalización* o cosificación, que facilita la visión del derecho como un hecho bruto del que se puede dar noticia con el mismo rigor científico con el que se da cuenta de los hechos de la naturaleza. Me parece que las distintas interpretaciones que el positivismo jurídico hace de estos hechos que configuran la práctica jurídica—esta es la denominada tesis social: la creación y el contenido del derecho vienen determinados por un conjunto de hechos complejos como las decisiones de los legisladores y los jueces y también los comportamientos de los destinatarios—ha dado lugar, no por casualidad, a diferentes versiones o interpretaciones del positivismo jurídico<sup>7</sup>. En cuanto se trata de un fenómeno convencional, podemos decir que el derecho es una construcción humana que está *ahí fuera*, aunque su entidad empírica no sea análoga a la de un fenómeno natural, pues su existencia no es independiente de las creencias y prácticas compartidas. Me parece acertado remarcar el carácter externo del derecho si a renglón seguido se insiste en que se incardina en una práctica en la que, al mismo tiempo, es construido en un juego de interpretaciones y comportamientos.

Precisamente en esta construcción tiene un especial protagonismo la dogmática jurídica, pues contribuye a reconstruir y a mejorar en lo posible el derecho, facilitando así su aplicación en su mejor vertiente. Por esto, en cuanto va más allá de la mera ordenación y sistematización del derecho, la dogmática realiza funciones que

<sup>5</sup> Vid. C. S. Nino, *Derecho, moral y política*, Ariel, Barcelona, 1993.

<sup>6</sup> L. Ferrajoli, *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal* (1989), trad. P. Andrés Ibáñez, A. Ruiz Miguel, J. C. Bayón, J. Terradillos y R. Cantarero, Trotta, Madrid, 1995, p. 870.

<sup>7</sup> Vid. J. C. Bayón, “Derecho, convencionalismo y controversia”. En P. E. Navarro y M. C. Redondo (comp.), *La relevancia del derecho*, Gedisa, Barcelona, 2002, pp. 57-92.

son inconsecuentes con su presentación como saber dogmático. Y no es que, en mi opinión, no deba hacer esta tarea: al contrario, me parece que al hilo de la reconstrucción y descripción de un determinado sector jurídico está en mejores condiciones para dar el paso de proponer, modificar y reconstruir el derecho, algo que ya hace subrepticamente. Si esto es así, entonces no se comprende por qué se debe ocultar que la dogmática despliega, dentro de los límites que le permite el material jurídico, una función valorativa o prescriptiva. Si esto se oculta puede ser por una descripción errónea de lo que en realidad hace o, más bien, porque se quiere encubrir esta función con una especie de velo de ignorancia por razones claramente ideológicas.

De todas formas, me parece que el análisis acerca de la ciencia jurídica en muchas ocasiones suele estar desenfocado. ¿Por qué? Pues porque a la dogmática no le interesa solamente conocer el derecho, sino explicarlo y estudiarlo a la luz de su dimensión práctica, ya que se crea éste con la finalidad de cambiar la realidad (ajustar el mundo a lo que establecen las normas jurídicas) Por tanto, este es un elemento fundamental que marca la actividad de la dogmática, que debe preocuparse de examinar si el derecho cumple o no sus objetivos, cómo debe ser interpretado y aplicado, etc. El derecho no se hace sólo para ser conocido, sino fundamentalmente para ser aplicado (para solucionar conflictos, resolver problemas de interacción y coordinación, proveer servicios y distribuir bienes, etc.) Esta función práctica del derecho afecta a la actuación de la dogmática, que debe analizar el derecho teniendo en cuenta esta dimensión. Por eso la ciencia jurídica no se limita sólo a conocer un objeto, sino que se trata de un conocimiento que presta atención a esa orientación práctica. Esto hace, como ha señalado insistentemente Manuel Atienza, que la ciencia jurídica no sea tanto una ciencia como una técnica. Como afirma este profesor, lo que caracteriza a la dogmática jurídica “es que no trata sin más de explicar un acontecimiento, sino de explicar cómo se puede producir un determinado resultado, dadas ciertas condiciones; por ejemplo, de qué manera se puede interpretar un determinado fragmento del derecho para lograr una solución razonable a un cierto problema. Su fin no es propiamente conocer, sino obtener ciertos resultados prácticos valiéndose de ciertos conocimientos”<sup>8</sup>.

Es más: parece que el nuevo modelo jurídico actual, al que algunos se refieren con la rúbrica de *neoconstitucionalismo* para destacar la eficacia normativa de la Constitución y la incorporación en ella de contenidos sustantivos frente al modelo del constitucionalismo decimonónico<sup>9</sup>, ha puesto de relieve que la ciencia jurídica

<sup>8</sup> M. Atienza, *El sentido del Derecho*, Ariel, Barcelona, 2001, p. 246.

