

## EL FUTURO DE LA DOGMÁTICA DE LOS DERECHOS

Guillermo Escobar Roca\*

### Resumen

Este trabajo realiza una caracterización general de la dogmática jurídica actual, con especial referencia a la dogmática de los derechos fundamentales. Repasa las tareas que realiza, analiza sus funciones sociales y concluye con una reflexión sobre su naturaleza científica. Seguidamente, explora sus perspectivas de desarrollo, a partir de seis elementos: tomarse en serio la fuerza normativa de la Constitución, abrir los ojos al exterior, explicitar las valoraciones y fundamentarlas mejor, atender más a la realidad social, mejorar las propuestas de reforma del derecho y tener más en cuenta las aportaciones de la teoría del derecho. En síntesis, el autor considera que la evolución y mejora de la dogmática de los derechos debe centrarse en la incorporación de otras disciplinas, sin por ello llegar a la interdisciplinariedad.

Palabras clave: ciencias del derecho; dogmática jurídica; argumentación e interpretación; teoría de los derechos fundamentales.

### THE FUTURE OF THE PRINCIPLES OF THE RIGHTS DOCTRINE

#### Abstract

*This paper provides a general characterization of the current state of legal doctrine, with special reference to principles related to basic rights. It reviews the tasks it performs, analyzes its social functions and concludes by reflecting upon its scientific nature. Afterwards, it explores its development perspectives, based on six elements: taking seriously the regulatory power of the Constitution; taking a look at the outside world; making explicit assessments and supporting these assessments better; paying greater attention to social reality; bettering the proposals for a reform of law and taking more account of the contributions of the theory of law. In short, the author believes that the development and improvement of the principles surrounding the rights doctrine should focus on the incorporation of other disciplines, without, however, going so far as interdisciplinarity.*

*Key words: sciences of law; legal doctrine; argumentation and interpretation; theory of basic rights.*

---

\* Guillermo Escobar Roca, Profesor titular de derecho constitucional de la Universidad de Alcalá, Facultad de Derecho, c/ Libreros 27, 28801 Alcalá de Henares, Madrid, [guillermo.escobar@uah.es](mailto:guillermo.escobar@uah.es).

Artículo recibido el: 13.10.2014. Evaluación ciega: 17.10.2014 y 20.10.2014. Data de aceptación de la versión final: 28.10.2014.

**Citación recomendada:** ESCOBAR ROCA, Guillermo. «El futuro de la dogmática de los derechos». *Revista catalana de dret públic*, Núm. 49 (diciembre 2014), pp. 60-83, DOI: [10.2436/20.8030.01.32](https://doi.org/10.2436/20.8030.01.32).

## Sumario

### 1 La dogmática tradicional de los derechos

#### 1.1 ¿Qué es la dogmática?

##### 1.1.1 Caracterización general de la dogmática

##### 1.1.2 Conocimiento teórico y conocimiento práctico

##### 1.1.3 El elemento definitorio de la dogmática

##### 1.1.4 Argumentación y argumentación jurídica

#### 1.2 Las tareas de la dogmática

##### 1.2.1 Describir y prescribir

##### 1.2.2 Identificación y descripción del derecho

##### 1.2.3 Sistematización y conceptualización del derecho

##### 1.2.4 Interpretación del derecho

##### 1.2.5 Tareas no propiamente dogmáticas pero a veces desarrolladas por los académicos

#### 1.3 Funciones sociales de la dogmática

##### 1.3.1 Dogmática y democracia

##### 1.3.2 Destinatarios de la dogmática

#### 1.4 ¿Es científica la dogmática?

### 2 Perspectivas de desarrollo de la dogmática de los derechos

#### 2.1 Críticas a la dogmática tradicional de los derechos

#### 2.2 Tomarse en serio la fuerza normativa de la Constitución

#### 2.3 Abrir los ojos al exterior

#### 2.4 Explicitar las valoraciones y fundamentarlas mejor

#### 2.5 Atender más a la realidad social

#### 2.6 Mejorar las propuestas de reforma del derecho

#### 2.7 Más teoría del derecho

#### 2.8 ¿Superación o apertura de la dogmática?

## BIBLIOGRAFÍA

## 1 La dogmática tradicional de los derechos

### 1.1 ¿Qué es la dogmática?

#### 1.1.1 Caracterización general de la dogmática

Hoy por hoy no existe una dogmática de los derechos<sup>1</sup> independiente, con estatuto académico autónomo consolidado (aunque en los planes de algunas facultades de derecho se imparten las asignaturas «Derechos humanos» o «Derechos fundamentales») o con métodos de trabajo sustancialmente distintos de la dogmática jurídica en general. En las secciones que siguen presentaré, con ejemplos específicos de la materia que nos interesa, una panorámica sintética (y que, por tanto, en varios puntos podría matizarse) del trabajo actual de la dogmática (que ha evolucionado poco desde mediados del siglo XIX), pensando sobre todo en el ámbito continental europeo y latinoamericano (donde se hace una dogmática algo distinta a la propia del *Common Law*) y en el derecho público (que tiene diferencias de matiz con el derecho privado).<sup>2</sup>

Desde luego, hay muchas formas de hacer dogmática de los derechos. Aquí voy a centrarme en la dogmática tradicional (que con alguna simplificación podríamos llamar *positivista legalista*), que es la mayoritaria. En el epígrafe 2 destacaré algunos rasgos novedosos que van abriéndose paso en ciertos sectores de la dogmática, y hablaré de su deseable perfeccionamiento y consolidación. En este primer epígrafe adoptaré un punto de vista descriptivo (lo que, efectiva y mayoritariamente, hace la dogmática de los derechos); y en el epígrafe siguiente, un punto de vista normativo (lo que debería hacer una mejor dogmática de los derechos), prescindiendo de exponer un panorama de las diversas teorías de la ciencia jurídica.

Por *dogmática* (o *dogmática jurídica*) entiendo la llamada «ciencia del derecho» en sentido estricto (más adelante veremos que la dogmática no es propiamente una disciplina científica), esto es, el estudio del derecho positivo vigente, entendido como norma, en un determinado país (no hay una dogmática general) y diferenciada, por tanto, de otras aproximaciones al mundo jurídico, como la historia del derecho (estudio de las normas no vigentes), la sociología del derecho (estudio de las normas como hechos sociales) o la filosofía del derecho, en su componente de axiología jurídica o ética (estudio de las normas como valores y de los valores de las normas).

La dogmática jurídica se contiene en los libros y revistas académicas, escritos normalmente por profesores universitarios. Para evitar el uso del término *dogmático* (que, aplicado a personas, resulta peyorativo), del término *científico* (como veremos, inadecuado) y del término *jurista* (más amplio, pues abarca a todos los profesionales del derecho), me referiré a quienes hacen la dogmática como «los académicos» (aunque excepcionalmente pueda haber publicaciones de dogmática escritas fuera de las universidades). Resulta claro que el trabajo de los operadores jurídicos (jueces, abogados, funcionarios) y el trabajo de los académicos persigue objetivos diferentes y se mueve en un contexto también diferente.<sup>3</sup> Los manuales de metodología jurídica (e incluso libros innovadores e importantes, como el editado por el filósofo argentino del derecho Christian Courtis)<sup>4</sup> acostumbran a identificar ambos tipos de trabajo, pero a mi juicio (mi doble experiencia de académico y magistrado creo que me permite una buena comparación) está claro que son distintos. Poniendo como ejemplo el trabajo del juez (el modelo más típico del jurista práctico), parece que su única función es interpretar las normas para aplicarlas en un caso concreto.<sup>5</sup> Pues bien, el académico realiza también interpretación (aunque de una manera distinta, pues normalmente no tiene delante un caso real que resolver), pero, además, muchas otras cosas.

1 En este trabajo entiendo básicamente los «derechos» como concepto que engloba tanto lo que en nuestro ordenamiento viene denominándose «derechos humanos» como lo que viene denominándose «derechos fundamentales». La separación casi tajante entre ambas categorías que viene predominando en nuestra dogmática es una muestra más de su anquilosamiento. Sobre las distinciones y necesarias relaciones entre derechos humanos y derechos fundamentales, Escobar (2006: 16-38).

2 Este trabajo está todavía influido por las primeras lecturas de mi etapa de formación como investigador. Siguen siendo recomendables *in totum*, Díaz (1980), Nino (1983) y Atienza (1985), esta última obra con reelaboración total en Atienza (2007).

3 Para una panorámica general de las distintas profesiones jurídicas y de su contexto, Soriano (1997: 419-430) y, más ampliamente, con tono ameno y divulgativo, Díez-Picazo (2006).

4 Courtis (2006).

5 «Los jueces no son profesores de Derecho»: Posner (2011: 229-258). En general, sobre las tareas de los jueces, últimamente, Garrido (2014).

### 1.1.2 Conocimiento teórico y conocimiento práctico

Que el trabajo de los prácticos y de los académicos sea distinto no quiere decir que no esté conectado; es más, la dogmática es definida con frecuencia (y más todavía hoy, con el auge de las teorías de la argumentación) como una disciplina eminentemente práctica, orientada a la solución de problemas reales. Está claro que no puede haber una buena práctica sin una teoría previa que le sirva de base,<sup>6</sup> pero también viceversa; y esta segunda perspectiva es la que debe destacarse ahora. Creo que la teoría (mejor dicho, la dogmática), por mucho que se la critique en este punto, ha estado siempre atenta a los problemas prácticos, aunque, a mi entender, muchas veces de una manera desenfocada (y de esto es buen ejemplo la dogmática de los derechos), como veremos en el epígrafe 2.

Adelantemos ya que la dogmática, en síntesis, hace sobre todo tres cosas: describir, sistematizar e interpretar las normas. Pues bien, las tres operaciones son normalmente realizadas pensando en su utilidad para la práctica (el operador jurídico necesita un marco que guíe su tarea, y modelos conceptuales que den firmeza a sus opciones interpretativas); de ahí que normalmente en los trabajos académicos se preste especial atención a la jurisprudencia de los tribunales.<sup>7</sup> Ello no implica que el operador jurídico vaya a encontrar en los libros la respuesta a los problemas que debe solucionar: la realidad es siempre más rica y variada que los escritos de los académicos, pero al menos estos deben servir de alguna ayuda. Si no, la dogmática habrá fracasado en su objetivo fundamental.

