

ROBERT ALEXY

*Teoría de la argumentación jurídica.
La teoría del discurso racional como teoría
de la fundamentación jurídica.*

Madrid, Centro de estudios
constitucionales, 1989.

Traducción de Manuel Atienza e
Isabel espejo.

Edición original de 1978.

II. Rasgos fundamentales de la
argumentación jurídica

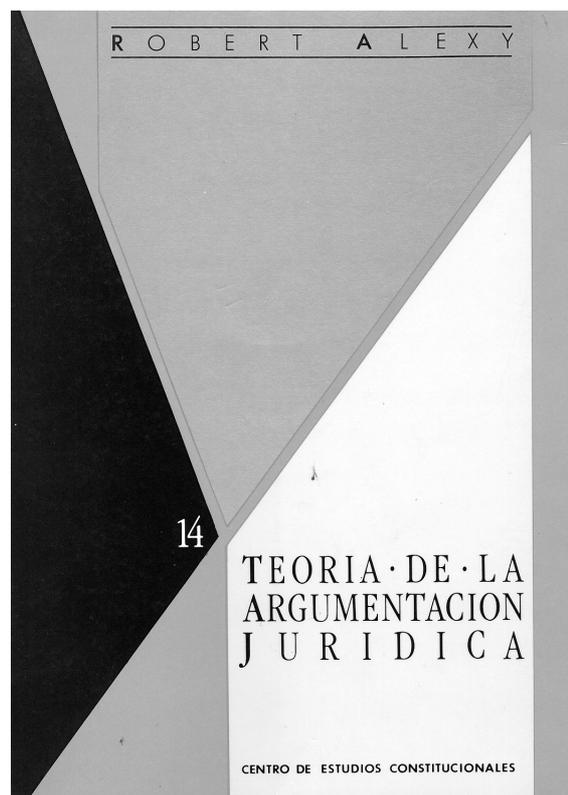
2.4.5. Las funciones de la dogmática

Si los enunciados dogmáticos, dado (y en tanto) que no se siguen lógicamente de las formulaciones de las normas vigentes juntamente con enunciados empíricos, pueden ser justificados en última instancia sólo a través de argumentos prácticos de tipo general, entonces hay que preguntar si (y con qué extensión) la argumentación dogmática tiene sentido o es necesaria al lado de la argumentación práctica general. ¿Existe alguna razón en favor de la opinión de que en las fundamentaciones jurídicas, aparte de las normas jurídicas, los enunciados empíricos y algunas formas de argumentos que sirven para la aplicación de estas normas, sólo son importantes argumentos prácticos de tipo general? Para contestar a esta pregunta hay que examinar, de manera algo más sistemática, las funciones ya ocasionalmente mencionadas de la dogmática jurídica. Se pueden distinguir al menos seis funciones a valorar positivamente: (1) de estabilización, (2) de progreso, (3) de descarga, (4) técnica, (5) de control y (6) heurística.

(1) La función de estabilización se cumple en cuanto que, con ayuda de enunciados dogmáticos¹, se fijan, y se hacen por tanto reproducibles, determinadas soluciones a cuestiones prácticas². Esto es posible porque la dogmática opera institucionalmente. De esta forma, pueden fijarse, durante largos periodos de tiempo, determinadas formas de decisión. Esto último es de considerable importancia, teniendo en cuenta el amplio campo de las posibilidades discursivas. Si tuviera que discutirse de nuevo cada vez, surgiría la posibilidad de que cada vez -sin que se violaran las reglas del discurso jurídico y del discurso práctico general- se alcanzaran resultados distintos. Esto contradice el principio de universalidad y, por ello, un aspecto elemental del

¹ Aquí no se puede afirmar que la estabilidad sólo puede alcanzarse por medio de las dogmáticas, es decir, mediante sistemas de enunciados dogmáticos. Por lo que se refiere a esta función, la casuística parece ser igualmente efectiva. Lo único importante aquí es que también las dogmáticas pueden servir para dar estabilidad. Sobre la relación entre casuística y dogmática cfr. N. Luhmann, *Rechtssystem und Rechtsdogmatik*, p. 18.

² Cfr. J. Esser, *Möglichkeiten und Grenzen des dogmatischen Denkens im modernen Zivilrechts*, p. 103.



principio de justicia ³. La dogmatización del Derecho, o algo de igual valor desde el punto de vista de la función de estabilización, es una exigencia que deriva de principios prácticos generales.