<sup>9</sup> Sobre este tema se pueden consultar los trabajos que componen el volumen M. Carbonell (ed.), *Neoconstitucionalismo (s)*, Trotta, Madrid, 2003. Y la voz de A. García Figueroa, “Teorías del Derecho neoconstitucionalistas” en [www.iustel.es](http://www.iustel.es).



tiene menos posibilidades que nunca de ser un saber dogmático. Se podría pensar que la sujeción de la ley a la Constitución ha debilitado el carácter dogmático de aquella, ya que sólo *toma posesión* de su carácter dogmático una vez que se produce su encaje o ajuste con la normatividad constitucional. O, por decirlo con F. Laporta, la ley está en una “permanente interinidad y en una posición subalterna” y es contemplada como “una suerte de sospechosa permanente que hay que vigilar a la luz de la Constitución”<sup>10</sup>. Pero aquí podríamos advertir que se ha producido sólo un desplazamiento: ahora parece que esa visión dogmática de la ley se ha trasladado a las leyes constitucionales (que operarían como una especie de *superdogmas*) Esto ha ocurrido, sin embargo, con el coste de que, debido a la presencia en la Constitución de contenidos sustantivos difíciles de precisar, no es fácil saber cuál es su contenido o qué es *lo que dicen* las normas constitucionales. Ahora ya es el propio derecho el que reclama la entrada de consideraciones valorativas y resalta todavía más la función práctica que la ciencia jurídica ha venido desempeñando<sup>11</sup>.

## 2. UNA BUENA CAJA DE HERRAMIENTAS

No hace falta insistir en que el análisis lingüístico tiene un papel básico en los estudios dogmáticos. El título de este epígrafe pretende hacer un guiño a este tipo de cuestiones, pues no se sabe si alude a la caja de herramientas (el continente), o a lo que hay dentro de ella (el contenido), o acaso a las dos cosas. La idea de acudir a la imagen de una caja de herramientas para ilustrar los problemas del lenguaje no es original. Ya Wittgenstein, en un pasaje muy conocido de sus *Investigaciones filosóficas*, se refería a ella en estos términos: “piensa en las herramientas de una caja de herramientas: hay un martillo, unas tenazas, una sierra, un destornillador, una regla, un tarro de cola, clavos y tornillos. Tan diversas como las funciones de estos objetos son las funciones de las palabras”<sup>12</sup>. Cierta-

<sup>10</sup> F. Laporta, “Materiales para una reflexión sobre racionalidad y crisis de la ley”, *Doxa*, 22, 1999, pp. 321-330, p. 322.

<sup>11</sup> En este carácter práctico de la ciencia jurídica han insistido G. Zagrebelsky, *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia* (1992), trad. M. Gascón, Trotta, Madrid, 1995, pp. 120 y ss.; A. Calsamiglia, “Ciencia jurídica”. En E. Garzón Valdés y F. Laporta (ed.), *El derecho y la justicia*, Trotta, Madrid, 1996, pp. 17-27, p. 26; R. Alexy, *Teoría de los derechos fundamentales* (1986), trad. E. Garzón Valdés, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1997, p. 33.

<sup>12</sup> L. Wittgenstein, *Investigaciones filosóficas* (1953), trad. A. García y U. Moulines, Crítica, Barcelona, 1988, sección 11, p. 27. Más adelante, en la sección 18, utiliza el símil de una ciudad vieja para referirse al lenguaje: “nuestro lenguaje puede verse como una vieja ciudad: una maraña de callejas y plazas, de viejas y nuevas casas, y de casas con anexos de diversos periodos; y esto rodeado de un conjunto de barrios nuevos con calles rectas y regulares, y con casas uniformes”, p. 31.

mente, el rigor lingüístico tiene una especial importancia, pues la falta de precisión de los conceptos es un lastre que puede mermar el alcance de los trabajos de la dogmática.

Si gran parte del contenido del derecho se expresa a través de formulaciones lingüísticas, entonces adquiere mucha relevancia el análisis conceptual. Si uno de los objetivos básicos del derecho es guiar o dirigir el comportamiento, para conseguir este fin no debe alejarse del significado que habitualmente tienen las palabras en el lenguaje natural, aunque en ocasiones se manejan términos técnicos que se inscriben en un lenguaje especializado (como “dolo”, “usufructo”...) La dogmática se ocupa de analizar el lenguaje jurídico (por eso se dice que se expresa en un metalenguaje o lenguaje de segundo grado) y es por ello por lo que la precisión conceptual y la claridad son características que influyen decisivamente a la hora de llevar a cabo su función<sup>13</sup>.

En relación con el carácter valioso del rigor lingüístico me gustaría comentar dos cuestiones. La primera ayuda a resaltar que en las disputas lingüísticas no se dilucidan algo así como las esencias de las palabras, pues esto nos conduciría a incurrir en el error del ontologizar los conceptos. La segunda pretende rebajar las expectativas que se ponen en el análisis lingüístico, pues no todos los problemas se resuelven con una buena dosis de minuciosidad lingüística. Esta presunta visión científica del lenguaje no debe ocultar que en el empleo del lenguaje anidan también opciones valorativas. A ver si consigo explicarme.

En relación con el primer punto, el problema del esencialismo conceptual es que maneja los conceptos como si con ellos tratásemos de desentrañar esencias: como si remitieran a un mundo supraempírico en el que pudieran apropiarse de características esenciales. Pues bien, con los conceptos no se pretende descubrir esencias inmutables, ya que su significado no tiene un carácter necesario sino convencional, pues depende del uso que se hace de él en un determinado contexto lingüístico. Como han destacado muchos autores, el lenguaje y las palabras no guardan relación necesaria y natural con aquello a lo que hacen referencia (este sería el caso de los signos), pues estamos ante símbolos con los que de forma convencional se alude a aquello que designan (ya Wittgenstein señalaba la naturaleza intersubjetiva o comunicativa del lenguaje) La equivocación del esencialismo conceptual consiste, por tanto, en haber concebido las palabras como signos, cuando se trata de símbolos que afianzan su significado en el juego de las convenciones lingüísticas. En este error suelen incurrir algunos dogmáticos cuando se afanan denodadamente en “desvelar” o “encontrar” la naturaleza jurídica de alguna institución.