### 1.1.3 El elemento definitorio de la dogmática

La dogmática se caracteriza, ante todo, por presentarse (ya veremos que hay algo de falsedad en esta «autopresentación») como aceptando el derecho positivo (el objeto de estudio), que es algo externo al académico y que este no discute (como el teólogo las Sagradas Escrituras, de ahí el calificativo de *dogmática*).<sup>8</sup> Ello no quiere decir que los académicos piensen que el derecho positivo es verdadero (los enunciados jurídicos no son ni verdaderos ni falsos) o que es justo; simplemente no se plantean este tipo de problemas y razonan dentro del marco impuesto por aquel. En este sentido, la dogmática en apariencia (solo en apariencia) se asemeja al modelo de ciencia: existe un objeto de estudio (las normas jurídicas positivas), netamente diferenciado del investigador, y lo que este hace es, ante todo, describir dicho objeto, no construir un objeto diferente.

Este punto de partida de la dogmática se justifica en diversas razones:

a) La seguridad jurídica. El derecho positivo, pese a sus defectos (mayores o menores, dependiendo del lugar y el momento histórico), aporta siempre un mínimo de certeza. Si los académicos se mueven en el contexto de ese derecho, ayudan a preservar el valor de la seguridad. Además, contribuyen a aumentar dicha seguridad, pues limitan las ambigüedades del lenguaje jurídico y colman sus lagunas: actuando como si el ordenamiento fuera un sistema coherente y completo,<sup>9</sup> reducen sus imperfecciones y mejoran la previsibilidad de su aplicación futura.

b) El principio de legalidad, que se asienta en última instancia en el principio democrático (pienso, obviamente, en aquellos Estados en los cuales las leyes son producto de un Parlamento designado por los ciudadanos mediante elecciones libres),<sup>10</sup> y sirve, entre otras cosas, para limitar la libertad de los jueces, cuyo origen no es democrático. Si la dogmática razonara al margen del derecho positivo (que es, sobre todo, el derecho legislado), estaría menospreciando la importancia de la ley y, por tanto, de la democracia. En el epígrafe 2 veremos cómo la entrada en juego de la Constitución obliga a matizar la estricta aplicación del principio de

6 El clásico es, naturalmente, Kant (2006).

7 Con abuso, a mi juicio (pues dificulta la tarea constructiva de los académicos), en nuestra dogmática constitucional. P. ej., De Vega (1998). Para una crítica más general, Zagrebelsky (2005: esp. 27-28).

8 P. ej., Nino (1983: 322-328) o Calsamiglia (1986: 75-77).

9 Sobre el tema, p. ej., Calsamiglia (1986: 114-118).

10 No entraré aquí en la relativa ficción de este aserto (en realidad, los parlamentarios muchas veces se desvinculan de la voluntad popular, se limitan a ratificar los textos que provienen del Ejecutivo, no son los auténticos creadores de la ley, etc.).

legalidad<sup>11</sup> (o a entender este principio en términos más amplios), con todos los problemas (también para el principio democrático) que ello plantea.

c) Como la dogmática es un saber dirigido a la práctica, y la práctica es, sobre todo, la práctica ante los tribunales (los cuales actúan —o deben actuar, se dice— dentro del marco de la legalidad y no fuera de él), no serviría de nada construir conceptos o proponer interpretaciones al margen del derecho positivo. En definitiva, una dogmática que no aceptara el derecho positivo como marco indiscutible resultaría inútil en su ámbito natural: la comunidad jurídica institucionalizada.

#### 1.1.4 Argumentación y argumentación jurídica

Las reglas generales de la argumentación<sup>12</sup> resultan aplicables al razonamiento de cualquier disciplina, científica (por ejemplo, a la historia y a la sociología de los derechos) o no científica (por ejemplo, a la filosofía moral). Esto es, por supuesto, válido para la argumentación jurídica. Siguiendo el elemento definitorio de la dogmática, en este tipo de argumentación al menos una de las premisas y la conclusión son normas jurídicas vigentes. Así, por ejemplo:

*Según la Constitución*, el pluralismo político implica que todas las opciones políticas (partidos) estén permitidas.

En el país A se ha prohibido el partido político B.

Luego, en el país A *se ha vulnerado* la Constitución.

El aborto puede producirse por causas de necesidad económica.

*En el Código penal* del país C no figura la necesidad económica entre las causas de exención de la pena.

Luego, el aborto por causas de necesidad económica *está castigado* penalmente en el país C.

Pueden, sin embargo, también considerarse jurídicos los argumentos no basados directamente en una norma jurídica pero que ayudan a su interpretación. Es más, lo normal es que el texto de la norma resulte insuficiente para resolver un caso, y que haya que recurrir a criterios extrajurídicos, como argumentos de autoridad, causales, analógicos u otros, para resolverlo.

Los tres tipos clásicos de argumentación son importantes en la argumentación jurídica.<sup>13</sup> Aunque normalmente los autores que han estudiado este tema destacan una de las tres perspectivas como la más importante (a veces, incluso como la única), lo cierto es que el peso de unas o de otras dependerá del contexto. Veamos:

a) Los argumentos formales, esto es, los propios de la lógica, son siempre insuficientes; recordemos que la lógica no permite por sí sola justificar nada, pues solo garantiza la corrección de la inferencia, aunque las premisas sean falsas (en otras palabras, no ofrece argumentos, sino esquemas de argumentos). Los grandes teóricos de la teoría de la argumentación (Toulmin y Perelman) han despreciado los argumentos formales, los cuales no figuran en las clasificaciones más exitosas de los argumentos jurídicos (como la de Tarello)<sup>14</sup>, y lo cierto es que raramente aparecen como tales en los textos elaborados por la dogmática (donde el lenguaje utilizado es discursivo, no formalizado). Sin embargo, este tipo de argumentos resultan útiles para la dogmática, y ello por tres motivos: ayudan a ordenar las ideas, aportando claridad a la argumentación; permiten identificar mejor el origen de los problemas conceptuales e interpretativos; y proporcionan elementos para criticar los argumentos de otros, especialmente para identificar las premisas ausentes o erróneas.

b) Los argumentos materiales son, sin duda, los más importantes en el mundo del derecho, sobre todo en el

11 Para otras matizaciones, p. ej., Calsamiglia (1986: 101-107).

12 Sobre la materia, entre otros muchos, Gadamer (1977), Perelman y Olbrechts (1989), Lo Cascio (1998), Weston (2005) o Toulmin (2007).

13 Para la aplicación al derecho de la teoría general de la argumentación, entre otros, Viehweg (1972), Perelman (1979), Alexy (1979), Mac Cormick (1995), Aguiló (2008), Martínez Zorrilla (2010) y Guastini (2014). Para una panorámica equilibrada de las distintas corrientes, Atienza (1997, 2006 y 2013).

14 Tarello (1980).

campo que aquí estamos describiendo, el académico, y en el ámbito jurídico que nos interesa específicamente, el de los derechos. Permiten emparentar el mundo del derecho con el de la moral. Realmente son muchas las conexiones entre razonamiento jurídico y razonamiento moral (algo de ello diremos en el epígrafe siguiente), lo que permite poner en cuestión uno de los elementos centrales de la concepción positivista del derecho, al menos en su sentido tradicional. En relación con este punto adelantemos tan solo tres ideas esenciales: en primer lugar, que el razonamiento jurídico (si quiere seguir perteneciendo a la dogmática) está sometido a reglas más estrictas que el razonamiento moral, pues debe basarse en última instancia en el derecho positivo vigente (limitación que no tiene la moral); en segundo lugar, que los casos difíciles en derecho<sup>15</sup> suelen resolverse apelando a principios morales (moralización del derecho); y, en tercer lugar, que el razonamiento jurídico y el moral pueden entenderse en última instancia unitariamente (en tanto la moral se incorpora al derecho): téngase en cuenta que, al final, los argumentos jurídicos se basan en una norma, cuya legitimidad se funda en su compatibilidad con la Constitución (sea porque no la contradice sea porque ha sido elaborada siguiendo sus procedimientos); y la Constitución ha de ser obedecida por razones morales (sobre todo, porque ha sido aprobada por los ciudadanos).<sup>16</sup>

c) Los argumentos persuasivos son también muy importantes para el derecho,<sup>17</sup> especialmente en contextos de tipo dialéctico (no tanto en el trabajo académico), cuando de lo que se trata es de convencer a alguien (por ejemplo, el abogado al juez para que acepte los planteamientos de su demanda, o el Defensor del Pueblo al Parlamento para que atienda sus razones a favor de la modificación de una determinada ley)<sup>18</sup> sobre la virtud de los argumentos presentados. No obstante, también en la dogmática, la persuasión es de utilidad: la dialéctica permite discutir con las opiniones contrarias; y la retórica ayuda a presentar el propio discurso de una manera atractiva: no estaría de más que los académicos fueran menos «fríos» y más cercanos al «público», estilo este más frecuente en el ámbito anglosajón.