Ahora bien, esto no significa que cada enunciado dogmático que haya sido una vez aceptado deba ser mantenido estrictamente por tiempo ilimitado. Pero excluye que pueda ser abandonado sin más. No es suficiente con que haya buenas razones tanto en favor de la nueva solución como de la tradicional. Las razones en favor de la nueva solución deben ser tan buenas como para justificar no sólo la nueva solución, sino también el romper con la tradición. Tiene vigencia, por tanto, el principio de inercia de Perelman⁴. Quien propone una nueva solución, soporta la carga de la argumentación⁵.

Esto muestra que el efecto de estabilización de las dogmáticas no puede ser sobrevalorado. Está limitado, y no sólo por el hecho de que los enunciados dogmáticos, una vez aceptados, pueden ser rechazados o modificados. En numerosas fundamentaciones son necesarios, además de los dogmáticos, enunciados prácticos de tipo general (fundamentación dogmática impura). Puesto que frecuentemente son posibles discursivamente distintos enunciados prácticos de tipo general, muchas veces pueden fundamentarse, con ayuda de los mismos enunciados dogmáticos, resultados muy distintos. A todo esto alude Luhmann cuando establece que «la función de la dogmática... no [reside] en el encadenamiento del espíritu, sino precisamente, por el contrario, en el aumento de la libertad en el trato con experiencias y textos»⁶. Esto tiene que ver, ciertamente, con algo que es correcto. Sin embargo, sería equivocado, a causa de la libertad que indudablemente también se da en la argumentación dogmática, infravalorar el efecto de estabilización que surge del principio de inercia a partir de los enunciados dogmáticos aceptados.

(2) La función de progreso guarda una estrecha conexión con la de estabilización. La institucionalización de la dogmática, es decir, la ampliación de la discusión jurídica en la dimensión temporal, objetual y personal, hace posible ofrecer comprobaciones y diferenciar los enunciados dogmáticos en una medida considerablemente mayor de lo que sería posible en discusiones que se desarrollan en forma puntual. Con ello se hace posible algo así como un progreso de la dogmática. El progreso en la dogmática es

³ Sobre la conexión de la función de estabilización con el principio de igualdad de trato cfr. N. Luhmann, *ibid.*, p. 37. Si se habla de que en dos o más discursos se siguen en cada caso las reglas del discurso, y por tanto también el principio de universalidad (1.3'), y sin embargo, por lo que se refiere a la totalidad del discurso, de que puede existir una violación del principio de universalidad, entonces esto ocurre en la medida en que los discursos se contemplan desde distintos puntos de vista. En el primer caso, los individuos que participan en el discurso están desconectados en el sentido de que, dada su no identidad personal, los resultados del anterior discurso, por lo que se refiere a (1.3), no tienen para ellos ningún significado. En el segundo caso tiene lugar una pérdida de individualidad de los participantes en el discurso, en la medida en que se les atribuye las decisiones de los anteriores participantes en el discurso. Esto está justificado en todos los casos de discurso representativo en los que no existe ninguna identidad entre participantes y afectados. Para los afectados pero no participantes no puede ser de importancia un simple cambio de los participantes. En relación con los representantes, (1.3') establece por tanto exigencias más fuertes que en relación con los que son al mismo tiempo participantes y afectados.

⁴ Cfr. Sobre ello supra pp. 170 y ss

⁵ Cfr. W. Brohm, *Die Dogmatik des Verwaltungsrechts vor den Gegenwartatlaben der Verwaltung*, en: «VVDStRL», 30 (1972), p. 248.

⁶ N. Luhmann, *ibid.*, p. 16.

ciertamente un asunto considerablemente más complicado que el progreso en las ciencias empíricas⁷. No depende únicamente de la actividad del científico del Derecho, sino además, en una medida considerable, de la actividad del legislador y de los cambios de las ideas valorativas dentro de la sociedad. Esto, sin embargo, no hace que cambie nada con respecto a que también en la dogmática jurídica sean posibles progresos⁸. La posibilidad de tales progresos es un fuerte argumento en favor del carácter científico de la dogmática jurídica.

(3) La posibilidad de poder adoptar en las fundamentaciones dogmáticas enunciados ya comprobados y aceptados al menos de manera provisional supone una descarga en la medida en que, sin una razón especial, no es necesaria una nueva comprobación. Se puede renunciar a discutir de nuevo en cada caso cada cuestión de valoración. Esta función de descarga⁹ no es sólo indispensable para el trabajo de los tribunales, que tiene lugar bajo la presión del tiempo; también es importante para la discusión científico jurídica. También aquí -como en todos los lados- es imposible volver a discutirlo todo.

El valor de la función de descarga depende ciertamente del grado de optimización de una serie de variables como, por un lado, la sencillez, la precisión, la riqueza y la confirmación de los enunciados de una dogmática y, por otro lado, de la extensión de un consenso suficiente sobre estos enunciados. De acuerdo con la experiencia tenida hasta ahora, el problema central de la dogmática jurídica consiste en que estos valores no pueden acrecentarse conjuntamente a voluntad. Si fuera así, serían posibles sistemas de enunciados dogmáticos de los cuales podrían deducirse lógicamente, para todos los casos posibles en un campo del Derecho, soluciones valorativamente convincentes.