<sup>13</sup> Vid. J. J. Moreso, “Lenguaje jurídico” en E. Garzón Valdés y F. Laporta (ed.), *El derecho y la justicia*, citado, pp. 105-116.



En relación con la segunda cuestión, la relevancia del análisis lingüístico tampoco debe llevarnos a pensar que con una buena dosis de refinamiento conceptual se resuelven todos los males o los problemas que se le presentan a la dogmática. Sería extraño pensar que el rigor lingüístico *disuelve* los problemas jurídicos. Sin embargo, esto no debe parecer tan extraño cuando algunos autores que pertenecieron a la escuela positivista del Círculo de Viena sostuvieron que los problemas, en este caso las cuestiones relacionadas con la filosofía, se convertían en última instancia en meros enredos lingüísticos. ¿Por qué se produjo esta especie de transformación ontológica? Por decirlo con brevedad, en un contexto en el que el conocimiento se articula en torno al principio de verificación resulta difícil justificar la función de la filosofía, pues si se ocupa de los objetos de la realidad entonces maneja un lenguaje científico pero al precio de convertirse en un saber superfluo que no tiene nada que aportar a las ciencias, y si se dedica a formular especulaciones metafísicas, entonces carecen de sentido sus afirmaciones porque son proposiciones que no tienen referencia y por eso no es posible determinar las condiciones en las que se puede predicar la verdad. Ante esta dicotomía se reivindica la utilidad de la filosofía como una especie de rama de la lingüística, pues se dedica al análisis conceptual. De esta manera, el campo estaba sembrado para que los problemas filosóficos se transformaran en malentendidos lingüísticos y la filosofía terminara por alejarse de los problemas reales. Al hilo de esta cuestión es conocido el episodio del encuentro, que duró apenas diez minutos, que mantuvieron Popper y Wittgenstein el 25 de octubre de 1946 en el Club de Ciencia Moral de la Universidad de Cambridge, ante una treintena de personas. Popper fue invitado a pronunciar una conferencia sobre la existencia de los problemas filosóficos y tomó la palabra para defender que la filosofía no se limita a abordar cuestiones lingüísticas, pues desde su punto de vista existían genuinos problemas filosóficos. Después de varias interrupciones y en un momento de *acaloramiento* Wittgenstein, que estaba jugando con el atizador de la chimenea, lo blandió en el aire como una manera expeditiva de expresar su desacuerdo con Popper. Russell, que estaba en ese debate, trató de calmar los ánimos y de persuadir a Wittgenstein de que depositara el atizador en su lugar. Según una de las versiones del encuentro<sup>14</sup> Wittgenstein retó a Popper, con la vara de hierro en la mano, a que le pusiera algún ejemplo de regla moral que no se diluyera en una mera cuestión lingüística. Sagazmente Popper esgrimó como ejemplo “no debo amenazar a los conferenciantes con un atizador”.

<sup>14</sup> El hecho de que existan diferentes versiones de este encuentro, que no se encuentra muy lejano en el tiempo y que fue presenciado por pocos testigos (¡con el agravante de que algunos de ellos se dedicaban al estudio de la epistemología!), le lleva a Vargas Llosa a reivindicar en un interesante artículo el protagonismo de la literatura en la historia, pues ésta no deja de ser “una ciencia cargada de imaginación”, “Duelo de gigantes”, *El País*, 30-noviembre-2003.

En medio de las risas de los asistentes Wittgenstein arrojó el atizador contra las brasas de la chimenea y, con ira, se fue de la sala dando un portazo<sup>15</sup>.

Dejando a un lado este breve *excursus* filosófico, el análisis lingüístico contribuye a plantear de modo más preciso los problemas o los temas que se abordan, y sólo en esa medida puede contribuir a su resolución. Pero los problemas (ya sean filosóficos o jurídicos) no se solucionan con un uso más científico o más estricto de las palabras<sup>16</sup>. Además, la exigencia de rigor y claridad tiene un cierto carácter instrumental, pues está al servicio no sólo de la exposición sistemática de un sector jurídico sino de abordar las dificultades que plantea la aplicación del derecho. Por decirlo con una imagen de Mosterín, la obsesión del alpinista por llevar buenas botas no debe hacerle olvidar que su meta es llegar hasta la cumbre<sup>17</sup>.

<sup>15</sup> En su autobiografía Popper comenta este episodio y escribe lo siguiente: “Yo lo sentí realmente mucho. Admito que fui a Cambridge con la esperanza de provocar a Wittgenstein para que defendiese el punto de vista de que no existen genuinos problemas filosóficos y batirme con él sobre esta cuestión. Pero nunca había pretendido ponerlo furioso; y quedé sorprendido al encontrarlo incapaz de captar una broma. Sólo más tarde comprendí que probablemente él se dio cuenta de que yo estaba bromeando y que fue esto lo que le ofendió. Pero aunque yo había querido tratar el problema a la ligera, hablaba de hecho con la mayor seriedad –quizá más seriamente que el mismo Wittgenstein, puesto que, después de todo, él no creía en problemas filosóficos genuinos.