## 1.2 Las tareas de la dogmática

### 1.2.1 Describir y prescribir

La dogmática lleva a cabo diversas tareas, normalmente de forma entremezclada y a veces inconsciente, que en su núcleo fundamental (después diremos que los académicos realizan otras tareas no estrictamente dogmáticas), pueden reducirse a tres, y que serán expuestas seguidamente.<sup>19</sup> Antes de ello, conviene destacar un problema de importancia capital y que debería escribirse con letras de oro en la entrada de las facultades de derecho, para que ningún alumno lo olvidara: especialmente en la segunda y en la tercera de las tareas que seguidamente vamos a exponer se mezclan continuamente las funciones cognoscitiva (describir lo que el derecho dice) y normativa (prescribir lo que el derecho debería decir), sin que esa diferenciación de funciones (fundamental en el mundo de la ciencia) resulte explicitada. Es más, lo normal es que quiera presentarse como descriptivo lo que es prescriptivo, engañándose así al lector. El filósofo español del derecho Albert Calsamiglia resume bien la cuestión:<sup>20</sup>

Las debilidades de la dogmática son evidentes. Por una parte, pretende ser un saber descriptivo y no valorativo. Por la otra, busca ser relevante no sólo desde el punto de vista descriptivo, sino también desde el punto de vista del participante. Ello le compromete en la tarea de recomendar soluciones a los problemas con los que se encuentra el participante, y entonces se desliza por la pendiente de la reformulación del derecho. Su función ya no es sólo descriptiva, sino también prescriptiva. Pero la prescripción se hace en nombre de la ciencia, y ello conlleva una función ideológica en el sentido de que trata de presentar como resultado de una actividad científica lo que es producto de la voluntad.

15 La expresión está popularizada al menos desde Dworkin (1984: 146-208).

16 Obviamente, este sentido moral de la obediencia no es incondicionado y depende de muchos factores; al respecto y por todos, Nino (1997). En línea con la nota 10, no entraré aquí en la relativa ficción de este aserto, especialmente teniendo en cuenta que nuestra Constitución no fue aprobada por el pueblo de hoy, sino por los españoles que eran mayores de edad en 1978.

17 Los juristas harían bien en conocer algo de retórica; p. ej., para empezar, Spang (2006) o Cattani (2006).

18 Sobre la importancia de los argumentos persuasivos para esta peculiar institución, Escobar (2008: 17-29 y 2010: 28-29).

19 Para lo que sigue, buenas exposiciones generales en Calsamiglia (1986), Calvo (1994) y Nieto y Gordillo (2003).

20 Calsamiglia (1986: 132-136).

Por ejemplo, normalmente leeremos:

La prohibición constitucional del secuestro de publicaciones es aplicable a las páginas *web*. Es decir, sólo con orden judicial previa podrá la Administración impedir la difusión de una página *web*.

Cuando en realidad quiso o debió decirse:

*Según mi interpretación*, que fundo en los argumentos [...], la prohibición constitucional del secuestro de publicaciones es aplicable a las páginas *web*. Es decir, *según mi interpretación*, sólo con orden judicial previa podrá la Administración impedir la difusión de una página *web*.

En este caso, el texto de la Constitución no dice lo que afirma el autor. En realidad, el texto de la Constitución admite diversas interpretaciones, y el autor escoge una de ellas y (en el mejor de los casos) aporta argumentos a favor de la misma.

### 1.2.2 Identificación y descripción del derecho

Inicialmente, la dogmática identifica su objeto de estudio, el derecho positivo vigente en un país determinado. Esta cuestión remite al sistema de fuentes del derecho propio de cada ordenamiento. Con el término *f fuente del derecho* o *tipo normativo básico* suele aludirse a los diferentes tipos de textos en los que se agrupan las normas jurídicas escritas. Lo normal es que cada órgano con potestad normativa cree de una sola vez diversas normas jurídicas, que aparecen externamente formando parte de un texto único, dotado de una denominación característica: *tratado*, *ley*, *decreto* u otra.

Hoy por hoy el principio de publicidad de las normas (elemento necesario del Estado de derecho) facilita mucho la identificación del derecho positivo vigente. Sin embargo, paralelamente, ha aumentado la complejidad de los sistemas jurídicos (proliferación y desorden normativo, apertura a fuentes no estatales e internacionales), lo que dificulta la tarea. En muchos países existen bases de datos de legislación, pero estas no son siempre fiables; en caso de duda, es aconsejable acudir a diversos sistemas de búsqueda de información (publicación oficial de las leyes, bases de datos, colecciones legislativas actualizadas).

La dogmática debe identificar el derecho vigente (y, en su caso, eficaz), lo que no siempre es tarea fácil. Cuando la identificación del derecho no es clara (por ejemplo, porque es discutible si una norma contradice a otra de superior jerarquía o si invade el ámbito reservado a otra norma), estamos ante un problema interpretativo, nueva tarea a la que nos referiremos después. En sentido estricto (como algo diferenciado a la interpretación), la tarea de identificación se limita a decir cuál es el derecho que efectivamente actúa como vigente, es decir, que ha sido declarado como vigente por el órgano competente para ello.<sup>21</sup>

Así, por ejemplo, serían juicios de identificación:

La potestad policial de entrar en un domicilio privado sin orden judicial no forma parte del derecho positivo del país A (el Tribunal Constitucional de dicho país ha declarado inconstitucional la ley que creó la potestad aludida).

La obligación de advertir a la autoridad gubernativa que va a celebrarse una manifestación en un lugar de tránsito público forma parte del derecho positivo del país A (la ley que crea esta obligación no ha sido derogada expresamente ni declarada inconstitucional por ningún órgano competente para realizar dicha declaración).

Pero serían juicios de interpretación:

La potestad policial de entrar en un domicilio privado sin orden judicial no forma parte del derecho positivo del país B (el Tribunal Constitucional de dicho país no ha declarado inconstitucional la ley que creó la potestad aludida, pero *en mi opinión* debería hacerlo).

La obligación de advertir a la autoridad gubernativa que va a celebrarse una manifestación en un lugar de tránsito público forma parte del derecho positivo del país B (ninguna ley crea expresamente dicha obligación, pero *en mi opinión* esta se deduce del principio constitucional de orden público).

Una vez identificado el derecho vigente (y, en su caso, eficaz), la dogmática suele dedicar buena parte de

<sup>21</sup> Obviamente, un guiño al llamado *realismo jurídico*, bien caracterizado en este sentido en Hernández Marín (1986: 279-289).

sus páginas a reproducir textualmente las normas, para evitar al lector la molestia de buscarlas. Cuando no se reproduce un texto de forma literal (entrecomillado), pero este resulta tan claro que sólo cabe de él una interpretación posible (lo cual raramente sucede), puede considerarse que estamos también en presencia de la tarea descriptiva de la dogmática.

### 1.2.3 Sistematización y conceptualización del derecho

Se trata de la tarea más típica de la dogmática, pues es monopolizada en la práctica por los académicos (los prácticos del derecho raramente la realizan). El derecho positivo, una vez identificado y descrito, se presenta todavía de forma abigarrada y casi incomprensible, por lo que se hace preciso exponerlo con mayor orden y sencillez, yendo a lo esencial y eliminando lo superfluo o reiterativo. Además, el ordenamiento presenta lagunas y antinomias que deben ser resueltas para preservar, respectivamente, los principios de plenitud y coherencia del sistema, configurando una racionalidad que un sistema de fuentes pluralista y con normas superpuestas en el tiempo difícilmente puede garantizar por sí mismo, esto es, sin la intervención de profesionales, normalmente académicos. Téngase en cuenta, no obstante, que la integración de lagunas y la solución de antinomias son actividades más bien interpretativas, por lo que entrarían dentro de la tercera tarea de la dogmática.

La ordenación de las normas tiene un componente descriptivo (se va de lo particular a lo general) del derecho positivo vigente, pero es evidente que no se trata de una tarea meramente descriptiva. Esta actividad se realiza a partir de conceptos (derivados no siempre de forma clara de las normas vigentes), ordenados en clases y categorías, normalmente a partir de uno o más principios, que condensan el sentido (casi siempre axiológico) del sector del ordenamiento estudiado. Más detalladamente, Christian Courtis ha concretado en cinco los elementos básicos de todo «buen trabajo de sistematización»:<sup>22</sup>

- a) seleccionar un conjunto normativo con cierta unidad de sentido; b) determinar los fines y valores que consagra, a través de la inducción de principios que capten su sentido; c) identificar, describir y jerarquizar los elementos que componen ese conjunto normativo; d) describir las relaciones entre esos componentes; y e) señalar semejanzas y contrastes con otros conjuntos normativos relevantes.

Volviendo a la idea de la confusión entre lo descriptivo y lo prescriptivo, esta vez con palabras, respectivamente, de los filósofos argentino y mexicano del derecho, Carlos Santiago Nino<sup>23</sup> y Juan Antonio Cruz Parceró<sup>24</sup> (ambos hablan de los principios, pero lo que dicen es aplicable igualmente a los conceptos):

Los juristas [los académicos, debió decirse] se ocupan de sistematizar el orden jurídico, reemplazando conjuntos de normas por principios más generales y pretendidamente equivalentes a ellas. De este modo se logra una mayor economía del sistema, presentándolo como un conjunto de pocos principios, cuyas consecuencias lógicas es más fácil determinar. Esta actividad no implica una modificación del sistema jurídico, siempre que se limite a formular enunciados con un alcance equivalente a los sancionados originariamente por el legislador. Sin embargo, no es infrecuente que los juristas dogmáticos traspongan ese límite, proponiendo principios generales en reemplazo de varias normas del sistema, pero que a la vez tienen un campo de referencia mayor que el de las normas reemplazadas, permitiendo derivar de aquellos nuevas normas no incluidas en el sistema originario y cubriendo, de este modo, posibles lagunas de dicho sistema. Las nuevas normas se introducen prácticamente de forma imperceptible, inclusive para los mismos juristas que las proponen, pues aparecen como meras consecuencias lógicas de las normas reemplazadas por un principio aparentemente equivalente a ellas.

La dogmática jurídica, aunque ha abandonado en buena medida el iusnaturalismo, parte de [los principios rectores de una determinada institución jurídica] en [la] reconstrucción [del derecho positivo], pero a su vez tiene que continuar la labor de sistematizarlos, eliminar las contradicciones e «inferir» nuevos principios que sean una consecuencia sistémica o ético-política. Esta «inferencia» no es simplemente un proceso lógico, sino que involucra aspectos valorativos o decisiones no siempre adecuadamente justificadas. Como sea, los juristas [los académicos, debió decirse] han tratado de hacer aparecer estas operaciones como procesos lógico-formales, aunque muchas veces esto no es más que una ilusión.