Puesto que esto no es posible, el valor de la función de descarga es limitado. Con frecuencia, ante una decisión de un caso singular es necesaria una elección entre enunciados dogmáticos alternativos que hay que fundamentar de nuevo. Además, esa menudo necesario rechazar un enunciado dogmático hasta entonces aceptado, y es frecuente el caso en que, para la fundamentación de una decisión, son necesarios, además de enunciados dogmáticos, enunciados prácticos de tipo general.

Por ello, hay que admitir ciertamente que la dogmática no sólo puede tener un efecto de descarga, sino también de carga¹⁰. Esto lo pone de relieve Luhmann: «Así, con la elaboración conceptual del Derecho, aumentan -¡y no disminuyen!- también las dificultades de la decisión; dicho más exactamente: aumentan las posibilidades de hacer más difícil la decisión»¹¹. Sin embargo, éste es sólo un aspecto. Por otro lado, difícilmente puede dudarse de que hay enunciados dogmáticos, como por ejemplo

⁷ Cfr. sobre ello Th. S. Kuhn, *Die Struktur wissenschaftlicher Revolutionen*, Frankfurt a. M., 1973, así como las contribuciones en: I. Lakatos/A. Musgrave (ed. de), *Criticism and the Growth of Knowledge*, Cambridge, 1970.

⁸ Sobre el progreso en la ciencia jurídica cfr. H. Dölle, *Juristische Entdeckungen*, en: *Verhandlungen des 42. Deutschen Juristentages*, Düsseldorf, 1975, vol. 2, Tübingen, 1975, pp. B 1-B 22, así como las contribuciones en: *Fortschritte des Verwaltungsrechts*. Festschr. f. H. J. Wolff, ed. de Chr.-Fr. Menger, München, 1973.

⁹ Cfr. sobre ello J. Esser, *Dogmatik zwischen Theorie und Praxis*, pp. 522 y 524; O. Bachof, *Die Dogmatik des Verwaltungsrechts vor den Gegenwartsaufgaben der Verwaltung*, p. 198; N. Luhmann, *Rechtssystem und Rechtsdogmatik*, p. 22; D. de Lazzer, *Rechtsdogmatik als Kompromissformular*, p. 103.

¹⁰ Cfr. sobre ello K. Zweigert, *Rechtsvergleichung, System und Dogmatik*, en: *Festschrift für E. Böttcher*, Berlin, 1969, p. 445 y s., así como G. Struck, *Dogmatische Diskussionen über Dogmatik*, «JZ», 1975, p. 86.

¹¹ N. Luhmann, *Rechtssystem und Rechtsdogmatik*, p. 23.

definiciones de conceptos jurídicamente relevantes, suficientemente precisos y generalmente reconocidos, que facilitan la decisión hasta el punto de que ésta, una vez establecidos los hechos, no parece ya problemática. La función de descarga en tales casos ordinarios consiste precisamente en que las cuestiones dogmáticas no son ningún problema¹².

El efecto de descarga en los casos ordinarios debe pagarse, por cierto, con dificultades en casos límites, las cuales no se presentarían si se prescindiera de las dogmáticas. La pregunta de si este precio compensa debe ser considerada no sólo en relación con las ventajas de la descarga en los casos ordinarios, sino también en relación con otros resultados producidos por la dogmática. Por ello, el hecho de que las dogmáticas planteen cuestiones que no existirían sin ella no puede, de ninguna manera, contemplarse, como todavía se verá, sólo como un inconveniente.

(4) Además, la función técnica es de considerable importancia. «Para contemplar la totalidad o, al menos, el campo más amplio posible... del sentido de las normas jurídicas concretas, es necesario construir conceptos básicos generales, formas de enunciados, instituciones jurídicas, etc., porque sólo una presentación simplificada y sistemáticamente unificada de esta manera de las normas jurídicas ofrece una rápida panorámica en conformidad con las relaciones de dependencia existentes entre ellas»¹³. De esta manera, la dogmática desarrolla una función de información¹⁴, promueve la enseñanza y el aprendizaje de la materia jurídica¹⁵ y, con ello, su capacidad de transmisión¹⁶. Podlech señala, en relación con ello, la regulación jurídica de las consecuencias de las guerras; por ejemplo, el derecho de compensación de cargas, el derecho de reparación y la Ley 131, para la que apenas se desarrollaron dogmáticas jurídicas y que, por ello, “sólo es conocida a fondo por prácticos especializados en la casuística”¹⁷.