Tras habernos dejado Wittgenstein tuvimos una discusión muy agradable, en la que Bertrand Russell fue uno de los principales interlocutores. Y al final, Braithwaite me dirigió un cumplido (un dudoso cumplido, quizá), diciendo que yo había sido la única persona que había conseguido interrumpir a Wittgenstein de la misma forma en que Wittgenstein interrumpía a cualquier otro”, K. Popper, *Búsqueda sin término. Una autobiografía intelectual*, trad. C. García Trevijano, Alianza, Madrid, 2002, p. 199. Vid. también la narración de este desencuentro en la biografía de R. Monk, *Ludwig Wittgenstein* (1990), trad. D. Alou, Anagrama, Barcelona, 2002, pp. 449 y ss. A narrar todas las vicisitudes de este suceso, con insistencia en el contexto histórico y en las personalidades de los participantes, se dedica el divertido ensayo de D. J. Edmonds y J. A. Eidinow, *El atizador de Wittgenstein. Una jugada incompleta* (2001), trad. M. Morrás, Península, Barcelona, 2001.

<sup>16</sup> Además, cuando usamos las palabras pretendemos ocuparnos habitualmente de cosas diferentes de las palabras. Estos filósofos tan preocupados por la depuración lingüística se parecen, sugiere Russell, a aquel hombre al que le preguntaron por el camino más corto para llegar a Winchester:

–¿El señor desea saber cuál es el camino más corto para llegar a Winchester?

–Sí.

–¿El camino más corto?

–Sí.

–No lo sé.

Aquel hombre, apunta Russell, “quería conocer con claridad la naturaleza de la pregunta, pero no tenía el más mínimo interés en responder. Eso es exactamente lo que hace la filosofía moderna con aquellos que buscan apasionadamente la verdad”. Tomo el dato de J. R. Ayllón, *Lucas en la caverna*, Martínez Roca, Barcelona, 2001, p. 77.

<sup>17</sup> J. Mosterín, *Ciencia viva. Reflexiones sobre la aventura intelectual de nuestro tiempo*, Espasa Calpe, Madrid, 2001, p. 104.



La importancia de la precisión conceptual constituye el rasgo más significativo o, como dice Moreso, la *marca de la casa* de una de las corrientes más influyentes de la filosofía del derecho actual: la filosofía jurídica de corte analítico. Después de la superación de la escuela analítica clásica (cuyo derrumbamiento ya fue avanzado por algunos de sus componentes), lo que queda de ella es un estilo de hacer filosofía en el que se considera que el análisis del lenguaje y el empleo de la lógica contribuyen a suministrar claridad y precisión en la actividad filosófica. Como escribe Mosterín, “en un sentido lato, ser un filósofo analítico ya no implica aceptación de tesis alguna, y desde luego no supone pensar que todos los problemas filosóficos son lingüísticos, o que su solución se base en el análisis lógico o gramatical. Sólo implica un cierto estilo y unas mínimas normas de urbanidad”<sup>18</sup>. Si esto es así, entonces lo que sería deseable es que la corriente analítica no fuera propiamente una escuela a la que pertenecen unos pocos, sino que habría que abogar por cierto *imperialismo* en el sentido de extender más la preocupación por el estilo o la manera de afrontar la investigación jurídica.

Dejando a un lado su rechazo de la filosofía especulativa —el discurso moral se arrojó por la puerta pero entraría después por la ventana al ser rehabilitado a través de obras de autores como Barry, Rawls y Nino—, la *filosofía analítica clásica* aportó algunas herramientas teóricas que luego terminarían siendo discutidas en el seno de la filosofía de la ciencia. Así, en relación con los niveles de lenguaje (pragmático, semántico y sintáctico) se insiste en la preponderancia del uso, ya que éste determina el significado a partir del cual se puede abordar el estudio de la forma. En segundo lugar, la distinción entre proposiciones analíticas y proposiciones sintéticas, que dio pie a diferenciar los problemas conceptuales frente a los problemas empíricos, queda debilitada desde el momento en el que se estrecha la relación entre el lenguaje y la experiencia, hasta el punto de que llega a afirmarse que la distinción entre enunciados teóricos y enunciados observacionales es de grado<sup>19</sup> (uno de los autores que más empeño puso en defender este planteamiento, junto con la tesis del carácter holista del significado, fue Quine). Y finalmente, la separación de lo que Reichenbach llamó el contexto de descubrimiento —que alude a los diferentes condicionamientos que afectan al conocimiento— y el contexto de justificación —en el que se explicitan las razones que demuestran una teoría, que es el contexto que en realidad interesa a la ciencia— se acorta notablemente desde el momento en el que se insiste en que el conocimiento no es una actividad aislada sino que se apoya en un fundamento genético, histórico, social o, por decir-

<sup>18</sup> J. Mosterín, *Idem*, p. 101.