22 Courtis (2006: 121).

23 Nino (1983: 333).

24 En Courtis (2006: 32).



### 1.2.4 Interpretación del derecho

Desde un punto de vista cuantitativo, la tarea más importante de la dogmática es la interpretación del derecho positivo.<sup>25</sup> Esta tarea es compartida por académicos y prácticos del derecho, si bien unos y otros la ejercen de manera distinta: el investigador construye normalmente casos tipo o imaginarios, y el juez (el modelo de jurista práctico no condicionado por intereses concretos) debe solucionar casos reales, sin ambigüedades posibles (ha de decir sí o no). La interpretación se plantea cuando el texto de la norma (en materia de derechos humanos o fundamentales, el tratado internacional o la Constitución) no es claro; esto es, cuando cabe atribuir a un mismo texto varios significados, por lo que resulta preciso optar, dando razones al respecto, por uno de ellos. Obvio es decir que, una vez más, predomina aquí el elemento prescriptivo, y su confusión con el elemento descriptivo del derecho (la interpretación propuesta se suele presentar como descripción cuando en realidad el autor está exponiendo una forma concreta, muchas veces discutible, de ver el derecho).

### 1.2.5 Tareas no propiamente dogmáticas pero a veces desarrolladas por los académicos

Las tres tareas que hasta aquí han sido expuestas son las típicamente dogmáticas y las llevadas a cabo, con mejor o peor fortuna, por los académicos (como en todas las profesiones, los hay buenos y malos) que cultivan la dogmática. Sin embargo, en los textos propios de esta disciplina encontramos con frecuencia otras cosas, que se deslizan casi subrepticamente en la argumentación, muchas veces con poco rigor: sobre todo, elaboración de teorías normativas, análisis de hechos relacionados con las normas, crítica del derecho positivo y propuestas de mejora del mismo. A mi entender, estas otras tareas, todavía poco desarrolladas, son importantes e incluso deben potenciarse. Como estoy ya hablando de la dogmática *que debería ser* dejaré esta cuestión para el epígrafe siguiente.

## 1.3 Funciones sociales de la dogmática

### 1.3.1 Dogmática y democracia

Mediante las tareas que acaban de ser descritas, los académicos ejercen un cierto poder social, un fragmento del poder ideológico, cada vez más importante en las sociedades democráticas (donde el peso de los poderes económicos y políticos en parte disminuye, al menos en comparación con las sociedades tradicionales): dicen cómo debería ser el derecho, y contribuyen así a dirigir su práctica real en un determinado sentido.<sup>26</sup> Monopolizan la enseñanza del derecho y la producción bibliográfica y, por ello, ejercen una influencia importante en los estudiantes<sup>27</sup> (el modo de ver el derecho que se enseña en las universidades los marcará seguramente para toda la vida) y algo menor en los operadores jurídicos (abogados, jueces, funcionarios); si bien esta última influencia varía notablemente según los distintos países: así, en culturas jurídicas muy desarrolladas (el máximo exponente es Alemania) los prácticos leen con frecuencia a los académicos pero también el fenómeno puede darse en culturas jurídicas poco desarrolladas, donde aquellos están más necesitados de conocimientos externos.

El poder social de la dogmática, como el poder ideológico en general (piénsese sobre todo en los medios de comunicación—los máximos exponentes actuales del poder ideológico—, que hacen pasar como información veraz lo que muchas veces es manipulación e ideología), normalmente quiere ser disimulado, en una suerte de autoocultamiento; esta es una de las funciones principales del ya aludido fingimiento de las tareas prescriptivas de la dogmática. Ahora bien, el poder existe, no tiene un origen democrático (como es natural, los académicos no son elegidos por el pueblo) y, por tanto, debería ser objeto de alguna forma de control

25 Así, los trabajos de metodología jurídica suelen centrarse en esta tarea. Para la perspectiva más «clásica», p. ej., Savigny (1979), Wilhelm (1980) o, avanzando ya algo, Carnelutti (1996). Para una panorámica más amplia, entre otros muchos, en castellano: Alchourrón y Bulygin (1974), Larenz (1980, que debe leerse con la crítica de Atienza, 1982), Hernández Gil (1981 y 1988), Gordillo (1988) o Vallet (2004). Específicamente sobre la interpretación jurídica, la bibliografía es, por supuesto, inabarcable; por todos, Modugno (2009).

26 Sobre la función social de la dogmática es muy citada la obra, de difícil lectura, de Luhmann (1983), que conviene leer de la mano, entre otros, de Prieto (2001).

27 Últimamente, p. ej., Bullard y otros (2003), en especial los trabajos de Bullard y MacLean, Gordon y Peña, o Bergalli y Rivera (2008). Nuestras consideraciones al respecto en Escobar y Villacorta (2008).

social. La más importante es la libertad de cátedra y de investigación, un derecho humano y fundamental que garantiza la autonomía de los académicos frente a poderes externos (sobre todo frente al Estado), y, por tanto, el pluralismo ideológico, que es una de las dimensiones más típicas de la democracia. Ahora bien, hay intervenciones subliminales de las que apenas se habla y contra las que convendría precaverse: el mayor poder de los académicos sénior (que suelen decidir el ascenso profesional de los académicos júnior)<sup>28</sup> o el control ideológico ejercido por las grandes editoriales (progresivamente en manos de corporaciones industriales con intereses económicos). Además, en la sociedad mediática muchas veces se atienden antes los argumentos del académico que tiene relaciones fluidas con el *establishment* y buen manejo del *marketing* que los mejores argumentos.

Siguiendo la estela de Nietzsche (para quien el Estado ha tomado la ciencia a su servicio con el fin de explotarla para sus fines) y naturalmente, de Marx, un sector minoritario del pensamiento jurídico ha querido desvelar el carácter ideológicamente conservador de toda la dogmática. Estas críticas, que suelen ir unidas a la tesis de la naturaleza explotadora del mismo derecho (recuérdese la tesis marxista de la necesaria desaparición del derecho y del Estado en la sociedad sin clases del futuro), con la que obviamente no coincido, tienen su parte de razón,<sup>29</sup> pero, consideradas en su conjunto, creo que no responden a la realidad: los argumentos que avalan la sujeción de la dogmática al derecho positivo son atendibles, caben sistematizaciones, conceptualizaciones e interpretaciones del derecho más progresistas que otras (especialmente ahora, que las Constituciones recogen lo mejor de la tradición socialista) y siempre le queda al académico, después de terminar su análisis de las normas, realizar la crítica y propuesta de mejora de las mismas, aunque para ello haya de salir del ámbito de la dogmática.

### 1.3.2 Destinatarios de la dogmática

Los trabajos de la dogmática se dirigen sobre todo a quienes aplican o solicitan una determinada aplicación del derecho positivo (en especial, a los funcionarios, abogados y jueces); ya hemos apuntado que, aunque no se trata de una tarea típicamente dogmática (en el epígrafe siguiente diremos algo más al respecto), en la práctica se dirigen también a quienes lo hacen (en especial, a los legisladores y a los responsables de los órganos administrativos que cuentan con potestad reglamentaria).

El derecho (y la afirmación es más válida todavía en relación con los derechos humanos) no debe quedar en manos solo de los juristas, sino que interesa a toda la sociedad. Cabe aquí recordar la crítica de la Escuela de Fráncfort (empezando por Horkheimer y Adorno, pasando por Marcuse y culminando en Habermas) a la razón instrumental que todo lo impregna, trasmutando los valores originarios de la Ilustración, que están a punto de morir de éxito si no han muerto ya: la ciencia (y el planteamiento sirve plenamente para la dogmática), cada vez más especializada y, por tanto, incomprensible para el lego, se convierte en técnica al servicio de los intereses del mercado y da lugar a una nueva alineación y al sometimiento de los ciudadanos a sus designios.<sup>30</sup> Pues bien, para evitar tan fatales consecuencias, entiendo que la dogmática debería ser socialmente útil en un sentido amplio, no solo para el reducido ámbito de los profesionales del derecho. Lo cierto es que ahora esta proyección social más amplia de la dogmática apenas existe. Dejaré nuevamente esta cuestión para el epígrafe siguiente.

28 Más en una universidad como la española, todavía demasiado dominada por el servilismo, y ello pese a los avances (seguramente no queridos por el legislador) derivados del nuevo sistema de acreditación nacional, necesario paso previo a la obtención de una plaza estable (es un decir) de profesor universitario.

29 La visión del jurista como elemento conservador del *statu quo*, seguramente unilateral (hay también muchos juristas que critican el *statu quo*), fue defendida por académicos de izquierda, de inspiración marxista. En relación específica con los derechos, una primera aproximación a las fuentes originales puede leerse en Atienza y Ruiz Manero (1995). Más específicamente, sobre el ámbito de los derechos, Atienza (1983) y Eymar (1987). Aunque hoy los autores de inspiración marxista son minoritarios (Juan Ramón Capella o Carlos De Cabo en España, Óscar Correas en México, Eduardo Novoa en Chile, y pocos más) y están en retirada, convendría tenerlos en cuenta. Un libro clásico al respecto es el de Barcellona, Hart y Múckerberger (1977), escrito más bien pensando en el derecho privado pero con argumentos perfectamente trasladables al derecho público. Algunos llegan incluso a sostener que toda la dogmática de los derechos es conservadora por definición; ver, p. ej., la recensión de Álvarez (2006) a Escobar (2006), tesis a la que me opongo, aunque solo sea por alusiones.

30 Sobre este planteamiento de la Escuela de Fráncfort, bien conocido, por todos, Cortina (1985: 79-119), donde pueden encontrarse las referencias clave a las obras originales de los autores citados.