Puede ponerse en duda, desde luego, la función didáctica de la dogmática. Así, Struck tiene derecho a pensar que aún está por aducirse la prueba del valor didáctico de las dogmáticas, y que esto ciertamente sólo puede hacerse por medio de las modernas ciencias de la didáctica¹⁸. Sin embargo, hay que admitir que la penetración analítico-conceptual de un objeto es, al menos, un medio para dominarlo.

¹² En este sentido, no es posible estar de acuerdo con Struck, quien explícitamente es de la opinión de que los enunciados dogmáticos no juegan ningún papel en los casos rutinarios (cfr., *ibid.*, p. 86).

¹³ W. Krawietz, “Funktion und Grenze einer dogmatischen Rechtswissenschaft”, en: *Rechts und Politik*, 6 (1970), p. 151; en forma parecida *Id.*, *Was leistet Rechtsdogmatik in der richterlichen Entscheidungspraxis* p. 52. Cfr., además K. Engisch, “Begriffseinteilung und Klassifikation in der Jurisprudenz”, en: *Festschrift f. K. Larenz*, München, 1973, pp. 125 y ss.

¹⁴ J. Esser, *Möglichkeiten und Grenzen des dogmatischen Denkens im Zivilrechts*, p. 101

¹⁵ A. Podlech, “Rechtstheoretische Bedingungen einer Methodenlehre juristischer Dogmatik”, en: *Jahrbuch für Rechtssoziologie und Rechtstheorie* 2 (1972), p. 492.

¹⁶ N. Luhmann, *Sinn als Grundbegriff der Soziologie*, en: J. Habermas/N. Luhmann, *Theorie der Gesellschaft oder Sozialtechnologie*, p. 98.

¹⁷ A. Podlech, *ibid.*, p. 493. Para el comienzo de una elaboración dogmática de estos campos jurídicos cfr. H. J. Wolff/O. Bachof, *Verwaltungsrechts*, vol. 111, 3.a ed. München, 1973, § 144

¹⁸ G. Struck, *Dogmatische Diskussion über Dogmatik*, p. 85 y s.

(5) La ya mencionada función de control es muy importante¹⁹. Como ya se expuso²⁰, puede distinguirse dos tipos de control de consistencia. En la comprobación sistemática en sentido estricto se puede comprobar la compatibilidad lógica de los enunciados dogmáticos entre sí, y en la comprobación sistemática en sentido amplio, la compatibilidad práctico-general de las decisiones a fundamentar con ayuda de los distintos enunciados dogmáticos. Las dogmáticas permiten decidir casos no de manera aislada, sino en relación con una serie de casos ya decididos y todavía por decidir. Acrecientan por ello el grado de eficacia del principio de universalidad y sirven, en esta medida, a la justicia²¹.

(6) La última de las funciones positivas de la dogmática a mencionar aquí es su función heurística. Las dogmáticas contienen una serie de modelos de solución, distinciones y puntos de vista que no aparecerían si hubiera que empezar siempre de nuevo. El uso de este instrumental resulta ciertamente de utilidad, aunque la decisión no esté aquí todavía determinada. Se sugieren preguntas y respuestas que de otra manera serían imposibles o que quedarían fuera del campo visual. Un sistema dogmático puede, por ello, ser “un fructífero punto de partida para nuevas observaciones y relaciones, pues en la medida en que sintetiza el estado de comprensión alcanzado en los respectivos problemas singulares y generaliza su fecundidad, se convierte también en iniciador de nuevos conocimientos que no se hubiesen ofrecido, ni menos aún hubiesen prevalecido, si la reflexión hubiese quedado aislada, sin sistematización”²².

(...) En suma, el uso de argumentos dogmáticos puede ser visto no sólo como no contradictorio con los principios de la teoría del discurso, sino además como un tipo de argumentación exigido por ésta en el contexto especial del discurso jurídico. Rige por ello la regla: (J. 12) Si son posibles argumentos dogmáticos, deben ser usados.

Volver al índice

¹⁹ Cfr. sobre ello N. Luhmann, *Rechtssystem und Rechtsdogmatik*, pp. 19 y 40 y ss.; W. Krawietz, *Was leistet Rechtsdogmatik in der richterlichen Entscheidungspraxis*, p. 77.

²⁰ Cfr. supra, pp. 252

²¹ Cfr. sobre ello Fr. Wieacker, *Zur praktischen Leistung der Rechtsdogmatik*, p.335

²² J. Esser, *Vorverständnis und Methodenwahl in der Rechtsfindung*, p. 101; cfr. además N. Luhmann, *Rechtssystem und Rechtsdogmatik*, p. 22 y s.