<sup>19</sup> F. D’Agostini, *Analíticos y continentales. Guía de la filosofía de los últimos treinta años* (1997), trad. M. Pérez, Cátedra, Madrid, 2000, p. 196.

lo a la manera kuhniana, se inserta dentro de los límites o las coordenadas de un paradigma determinado.

De todas formas, es indudable que el *análisis conceptual* ocupa un papel destacado en la función de la dogmática jurídica. El manejo de determinados conceptos se apoya en convenciones cuya fuerza depende de su rendimiento explicativo a la hora de dar cuenta del fenómeno jurídico. Esta capacidad explicativa se pone en juego contrastando desde un punto de vista crítico nuestras teorías y nuestras intuiciones frente a la práctica jurídica. Pero el manejo del lenguaje no es una labor aséptica o neutral, pues en su uso también concurren valoraciones, como trataré de explicar en el epígrafe siguiente.

### 3. MÁS TEORÍA DEL DERECHO

La relevancia que puede tener el *análisis conceptual* para la dogmática se concreta especialmente recomendando, en mi opinión, un uso más *recurrente* de la teoría del derecho. Esta disciplina ofrece un estudio (que aspira a ser) formal del derecho, ya que se dedica a analizar los conceptos que son imprescindibles para comprenderlo. Este carácter formal se refleja en el hecho de que no suele ocuparse del contenido de los enunciados jurídicos sino sobre todo del continente, ya que se trata de ofrecer una *visión estructural* del derecho (como, por ejemplo, el análisis del concepto de norma y de ordenamiento jurídico).

En este sentido se trata de un saber que pretende caracterizarse por la generalidad. En relación con esta cuestión me gustaría resaltar dos ideas. En primer lugar, las categorías que maneja la teoría del derecho no deben ser concebidas como condiciones de la experiencia jurídica, lo que supondría incurrir en una especie de apriorismo kantiano, puesto que se derivan de los sistemas jurídicos concretos. De este modo, la generalidad o el grado de abstracción al que se alude con la Teoría del Derecho resulta disminuido ya que se construye a partir de los sistemas jurídicos particulares. Es preciso advertir esto porque a veces se pueden presentar como generales ciertos rasgos que caracterizan sistemas jurídicos específicos. En segundo lugar, quizá sea conveniente no trazar una distinción tajante entre lo concreto y lo abstracto (que tal vez sólo pueda ser viable en los extremos) y propugnar que la teoría del derecho no se construya a kilómetros de distancia de la dogmática jurídica (de lo contrario se incurriría en el riesgo de cultivar una teoría excesivamente general, alejada del “derecho en acción”).

El carácter formal de la teoría del derecho también queda *rebajado* si tenemos en cuenta que el derecho *no se apoya en el aire*, sino en un concreto contexto político y social, de modo que este tipo de análisis debe tener en cuenta el marco en



el que se desenvuelve su aplicación (por eso debe profundizar en problemas como la conexión del derecho con el conflicto, con la fuerza, con otros órdenes normativos, etc.) A la hora de afrontar su estudio es útil recurrir a otras ramas que pueden arrojar luz sobre estas cuestiones.

En el acercamiento al concepto de derecho —el tema fundamental de la teoría del derecho— late la discusión que ha enfrentado desde siempre al positivismo jurídico y la iusnaturalismo. Si se considera que el rasgo característico del derecho es la coacción, entonces se puede terminar por confundir el derecho con la fuerza, de modo que sería difícil distinguir la orden de un inspector de hacienda que exige el pago de los impuestos de la de un integrante de una organización terrorista. Y si se insiste en que el elemento básico del derecho es la justicia, o una pretensión de justicia, entonces se acaba legitimando *a priori* el derecho con el alto coste que supone conectar las obligaciones jurídicas con las obligaciones morales. El debate entre el positivismo jurídico y el iusnaturalismo (que algunos consideran ya superado desde el momento en que los derechos humanos —que constituyen, por así decirlo, el contenido de la justicia— han sido positivizados o incorporados en la mayoría de las constituciones) parece girar en torno a dos enfoques: la visión del derecho como un fenómeno social que pretende regular el uso de la fuerza y la concepción del derecho como un orden normativo que está vinculado con la moralidad.

Frente a la estrategia de sostener la unicidad del concepto de derecho se sitúa la propuesta, que ha sido defendida por Carlos Nino, de argumentar a favor de una pluralidad de definiciones de derecho<sup>20</sup>. Nino parte de la idea de que el derecho presenta dos dimensiones: la *social*, que acentúa las propiedades fácticas del derecho debido a su condición de fenómeno social, y la *normativa*, que destaca que las normas jurídicas pretenden ser razones para justificar el comportamiento. Estas dos características permiten que el derecho pueda ser definido poniendo el acento en una u otra dimensión, según el contexto en el que se haga. Nino mantiene que desde este enfoque pluralista se comprenden mejor las teorías jurídicas. Así, Hart maneja un concepto descriptivo de derecho ya que considera que las normas jurídicas, que son interpretadas como un tipo específico de reglas sociales, forman parte del derecho porque son identificadas por una práctica social compleja en la que la judicatura o las agencias de aplicación en general desempeñan un papel decisivo<sup>21</sup>. Kelsen, en cambio, emplea un concepto normativo de derecho porque identifica la validez de las normas jurídicas con su fuerza obligatoria, aunque se trata de una obligatoriedad de carácter jurídico, ya que Kelsen pretende elaborar una noción de obligatoriedad diferente de la noción moral de obligatorie-

<sup>20</sup> C. S. Nino, *La validez del Derecho*, Astrea, Buenos Aires, 1985, p. 175 y ss.