## 1.4 ¿Es científica la dogmática?

Una vez descritas sintéticamente las tareas efectivamente desarrolladas por la dogmática estamos en condiciones de responder a la pregunta sobre su estatuto científico.<sup>31</sup> Esta pregunta, hoy normalmente juzgada irrelevante (de hecho, ya no suele aparecer en los manuales), ha sido siempre mal planteada: los teóricos de la ciencia apenas han tratado el tema (la mayoría acaban negando el estatuto científico de las llamadas *ciencias sociales* y a igual conclusión llegarían sin duda, con mayor motivo, si hablaran de la dogmática) y los pocos juristas (con la conocida excepción de Von Kirchmann) que lo han hecho se han llevado las manos a la pistola («¿Cómo no va a ser científico lo que hacemos!»), sin responder razonadamente.<sup>32</sup> Los juristas son vanidosos, y llamarles «no científicos» les parece un insulto (además de un desvelamiento de su «trampa» fundamental: hacer pasar por descriptivo lo prescriptivo).<sup>33</sup>

Sin embargo, algunos filósofos del derecho (que no son propiamente juristas) sí han tratado razonada y específicamente el tema (entre otros, los ya citados Atienza, Calsamiglia y Courtis), y todos ellos coinciden en negar carácter científico a la dogmática. Veamos los elementos del contenido mínimo de lo científico:

a) Primacía del conocimiento. La pretensión de la dogmática no es solo conocer, sino también y sobre todo resolver problemas prácticos, y para ello ha de prescribir (por ejemplo, proponiendo una determinada interpretación de una norma, entre otras posibles, por ser la más razonable) y valorar (esto es, justificar las propuestas que se hacen, lo cual en la mayor parte de los casos solo puede hacerse por referencia a valores).

b) Autonomía del objeto y de su tratamiento. La dogmática tiene un objeto propio de tratamiento, que solo a ella pertenece (el derecho positivo), pero para su tratamiento se acerca necesariamente, casi sin saberlo, a otras ciencias. Como las mismas normas remiten a la realidad social y a valores, no cabe un estudio de las normas jurídicas, incluso como normas, *exclusivamente* dogmático.

c) No subjetividad. No existe un distanciamiento real entre objeto y sujeto: la dogmática estudia el derecho positivo vigente en el país del investigador, y, por tanto, este se encuentra sujeto a aquel. El elemento de la objetividad no desaparece del todo pero se diluye notablemente.<sup>34</sup> Además, muchas veces el resultado de la dogmática (los libros y artículos escritos por los académicos cultivadores de esta disciplina) pasa a formar parte del propio derecho positivo (la «doctrina» es considerada fuente secundaria del derecho en muchos sistemas).

d) Causalidad. Incluso el mayor defensor del carácter científico de la dogmática, Hans Kelsen (quien fracasó doblemente, pues ni describió de forma correcta el funcionamiento de la dogmática ni logró que sus propuestas de transformación de la misma fueran aceptadas por sus colegas), reconoció que la causalidad no puede entenderse en la dogmática del mismo modo que en las ciencias naturales. Ahora bien (añadiría yo), tampoco puede entenderse del mismo modo que en las ciencias sociales, donde se juega con la regla de las probabilidades. En la dogmática puede efectivamente preverse que una norma será interpretada de una determinada manera, pero la incertidumbre es demasiado alta, lo que impide hablar propiamente de causalidad. En mi breve experiencia como abogado nunca supe decir con seguridad a mi cliente qué iba a fallar el juez, y, efectivamente, el fallo casi siempre me sorprendió.

Considerar la dogmática como una disciplina no científica (sería más bien una técnica) no implica que

31 Antes de responder a la pregunta sobre si la dogmática es ciencia o no, conviene adentrarse en el concepto mismo de ciencia y, más en concreto, en el de «ciencia social». Para una panorámica general puede acudir, entre otros, a Chalmers (1982), Rivadulla (1986), Estany (1993) o Mosterín (2000). Referencias más concretas y aproximadas a la problemática que nos interesa se encuentran en Popper (1965), Kuhn (1971), Piaget (1975), Bueno (1976), Lévi-Strauss (1978), Feyerabend (1981) o Lakatos (1983). Un análisis más sistemático de la problemática específica de las ciencias sociales puede encontrarse en cualquier buen manual de Filosofía y metodología de las ciencias sociales, como Gómez Rodríguez (2003).

32 Por todas, la crítica de Atienza a Larenz, ya citada.

33 La construcción (más bien «reconstrucción») clásica de la dogmática como ciencia es naturalmente la de Kelsen (1998). Como antítesis, el ejemplo «clásico» (hoy no resistiría una mínima crítica desde los planteamientos de la teoría de la ciencia) de defensa del carácter no científico de la dogmática, escrita en 1847, es Kirchmann (1983). Para continuar el debate con los clásicos, Ihering (2002). Una buena síntesis, muy ponderada, en el librito de Galindo (1983).

34 Obviamente, el problema afecta a todas las llamadas ciencias sociales; por todos, el clásico: Weber (2009).

sea menos importante o que sea inútil; antes al contrario, en las secciones precedentes hemos puesto de manifiesto la importancia y utilidad de sus tareas. Ahora bien, aunque no sea científica, puede hacerse mejor y debe progresar. A mi juicio, buena parte de la dogmática actual se hace regular, usando las mismas técnicas del siglo XIX, cuando la sociedad, el poder y el derecho han evolucionado notablemente desde entonces. En el epígrafe siguiente nos ocuparemos de este tema.

## 2 Perspectivas de desarrollo de la dogmática de los derechos

### 2.1 Críticas a la dogmática tradicional de los derechos

El modo tradicional y mayoritario de hacer dogmática jurídica en general y dogmática de los derechos humanos y fundamentales en particular, cuyas líneas esenciales acaban de ser expuestas, está siendo objeto de duras críticas, especialmente en los últimos treinta años (aunque, como ha mostrado Alejandro Nieto —sabio y sagaz jurista, uno de los renovadores más solventes del derecho administrativo español— «no hay nada nuevo bajo el sol», y seguramente estos planteamientos recientes —cuyo comienzo puede datarse en 1977, con la publicación de la obra de Ronald Dworkin, *Los derechos en serio*— no hacen sino reproducir las viejas críticas formuladas por las diversas corrientes antiformalistas —jurisprudencia de intereses, escuela del derecho libre, realismo y sociologismo, entre otras— al positivismo legalista tradicional). Estas teorías (o, en su caso, esbozo de teorías, por cuanto no todas se encuentran plenamente desarrolladas) han sido defendidas sobre todo desde fuera, por filósofos del derecho que no practican habitualmente la dogmática; no obstante, no suelen pecar de desconocimiento de esta (se trata, en algún caso, de filósofos que ejercen también la dogmática) y por ello tienen un gran valor. Lamentablemente, dichas críticas (y sus correspondientes propuestas de mejora) no han calado todavía en la forma dominante de hacer dogmática, debido al peso de la tradición (es difícil cambiar de la noche a la mañana un modo de trabajar que viene practicándose desde hace siglo y medio) y, todo hay que decirlo, a que quienes hacen dogmática no suelen dedicar mucho tiempo (al menos en España) a leer las aportaciones de la filosofía del derecho. Como dicen buena parte de mis colegas, «¡Bastante tenemos ya con estar al día de las aportaciones de nuestra disciplina como para ponernos a leer lo que se escribe desde otras!». Cometan con ello un grave error: *merus legista purus asinus*.

En este epígrafe no voy a exponer una teoría completa de cómo debería ser la dogmática de los derechos (resultaría pretencioso por mi parte), sino meramente a sugerir algunas intuiciones (inspiradas en su mayoría en los filósofos del derecho a los que antes aludía) que a mi juicio podrían contribuir a mejorar el modo de hacer dogmática seguido en la actualidad, tanto en términos de progreso científico como de utilidad social.

Antes de exponer brevemente seis propuestas concretas de desarrollo de la dogmática de los derechos, debe advertirse que ya se conseguirían serios avances si los académicos hicieran un mejor uso de las reglas básicas de toda argumentación (por ejemplo, utilizando con mayor rigor la lógica formal, precisando mejor las premisas de las que parten, explicitando los conceptos que implícitamente asumen, evitando las citas de la autoridad por la autoridad o sopesando las consecuencias de sus propuestas) y si mostraran un mejor manejo de las destrezas que obligadamente les son propias, aunque para ello deban acudir a las técnicas de otras disciplinas (sobre todo, lógica y lingüística). Otra crítica general y básica que cabe hacer a buena parte de los trabajos dogmáticos es su oscurantismo y barroquismo: la falta de claridad casi siempre esconde la falta de ideas. Lo que decía Popper<sup>35</sup> es más aplicable a la dogmática que a cualquier otra disciplina:

Sospecho que en algunas de las ciencias sociales y de las filosofías más ambiciosas, y especialmente en Alemania, el juego tradicional, que se transformó en gran escala en un patrón inconsciente e incuestionado, es formular las mayores trivialidades en un lenguaje altisonante.

Ojalá los futuros investigadores sean, al menos, claros en lo que dicen.

### 2.2 Tomarse en serio la fuerza normativa de la Constitución

Es unánimemente aceptado que la Constitución es la norma superior del ordenamiento y que, por tanto, todas las actuaciones de los poderes públicos (y privados, pues la Constitución se proyecta también, aunque

35 Popper (2006).

con matices, sobre las relaciones entre particulares) deben someterse a ella, lo que implica, al menos, dos cosas: que ha de existir alguna forma jurídica de controlar los incumplimientos de la Constitución (por ejemplo, la anulación o inaplicación de las normas y actuaciones de los poderes públicos incompatibles con sus contenidos) y que todas las normas del ordenamiento deben interpretarse en conformidad con ella (es decir, si resultan posibles varias atribuciones de significado a un mismo texto, ha de optarse por la interpretación que mayor efectividad otorgue a los contenidos constitucionales).<sup>36</sup> Sin embargo, afirmaciones tan obvias no acaban de penetrar del todo en el razonamiento de buena parte de la dogmática: tal es el peso de la tradición legalista, que otorga la centralidad del derecho a la ley<sup>37</sup> y sigue considerando, de hecho, la Constitución como un documento político o una declaración programática.<sup>38</sup> Esta es, al menos, la experiencia en España; sirvan solo dos ejemplos: gran parte de los jueces (salvo el Tribunal Constitucional) citan la Constitución de forma retórica, sin llevar a la práctica las consecuencias que se derivan de su pleno carácter normativo (hay aquí bastante desconocimiento —todavía— de la dogmática constitucional, que en buena parte se explica por la falta de tradición de control de constitucionalidad —apenas treinta y cinco años—); lo que es peor, la doctrina raramente se atreve (hay aquí una reverencia excesiva al Tribunal Constitucional, órgano de origen político —nombrado, de hecho, por los dos partidos mayoritarios— y del que forman parte profesores lógicamente cercanos al *statu quo*) a afirmar la inconstitucionalidad de una determinada ley si antes no se ha pronunciado en este sentido el Tribunal Constitucional. Resulta llamativo (en un país con deficiente protección social, que contrasta con la evidente vocación social de su norma fundamental) que en un libro colectivo destinado a analizar con detalle la legislación social española, de reciente publicación,<sup>39</sup> casi ninguno de sus autores (más de una treintena) afirme la inconstitucionalidad de ley alguna (¡ya es difícil que en casi un centenar de leyes no haya ningún precepto cuya constitucionalidad sea al menos dudosa!).

Las mayores carencias en la aceptación plena de la fuerza normativa de la Constitución se dan, a mi juicio, en dos ámbitos:

a) Los principios constitucionales, de entre los cuales destacan cuatro: la dignidad de la persona, el Estado de derecho, la democracia y el Estado social. Pues bien, pese a que retóricamente todos coinciden en afirmar el valor normativo de tales principios, a la hora de la verdad, la dogmática no extrae de ellos consecuencia práctica alguna.<sup>40</sup> De hecho, se cuentan con los dedos de una mano (y seguramente sobrarían dedos) los estudios dirigidos a definir el contenido de tales principios, más allá de lugares comunes. ¿Si no sabemos en

36 La doctrina se ha preocupado de destacar las exigencias de cambio del método de interpretación impuestas por la entrada en vigor de la Constitución; p. ej., Wróblewski (1985), Guastini (2008) o Moreso (1998). No obstante, entre nosotros abundan más bien los estudios descriptivos de la jurisprudencia de un solo tribunal; p. ej., Alonso (1984) o Ezquiaga (1987), lo que en todo caso no les resta valor. Para encontrar ejemplos modélicos de dogmática de los derechos, hay que acudir también al extranjero: por todos, Nino (2002). En España los libros de referencia son más bien compendios jurisprudenciales. En particular, sobre la proyección de la teoría de la interpretación al campo de los derechos, pueden encontrarse algunas ideas de utilidad en el capítulo 7 de Pérez Luño (2003) o en Barranco (2004).

37 Uno de los más importantes metodólogos vivos se enfrenta con rotundidad al positivismo legalista, construyendo todo un programa alternativo, muy a tomar en consideración; en castellano, Müller (2006 y 2008). Sobre este autor, asimismo, Villacorta (2011). Entre nosotros, la mejor crítica al positivismo legalista se encuentra seguramente en Nieto (2007). Para una perspectiva bien distinta pero coincidente en el fondo, Ollero (1982). Desde la experiencia judicial, un trabajo interesante es Andrés Ibáñez (1994).

38 Se echa de menos entre nosotros un análisis similar al clásico realizado por Calamandrei (2014) sobre la Constitución italiana. Para una primera aproximación a este punto de vista, Capella (2003).

39 Escobar (2012).

40 El llamado *neoconstitucionalismo* (que incluye autores muy heterogéneos) tiene como leitmotiv una reconstrucción de la dogmática superadora del positivismo tradicional, apostando básicamente por la necesidad de tomarse en serio (como normas) los principios constitucionales. Para una panorámica general, entre otros, Prieto (1999), Sastre (1999), García Figueroa (2006) o las recopilaciones de Carbonell (2003 y 2007). Específicamente sobre Alexy y Dworkin (dos de los más destacados representantes del neoconstitucionalismo, en el sentido amplio de la expresión), García Figueroa (1998). Sobre otro autor fundamental, Ferrajoli pueden verse: De Cabo y Pisarello (2001), Mora (2004) o las recopilaciones de Carbonell y Salazar (2005) o del propio Ferrajoli (2006). El neoconstitucionalismo se emparenta, en la teoría del derecho, con la tesis del positivismo inclusivo; su principal valedor entre nosotros es Moreso (2009). Específicamente, sobre la utilización de los principios constitucionales en el razonamiento jurídico, en el marco del derecho continental (en el ámbito anglosajón esta utilización se da por obvia), es ya clásico el libro de Zagrebelsky (1995). Para mayores concreciones puede revisarse la bibliografía sobre los principios en un orden constitucional determinado; por ejemplo, sobre España, limitando la relación a los estudios globales sobre los principios de mayor contenido moral y dejando fuera los que analizan un principio en concreto, pueden verse: Peces-Barba (1984), Parejo (1990), Llamas (1996), Santamaría (1997) o Díaz Revorio (1997). Una interesante revisión de las críticas a la excesiva penetración de los principios en el razonamiento jurídico, en Villacorta (2004).

qué consisten, cómo van a implementarse jurídicamente?

b) Los mandatos de actuación a los poderes públicos, especialmente en materia social. Tradicionalmente la Constitución fue un límite al poder y la defensa de la autonomía y libertad de los individuos, la típica finalidad del catálogo de los derechos. Sin embargo, los textos actuales incorporan obligaciones del Estado en materia de justicia social y, consecuentemente, un amplio catálogo de derechos de prestación, los cuales, con la Constitución en la mano, pueden exigirse, alternativa o complementariamente, como derechos subjetivos o como obligaciones positivas de los poderes públicos. Pues bien, al menos en España, esta exigibilidad de la justicia social apenas está y, a corto plazo, tampoco se la espera.<sup>41</sup>

### 2.3 Abrir los ojos al exterior

Aunque la dogmática, por definición, es nacional (recordemos que estudia las normas jurídicas vigentes *en un determinado país*), hoy no puede ser desarrollada plenamente sin una apertura hacia el exterior, y en concreto sin conocer los avances en materia de derechos experimentados en otras latitudes. Aunque la dogmática no sea ciencia, puede progresar; y en un mundo globalizado no se puede progresar sin abrir los ojos al exterior. Esta apertura debe ser doble:

a) Al derecho internacional. Los tratados internacionales ratificados forman parte del derecho del Estado, en algunos países incluso al mismo nivel que la Constitución. El derecho internacional conoce desde hace tiempo la regla del estándar máximo, según la cual, si las interpretaciones nacional e internacional de un derecho no coinciden, debe aplicarse la más favorable a la expansión del derecho. Normalmente en el derecho internacional, donde los condicionantes políticos internos no cuentan, vamos a encontrar interpretaciones más avanzadas de los derechos, de las cuales la dogmática debería tomar buena nota. Sin embargo, no siempre es así, y muchas veces por desconocimiento y exceso de especialización (por ejemplo, en España los cultivadores del derecho constitucional no leen derecho internacional, y viceversa) se razona sin tener en cuenta estos avances.<sup>42</sup>

b) Al derecho de otros países. Muchas veces la dogmática hace uso del llamado derecho comparado, que normalmente no es tal, sino la exposición de un ordenamiento detrás de otro, a título de erudición, sin profundizar en la utilidad o no de importar experiencias exitosas de otros países.<sup>43</sup>

### 2.4 Explicitar las valoraciones y fundamentarlas mejor

Sabemos que, en la práctica, la dogmática formula prescripciones (principios y conceptos que no siempre derivan lógicamente del derecho positivo, propuestas sobre cómo interpretar un determinado texto) y que suele presentarlas como si fueran descripciones. En los casos límite, y especialmente en materia de derechos humanos y fundamentales, dichas prescripciones casi siempre derivan de una opción axiológica.<sup>44</sup> En referencia a la práctica, pero con aplicación a la dogmática, dice Alejandro Nieto:<sup>45</sup>

Si los operadores prácticos fueran ordenadores, el mecanismo quedaría bloqueado ante informaciones contradictorias; pero como se trata de personas han de resolver por encima de la lógica, de la intuición, de la experiencia y de la prudencia. Han de adoptar una decisión personal que el pensamiento filosófico contemporáneo ha calificado como de *giro ético*, de irrenunciable imputación individual de nuestras acciones y, sobre todo, de nuestras elecciones. El juez puede sacrificar la justicia en beneficio de la ley, pero también a la inversa. Es una decisión ética personal que justificará como pueda, ordinariamente invocando alguno de los principios inspiradores del conocimiento sistemático.

41 Un intento de revisión total de este estado de cosas, en Escobar (2012).

42 Sobre las técnicas de implementación del derecho internacional de los derechos humanos son fundamentales los estudios colectivos editados por Abregú y Courtis (1997) y por Abramovich, Bovino y Courtis (2006). Un espléndido ejemplo, ya clásico, de aplicación concreta es Abramovich y Courtis (2002).

43 Para una introducción a las técnicas dirigidas a realizar una buena comparación, con especial referencia al ámbito que más nos interesa, por ejemplo, Pizzorusso (1987) o Pegoraro y Rinella (2006). Algunos ejemplos de aplicaciones concretas, López Garrido y otros (2000) o Vergottini (2010). Una reciente reivindicación del comparatismo es Salvador (2014).

44 Por todos, conviene revisar el importante trabajo de Prieto (1987).

45 Nieto (2007).

La dogmática debe reconocer su precomprensión axiológica, engazarla con el derecho positivo (esto es esencial si quiere seguir siendo dogmática) y explicarla mejor, no pasar sobre el tema como sobre ascuas.<sup>46</sup> Dice Christian Courtis:<sup>47</sup>

Las construcciones dogmáticas más refinadas son aquellas capaces de mostrar que la solución propuesta para resolver un caso problemático resulta de la mejor reconstrucción del sistema jurídico *fundada en la interpretación de los valores consagrados por el sistema*.