<sup>21</sup> H. L. A. Hart, *The Concept of Law*, Clarendon Press, Oxford, 1994, 2ª ed.

dad, y de carácter hipotético, pues su fundamento último es una hipótesis (la *famosa* norma fundamental)<sup>22</sup>. La teoría dworkiniana ejemplifica el empleo de un concepto mixto de derecho, lo que explicaría, por cierto, las dificultades para calificar a Dworkin como positivista o iusnaturalista. El autor de *Taking Rights Seriously* usa un concepto descriptivo de derecho cuando afirma que el derecho nazi es derecho pese a su injusticia o cuando mantiene la necesidad de adoptar un punto de vista descriptivo en la etapa preinterpretativa. Sin embargo, parece que emplea un concepto normativo cuando defiende que algunos principios ingresan en el derecho en función de su contenido, sin pasar previamente por el *test* de origen de la regla de reconocimiento<sup>23</sup>. Con su teoría pluralista Nino quiere poner de relieve que en el discurso jurídico se puede utilizar el concepto de derecho de diferentes maneras y que, por tanto, no hay por qué defender la existencia de algo así como una definición correcta de derecho.

Esta variedad de concepciones, que se apoyan en una teoría del derecho diferente, ilustra las dificultades que existen para que la teoría del derecho pueda presentarse como un análisis estrictamente neutral. Si las categorías conceptuales que elabora la teoría del derecho tienen un carácter convencional (pues no se trata de descubrir esencias que permitan referirnos a definiciones correctas o verdaderas) entonces todo apunta a que incorporan una dimensión valorativa que hay que resaltar. Aquí, como apunta Ferrajoli, no se trata de estudiar los minerales sino un fenómeno que se pretende explicar mediante criterios que se apoyan en convenciones, de modo que en esa elección parece innegable la presencia de la ideología<sup>24</sup>.

Ahora bien, la presencia inevitable de la ideología no significa que en el terreno de la teoría del derecho todo esté permitido. En primer lugar, esto pone de relieve que no hay que perder de vista que en *el subsuelo* de la teoría del derecho están presentes las valoraciones. Y, en segundo lugar, esto no impide que haya convenciones que, después de haber sobrevivido a un cierto *embate darwinista* frente a las críticas y observaciones, hayan logrado obtener un grado de permanencia y por eso hayan suscitado el acuerdo. Y es precisamente por su fuerza explicativa a la hora de dar cuenta del derecho por lo que han conseguido afianzarse en el lenguaje de los juristas. Este criterio de la capacidad explicativa, que se sustenta también en el asentimiento de los componentes de la comunidad de los teóricos del derecho, es un criterio que afianza el valor de determinadas convenciones por encima de las opiniones personales.

<sup>22</sup> H. Kelsen, *Teoría pura del Derecho*, citado.

<sup>23</sup> R. Dworkin, *Los derechos en serio* (1977), trad. M. Guastavino, Ariel, Barcelona, 1984. También *Law's Empire*, Fontana Press, Londres, 1986.

<sup>24</sup> L. Ferrajoli, *El garantismo y la filosofía del derecho*, trad. G. Pisarello, A. J. Estrada y J. M. Díaz, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2000, p. 48.



Y es por eso por lo que el empleo de las categorías teóricas que han sido elaboradas por la teoría del derecho resulta imprescindible para la fundamentación de los trabajos de la dogmática jurídica. Muchas investigaciones jurídicas presentan una cojera teórica considerable que limita de forma decisiva sus pretensiones. Pienso en algunas nociones como las de norma jurídica (una de las principales preocupaciones ha sido ofrecer una visión del derecho que trate de dar cabida a la variedad de normas que integran el derecho. Muchas investigaciones incurren en esa generalización de llamar a todo norma jurídica —dejando a un lado esa práctica social en que consiste la costumbre— pero con el precio de añadir una enorme imprecisión a lo que dicen<sup>25</sup>), sistema jurídico (este enfoque supone fijarse ya no en *el árbol sino el bosque*, pues las normas no se presentan aisladas sino incorporadas a un ordenamiento, aspecto que resulta fundamental a la hora de concebir el derecho e interpretar las normas), la validez (esta característica de las normas es empleada a veces con ambigüedad, pues puede ser concebida como pertenencia al sistema jurídico, como obligatoriedad —se discute mucho si la obligatoriedad jurídica es genuina o dependiente de la obligatoriedad moral— y también como mera existencia), la eficacia (la eficacia no sólo es un problema empírico sino también conceptual, pues a la hora de especificar las condiciones en las que se atribuye la eficacia a las normas y a los sistemas jurídicos es preciso resolver previamente cuestiones teóricas. Esto evidencia que la eficacia no se agota en afirmaciones sobre ciertos *hechos brutos*, pues debe ser englobada en un marco teórico que permita comprender a qué alude y qué supone la comprobación de la eficacia. En este sentido resulta esclarecedor distinguir la eficacia como correspondencia, como aplicación, como éxito y como eficiencia<sup>26</sup>), los principios (que pueden ser explícitos —como los principios en sentido estricto y las directrices— y los implícitos —como los principios generales del derecho—), las lagunas (normativas y axiológicas), y un largo etcétera en el que ahora no puedo detenerme.

#### 4. ALGUNOS EJEMPLOS

Para que lo dicho no parezca un ejercicio puramente especulativo, y pueda advertirse en qué sentido los desarrollos de la teoría del derecho pueden ofrecer herramientas útiles para el trabajo del dogmático, presentaré dos ilustraciones simples.

<sup>25</sup> Para manejar con precisión los tipos de enunciados jurídicos que componen el derecho es muy útil el texto de M. Atienza y J. Ruiz Manero, *Las piezas del Derecho*, Ariel, Barcelona, 1996.

<sup>26</sup> Sobre la eficacia el mejor estudio que conozco es, sin duda, el de L. Hierro, *La eficacia de las normas*, Ariel, Barcelona, 2003.

La primera tiene que ver con la necesidad de distinción entre tipos distintos de enunciados jurídicos para el trabajo dogmático concreto. Lo dicho es aplicable a problemas de gran variedad. Por ejemplo, los dogmáticos suelen enredarse en discusiones ociosas motivadas por la falta de claridad conceptual acerca del sentido deóntico de una norma de la que pretenden derivar consecuencias ulteriores. Así, los dogmáticos suelen derivar —incorrectamente— prohibiciones o mandatos del establecimiento de un permiso por parte del legislador. De una norma que permite expresamente a los sindicatos ejercer el derecho de huelga, se deriva —sin agregar criterios normativos suplementarios— la prohibición de ejercer huelga a colectivos distintos a los sindicatos reconocidos<sup>27</sup>; a partir de una norma que establece la facultad del Parlamento de adoptar medidas de acción positiva para garantizar la igualdad de oportunidades de grupos sociales en desventaja, se afirma que el mantenimiento de la igualdad de trato incumple un mandato constitucional.

Otro problema que aparece con frecuencia en el debate entre juristas es la poca claridad en la distinción entre reglas y principios, que suele generar no pocas confusiones en la argumentación a favor o en contra de soluciones dogmáticas ante casos discutidos. Muchas querellas dogmáticas podrían ordenarse con sólo advertir que, mientras un contendiente alega que la solución del caso discutido consiste en la aplicación literal de una regla, otro afirma que el antecedente de hecho de la regla contiene excepciones implícitas, que deben ser identificadas a partir de un principio aplicable al caso. Así, por ejemplo, la discusión en materia penal sobre el denominado “principio de insignificancia”<sup>28</sup> se circunscribe a decidir si detrás de toda prohibición penal, existe un umbral mínimo de afectación del bien jurídico que la norma penal pretende proteger, por debajo del cual la persecución penal deviene injustificada.

La segunda ilustración está relacionada con la falta de precisión en el empleo de la noción de “laguna”: los juristas suelen no diferenciar entre lagunas normativas o técnicas y lagunas axiológicas, con la seria consecuencia de no poder distinguir entre la descripción de un defecto de construcción del ordenamiento jurídico (que ordena, prohíbe o permite algo, pero no especifica o desarrolla las condiciones normativas necesarias para que ese enunciado jurídico sea aplicable), y la crítica de carácter ideológico o valorativo del ordenamiento jurídico (por no ordenar, prohibir o permitir algo que se estima justo, correcto o adecuado de acuerdo con el

<sup>27</sup> Al respecto, y sobre la interpretación *a contrario sensu* en general, vid. Ricardo Guastini, *Estudios sobre la interpretación*, trad. M. Gascón y M. Carbonell, Porrúa, México, 2002, pp. 28 y ss.

<sup>28</sup> Vid., por ejemplo, Santiago Mir Puig, *Derecho Penal. Parte General*, Repertor, Barcelona, 1998, 5ª ed., p. 133.



parámetro axiológico de relevancia adoptado por el dogmático)<sup>29</sup>. La denuncia de “lagunas” en el ordenamiento jurídico suele venir acompañada de propuestas *de lege ferenda*: el jurista propone la adopción de una norma nueva para colmar la laguna señalada. Ahora bien, el sentido de la propuesta *de lege ferenda* cambia según el carácter de la laguna denunciada.

Si se trata de una laguna normativa o técnica, el dogmático estará proponiendo el saneamiento de un defecto de incompletitud del ordenamiento —la superación de una inconsecuencia del legislador— a partir de la sugerencia de un componente necesario para la aplicación del enunciado jurídico incompleto. Un ejemplo de este tipo de lagunas lo constituye la falta de desarrollo normativo de un mandato del constituyente al legislador: es el típico caso de ausencia de garantía legislativa de los llamados derechos sociales, previstos en la Constitución pero carentes frecuentemente de un desarrollo normativo que estipule su titularidad, contenido y sujeto obligado.