Lo dicho es aplicable no solo para fundamentar las propias tesis, sino también para analizar el sustrato ideológico de las normas, la jurisprudencia y la doctrina, así como para criticarlas, en su caso, desde esta perspectiva.

## 2.5 Atender más a la realidad social

El positivismo tradicional descuida el análisis de la realidad social. Ciertamente, que la sociología del derecho sea una disciplina distinta (y así debe seguir, a mi entender) a la dogmática no impide que puedan y deban darse conexiones entre ambas; este es precisamente el hilo conductor de casi todas las doctrinas antiformalistas, ya desde inicios del siglo XIX.

He aquí alguna de las formas que tiene la dogmática de atender a la realidad social, entre otras posibles:<sup>48</sup>

- a) Asegurar la verdad de las premisas fácticas utilizadas en la argumentación.
- b) Conocer los problemas sociales, reales y concretos. Hay libros de dogmática que no dedican una sola línea a hablar de los problemas que preocupan a la sociedad y que se exponen a diario en los medios de comunicación (al académico puede perdonársele que no salga a la calle, pero no que no lea los periódicos). La dogmática (ya lo advertíamos) tiene que comprometerse socialmente; si no, Nietzsche, Marx y todos sus epígonos habrían acertado al denunciar el carácter ideológico-conservador de *toda* dogmática. El concepto de *intervención sobre los derechos fundamentales* (inédito, por cierto, en la dogmática española) sirve precisamente a este fin: ayudar a detectar las afectaciones (sin distinguir si son jurídicas o fácticas) más frecuentes sobre los derechos, esto es, a concretar dogmáticamente los problemas sociales reales.
- c) Comprender el contexto de las normas y los intereses implícitos en las mismas. Detrás de los conceptos y las interpretaciones de la dogmática de los derechos se ocultan intereses, casi siempre contrapuestos. Por suerte, las teorías de la argumentación y especialmente, de forma paralela, la tesis de la ponderación (uno de los componentes del juicio de proporcionalidad) han contribuido a poner de manifiesto esta obviedad. Para conocer cuáles son esos intereses, necesariamente hay que atender a la realidad social.
- d) Verificar la eficacia social de las normas (esto es, si se cumplen o no y si cumplen o no sus objetivos) para comprobar si son o no adecuadas. Habrá que detectar si el problema es de la norma (tal y como está redactada, su eficacia puede resultar imposible en un contexto determinado) o de su aplicación (en cuyo caso deberá conocerse el porqué de esta no aplicación o aplicación defectuosa). En muchos casos, los derechos no se cumplen porque falta un adecuado desarrollo (normativo, administrativo o fáctico) o de los mismos, lo que puede implicar inconstitucionalidad por omisión.

46 Una buena forma de explicitar las valoraciones y justificarlas mejor puede ser, en materia de derechos, tomar partido, previamente al análisis estrictamente dogmático, por una u otra concepción de su fundamento. Como ejemplo, poco habitual en nuestra doctrina, puede verse Escobar (2012: con carácter general, 473 y ss.; para derechos concretos, desde un ejercicio, poco frecuente entre nosotros, de esfuerzo colectivo de coherencia sistemática y metodológica: 854 y ss., 967 y ss., 1044 y ss., 1094 y ss., 1217 y ss., 1304 y ss., 1416 y ss., 1514 y ss., 1581 y ss.).

47 Courtis (2006: 112).

48 Para atender más a la realidad social, el académico que practica la dogmática debería empezar aprendiendo algo de sociología del derecho. El manual más completo de esta materia (inexistente en nuestros planes de estudios y áreas de conocimiento) en castellano, donde pueden hallarse tanto una historia de la disciplina como propuestas importantes sobre su objeto y método, es seguramente Soriano (1997), donde, sin embargo, no se contienen referencias significativas a los derechos humanos y fundamentales. Breves alusiones a esta temática pueden encontrarse en las obras, también recomendables, de Ferrari (1980) o Robles (1993). La perspectiva latinoamericana, siempre interesante, puede verse en Correas (1991), tampoco con referencias específicas de sociología de los derechos humanos. Un buen ejemplo de *utilización* de la sociología en la dogmática es el trabajo de Anitua, en Courtis (2006).

e) Atender a las consecuencias de las propuestas que se realizan y predecir si estas son o no factibles, problemas ambos más sociológicos que estrictamente jurídicos.

## 2.6 Mejorar las propuestas de reforma del derecho

Como adelantábamos en el epígrafe 1, la dogmática a veces incluye, tras la crítica de las normas o de la jurisprudencia, propuestas de modificación normativa.<sup>49</sup> Está bien que así se haga (en principio, el conocedor de las leyes se encuentra en buenas condiciones para proponer su reforma), pero debe hacerse mejor, con apoyos externos (ya Alf Ross, tras criticar el habitual abuso de la «conjetura y el cálculo vago» en la forma de realizar propuestas normativas, hizo esta lúcida advertencia: «el peligro de diletantismo es obvio si el jurista, en lugar de confiar en otros expertos, se atribuye capacidad para dominar problemas que están fuera de su campo profesional») y a las claras, poniéndose de manifiesto si se trata de propuestas exigidas o simplemente permitidas por el derecho positivo.

La política del derecho permite conectar la dogmática con la sociología del derecho, aunque forma más bien parte de esta, pues de lo que en definitiva se trata, como dice Ross, es de analizar la «conexión causal entre la aprobación de las normas y la conducta humana». El propio Ross propone, como programa de la política del derecho, los temas siguientes:

1) los problemas específicamente técnico-jurídicos de naturaleza sociológico-jurídica (política jurídica en sentido propio); 2) los otros problemas políticos estrechamente conectados con aquellos en la práctica, que por su índole pertenecen en realidad al campo profesional de otros expertos, y respecto de los cuales el jurista aparece, por lo tanto, como un «experto de segunda mano»; 3) la actividad de pesar consideraciones y decidir como árbitro de los expertos; y 4) la formulación lingüística de la decisión (que, dicho sea de paso, difícilmente puede ser separada de la decisión misma), en un lenguaje jurídico aceptable, y que armonice con el cuerpo de normas existente.

Christian Courtis (para quien la política del derecho forma parte de la dogmática, pero no es este el momento de polemizar con él) sintetiza bien las distintas alternativas de propuesta normativa:<sup>50</sup>

Puede tratarse de una propuesta de derogación; del reemplazo completo de la norma criticada por otra; de la introducción de una o varias modificaciones en la norma criticada; o de la propuesta de introducción de una norma nueva que complemente la anterior —es el caso de las propuestas de normas destinadas a suplir lagunas o a reglamentar una norma que requiere ser especificada para efectos de su aplicación o implementación. Desde otro punto de vista —el del grado de concreción de la norma proyectada— la propuesta puede consistir en la formulación detallada del texto normativo que se propugna —caso en el que la investigación de *lege ferenda* suele incluir un anexo con la redacción de un anteproyecto de norma— o, de modo más genérico, con el simple señalamiento de las bases o lineamientos sugeridos para una futura regulación.

Se adopte una u otra formulación, por razones prácticas (y también metodológico-dogmáticas) la propuesta realizada debería hacerse solo cuando no sea posible interpretar el derecho positivo de forma satisfactoria, esto es, cuando las normas vigentes sean incapaces de cumplir las finalidades pretendidas (por las propias normas, por normas superiores o por los valores considerados importantes por el académico). En cualquier caso, sería bueno sopesar, nuevamente, las consecuencias hipotéticas de las propuestas realizadas y auxiliarse por dos doctrinas novedosas, la teoría del diseño institucional y la teoría de la legislación.<sup>51</sup>

## 2.7 Más teoría del derecho

La *teoría del derecho* (también llamada *teoría general del derecho*) es una disciplina que suele incardinarse académicamente dentro de la filosofía del derecho y que ofrece una presentación abstracta del ordenamiento jurídico, sin atender a la realidad de ningún país concreto (por ello, no forma parte de la dogmática). Sin

<sup>49</sup> Hasta donde he visto, el único libro de teoría del derecho que trata con algún detalle el tema de la política del derecho, como disciplina diferenciada de la dogmática, es la obra clásica, de lectura siempre recomendable, de Ross (1963).

<sup>50</sup> Courtis (2006: 126-127).

<sup>51</sup> Para una aproximación a la teoría del diseño institucional, Goodin (2003). En cuanto a la llamada teoría de la legislación (disciplina próxima pero distinta a la política del derecho), p. ej., Zapatero (1994) o Atienza (1997).



embargo, hay una forma de hacer teoría del derecho, a caballo entre la dogmática y la filosofía, que apenas tiene cultivadores, y que podríamos calificar (discúlpese la redundancia del nombre, pero no encuentro otro mejor) de teoría del derecho *jurídicamente adecuada*.