Precisamente uno de los aspectos más llamativos de la teoría de Ferrajoli es la insistencia en esa nueva antinomia que se produce con la divergencia entre la normatividad y la efectividad, sobre todo en relación con los derechos. Una cosa es los derechos y otra las técnicas normativas que pretenden asegurar o tutelar los derechos, que son las garantías<sup>30</sup>. Las garantías pueden ser primarias (mediante normas primarias se designan las obligaciones —de prestación— o prohibiciones —de lesión— que corresponden al derecho garantizado) y secundarias (mediante normas secundarias se crea la posibilidad de que los órganos judiciales puedan actuar —aplicando sanciones o declarando la anulación— cuando se han lesionado aquellas obligaciones y prohibiciones). Para Ferrajoli la ausencia de garantías primarias (que no se hayan especificado estas obligaciones y prohibiciones, pues no están implícitas o contenidas ya en los derechos) constituye una laguna primaria, y la inexistencia de garantías secundarias (la falta de acción procesal para tutelar los derechos, que provoca la ineficacia de los derechos pero no su inexistencia, como parece sostener Kelsen<sup>31</sup>) acarrea una laguna secundaria. Esto último es importante porque si se identifican los derechos con las garantías secundarias

<sup>29</sup> Para ello, vid. C. E. Alchourrón y E. Bulygin, *Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas y sociales*, Astrea, Buenos Aires, 1974, pp. 41-49 y 157-167; L. Ferrajoli, *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, citado, pp. 878-879.

<sup>30</sup> Las garantías son diferentes y aparecen después de los derechos. Como escribe Laporta, “los derechos son “algo” que, por así decirlo, está *antes* que las acciones, pretensiones o exigencias, *antes* que los poderes normativos, *antes* que las libertades normativas y *antes* que las inmunidades de status”, “Sobre el concepto de derechos humanos”, *Doxa*, 4, 1987, pp. 23-46, p. 27.

<sup>31</sup> Por ejemplo cuando afirma que un derecho es “la protección de aquel interés que el derecho objetivo establezca”, H. Kelsen, *Teoría pura del Derecho*, citado, p. 146.

entonces quedan descalificadas, por carecer de la tutela necesaria para su realización, “las dos más importantes conquistas del constitucionalismo de este siglo, es decir, la internacionalización de los derechos fundamentales y la constitucionalización de los derechos sociales”<sup>32</sup>. Una de las principales aportaciones de la teoría garantista de Ferrajoli es concebir la ausencia de garantías de los derechos como lagunas que los poderes públicos tienen la obligación de subsanar en función del principio de plenitud del sistema jurídico, ya que la incorporación de los derechos en las normas constitucionales marca un *deber ser* a realizar que no debe quedar a merced de la voluntad legislativa. Por esta razón Ferrajoli encomienda a la ciencia jurídica la responsabilidad, lejos de convertirse en un saber neutral o meramente contemplativo, de denunciar estas lagunas y las antinomias, así como proponer criterios o pautas para su posible reparación<sup>33</sup>.

En cambio, cuando se trata de una laguna axiológica, el jurista pretende motivar al legislador a modificar el orden jurídico, y a agregar una norma nueva para superar el problema de inadecuación axiológica de ordenamiento que el propio dogmático denuncia. Un ejemplo de sugerencia *de lege ferenda* de la que el legislador español se ha hecho cargo es la de la consagración legislativa del matrimonio entre personas del mismo sexo<sup>34</sup>: las recomendaciones dogmáticas dirigidas a denunciar la falta de previsión normativa del matrimonio homosexual criticaban la solución legislativa entonces vigente —la limitación del ejercicio del derecho a casarse con personas de distinto sexo— por considerarla inadecuada a partir de ciertas valoraciones de carácter social, relacionadas con la importancia de la institución del matrimonio y con la relativización de las preferencias sexuales como condición de acceso a esa institución.

## 5. CONCLUSIÓN

No pretendo decir, como ya he insistido antes, que los dogmáticos deban pasarse a *cultivar el jardín* de la teoría del derecho. Pero sí conocer, al menos, algunas herramientas que resultan centrales para la fundamentación teórica de sus investigaciones jurídicas. No hay que olvidar que la teoría del derecho presenta esa

<sup>32</sup> L. Ferrajoli, *Derechos y garantías. La ley del más débil*, trad. P. Andrés Ibáñez y A. Greppi, Trotta, Madrid, 1999, p. 59.

<sup>33</sup> Vid. para un análisis más pormenorizado el reciente volumen de M. Carbonell y P. Salazar (ed.), *Garantismo. Estudios sobre el pensamiento jurídico de Luigi Ferrajoli*, Trotta, Madrid, 2005.

<sup>34</sup> Evito tratar aquí el problema de la hipotética inconstitucionalidad de la limitación del matrimonio a personas de distinto sexo por vulneración al principio de igualdad que, de todos modos, no había prosperado en el ámbito de la justicia constitucional.



paradoja de *encontrar fortaleza* al estar asentada en determinadas convenciones (cuya fuerza radica en el rendimiento explicativo) pero al mismo tiempo *presenta la debilidad* de estar en permanente construcción, pues esas categorías deben ser refinadas cada vez más al contrastar nuestras creencias e intuiciones con la práctica jurídica. Para resaltar el valor de las teorías a veces recuerdo a mis alumnos un aforismo de Leonardo da Vinci que viene a decir que la teoría es *el capitán* y la práctica es *un conjunto de soldados*. Ojalá los teóricos del derecho se esforzaran en hacer realidad el *dictum* de que “no hay nada más práctico que una buena teoría”. Y ojalá los dogmáticos ampliaran su campo de visión más allá de las lindes del sector jurídico desde el que conciben el derecho y tuvieran esto en cuenta.