A mi entender, sobre todo tiene sentido una teoría del derecho adecuada a las peculiaridades de un sector y un ámbito temporal y espacial determinados. Por ejemplo, cabe una teoría del derecho adecuada al Estado constitucional (no es necesario que siga estrictamente las pautas de un ordenamiento determinado, pues si lo hiciera no sería teoría *general* sino dogmática), esto es, una teoría constitucional que explicita los fundamentos del sistema y sus rasgos fundamentales, sin necesidad de detenerse en los detalles de un derecho positivo concreto. Esta teoría constitucional, hasta ahora escasamente desarrollada (y casi inédita en España),<sup>52</sup> serviría de norte a la dogmática, en un doble sentido:<sup>53</sup>

a) desde una perspectiva preferentemente teórica, para poner de manifiesto (desenmascarar en su caso) los fundamentos políticos y morales de la Constitución y su conexión con una determinada estructura económica y social. Enlazando con los planteamientos de la clásica teoría del Estado (disciplina venerable y hoy lamentablemente en retirada —¿será por que el Estado también lo está?—, arrinconada entre la ciencia y la filosofía políticas), la teoría constitucional suministraría el material teórico indispensable para comprender el significado último del texto y acometer su crítica, permitiendo asentar sobre bases más sólidas la refutación de las soluciones jurídico-constitucionales. La teoría constitucional serviría así, en términos de Morlok, de «instancia canalizadora de la autorreflexión constitucional»;<sup>54</sup>

b) desde una perspectiva preferentemente práctica, la teoría constitucional operaría al modo de una «racionalización de la precomprensión del intérprete de las normas constitucionales» (Gomes Canotilho). Si el trabajo más habitual del constitucionalista consiste en interpretar las normas y si el intérprete se acerca siempre a ellas desde una cierta precomprensión, será preciso eliminar, en la medida de lo posible, el subjetivismo inherente a las valoraciones contenidas en las diversas opciones interpretativas. En palabras de González Encinar:<sup>55</sup>

La tarea es hoy recuperar [implantar plenamente, diría yo] la normatividad de la Constitución, y ello se podrá conseguir no tanto por los sucesivos refinamientos metodológicos de los nuevos métodos de interpretación, los cuales, por sí mismos, pueden acabar convirtiéndose en otros tantos elementos de indeterminación de la norma, cuanto por una teoría de la Constitución. [...] Puesto que al acercarnos a la norma para comprenderla o interpretarla somos siempre portadores de nuestros «prejuicios», de lo que se trata es de no limitarse a ejecutar las «anticipaciones» de la pre-comprensión, siendo por el contrario consciente de las mismas y explicándolas, respondiendo así al primer mandato de toda interpretación: evitar la arbitrariedad de las ocurrencias prestando así atención a las «cosas mismas». [...] Sólo [desde una Teoría de la Constitución *constitucionalmente adecuada*] «pre-juicio» y teoría se complementarán recíprocamente en beneficio de la propia normatividad de la Constitución. La teoría no es, por tanto, una ocupación marginal para los ratos de ocio, sino que constituye, para el jurista —como subraya Müller— «una de las fases imprescindibles del trabajo encaminado a resolver los problemas cotidianos».

Esa necesidad de la teoría se hace, sobre todo, evidente en el plano de las normas que regulan los derechos fundamentales, donde es menor la densidad normativa y, por consiguiente, mayor el ámbito de la interpretación.

En relación con el tema que nos interesa, estoy convencido de que los resultados de la dogmática de los derechos ganarían mucha fuerza si supieran engarzarse bien no solo con una buena teoría constitucional (todos los grandes temas de la misma tienen incidencia sobre los derechos), sino también con una teoría específica de los mismos. Hay dos grandes formas o estilos de construir una teoría de los derechos, ambas compatibles y complementarias:

52 Entre las escasas aportaciones, De Cabo (2014: esp. 78-96), si bien de utilidad relativa para la dogmática, al construirse conscientemente desde fuera del sistema. Remitimos a mi recensión (crítica) de esta obra publicada en el nº de 2014 del *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad de Alcalá*.

53 Para una introducción al objeto, método y contenido de una teoría constitucional como la propuesta en este trabajo, Gomes Canotilho (2004).

54 Morlok (1988).

55 González Encinar (1987).

a) una teoría formal, de tipo analítico, que ordene las estructuras básicas de los derechos y permita aclarar el uso de los conceptos utilizados por la dogmática;<sup>56</sup>

b) una teoría material, de tipo axiológico, que explicita los valores que se estiman prevalentes y que, por tanto, deben presidir la construcción de conceptos y la propuesta de interpretaciones que desarrolle la dogmática.<sup>57</sup> Por definición, los derechos humanos derivan de la dignidad, la libertad y la igualdad, pero hay formas distintas de concebir estos valores y, sobre todo, las relaciones entre ellos (al menos, dos, la liberal y la socialista). En lengua castellana no conozco ninguna teoría material de los derechos elaborada desde la teoría constitucional, aunque sí algunas, y muy relevantes, escritas desde la filosofía moral.<sup>58</sup> Sería útil tenerlas en cuenta, al menos como inspiración.

## 2.8 ¿Superación o apertura de la dogmática?

Las seis ideas que hasta aquí meramente he sugerido comparten una misma dirección: la necesidad de la dogmática de superar el positivismo formalista y legalista tradicional y abrirse a otras perspectivas, no estrictamente jurídicas; y, por consiguiente, a los planteamientos de otras disciplinas. Ello implica una dificultad práctica evidente, pues para que la dogmática progrese sus cultivadores deben mejorar su forma de argumentar (lo que exige conocimientos de Lógica y Lingüística); ser juristas integrales (por ejemplo, los constitucionalistas deben saber derecho internacional; y los internacionalistas, derecho constitucional); conocer lenguas extranjeras (para practicar bien el derecho comparado) y adentrarse en otras disciplinas, como la sociología y la filosofía; todo lo cual no siempre es fácil de lograr (desde luego, los vigentes planes de estudio de la mayor parte de la facultades de derecho del mundo no ayudan a ello).

Por otro lado, considero que hoy por hoy no es deseable la configuración de una disciplina específica de los derechos humanos y fundamentales, al modo de una «macrociencia» interdisciplinar<sup>59</sup> que aunara sus perspectivas jurídica, histórica, sociológica y filosófica (y la lista podría ampliarse).<sup>60</sup> Creo que es preferible mantener cada disciplina en su lugar y proponer una dogmática más abierta pero que ha de seguir siendo dogmática.

A modo de conclusión, resumen de cuanto se ha dicho en este trabajo y consejo práctico para futuros investigadores, destacaría la función crítica de la dogmática, con el apoyo de otras disciplinas, sin engañar a nadie, precisando y argumentando las afirmaciones que se mantienen, en contraste siempre con las posiciones contrarias, y distinguiendo con claridad entre las diferentes perspectivas (al menos, entre la jurídica, la sociológica y la filosófica).

<sup>56</sup> El ejemplo más conocido y exitoso de teoría estructural de los derechos es Alexy (1993).

<sup>57</sup> La más afamada sistematización de las distintas teorías materiales de los derechos es la de Böckenförde (1993), revisada en Escobar (2012: 550 y ss.).

<sup>58</sup> Las teorías morales de los derechos más importantes escritas en castellano son, a mi juicio: para la perspectiva liberal, Nino (1989) y, para la perspectiva socialista, González Amuchastegui (2004) y García Manrique (2013).

<sup>59</sup> De interés, como contrapunto, Haba (2006: 340-346).

<sup>60</sup> Algunas propuestas (a mi juicio más bien fallidas pero en todo caso de cierto interés para reabrir el debate) de construir una ciencia multidisciplinar de los derechos humanos son: García-Bauer (1974), De Castro (1979) o Kiss (1983), como se ve, todas referencias bastante antiguas.

## BIBLIOGRAFÍA

- ABRAMOVICH, V.; BOVINO, A.; COURTIS, C. (eds.). *La aplicación de los tratados sobre derechos humanos en el ámbito local. La experiencia de una década (1994-2005)*. Buenos Aires: CELS y Editores del Puerto, 2006.
- ABRAMOVICH, V.; COURTIS, C. *Los derechos sociales como derechos exigibles*. Madrid: Trotta, 2002.
- ABREGÚ, M.; COURTIS, C. (eds.). *La aplicación de los tratados sobre derechos humanos por los jueces locales*. Buenos Aires: Editores del Puerto, 1997.
- AGUILÓ REGLA, J. *Sobre derecho y argumentación*. Palma de Mallorca: Leonard Muntaner, 2008.
- ALCHOURRÓN, C. E.; BULYGIN, E. *Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas y sociales*. Buenos Aires: Astrea, 1974.
- ALEXY, R. *Teoría de la argumentación jurídica*. Madrid: CEC, 1979.
- *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: CEC, 1993.
- ALONSO GARCÍA, E. *La interpretación de la Constitución*. Madrid: CEC, 1984.
- ÁLVAREZ, N. [Recensión a Escobar]. *Cuadernos Electrónicos de Democracia y Derechos Humanos*, núm. 3 (2006).
- ANDRÉS IBÁÑEZ, P. «¿Neutralidad o pluralismo en la aplicación del derecho? Interpretación judicial e insuficiencias del formalismo». *Doxa*, núm. 15-16 (1994).
- ATIENZA, M. [Recensión a Larenz]. *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, núm. 22 (1982).
- *Marx y los derechos humanos*. Madrid: Mezquita, 1983.
- *Introducción al Derecho*. Barcelona: Barcanova, 1985.
- *Las razones del Derecho. Teorías de la argumentación jurídica*. Madrid: CEC, 1997.
- *Contribución para una teoría de la legislación*. Madrid: Civitas, 1997.
- *El Derecho como argumentación*. Barcelona: Ariel, 2006.
- *El sentido del Derecho*. 3ª ed. Barcelona: Ariel, 2007.
- *Curso de argumentación jurídica*. Madrid: Trotta, 2013.
- ATIENZA, M.; RUIZ MANERO, J. «¿Qué queda del marxismo para la cultura jurídica?». *Claves de razón práctica*, núm. 29 (1995).
- BARCELLONA, P.; HART, D.; MÜCKENBERGER, U. *La formación del jurista. Capitalismo monopolístico y cultura jurídica*. Madrid: Civitas, 1977.
- BARRANCO AVILÉS, M. C. *Derechos y decisiones interpretativas*. Madrid: Marcial Pons, 2004.
- BERGALLI, R.; RIVERA BEIRAS, I. (coords.). *Poder académico y educación legal*. Barcelona: Anthropos, 2008.
- BÖCKENFÖRDE, E. W. «Teoría e interpretación de los derechos fundamentales». En: *Escritos sobre derechos fundamentales*. Baden-Baden: Nomos, 1993.
- BUENO, G. *Idea de la ciencia desde la teoría del cierre categorial*. Santander: UIMP, 1976.
- BULLARD, A. y otros. *El Derecho como objeto e instrumento de transformación social*. Buenos Aires: Editores

del Puerto, 2003.

DE CABO MARTÍN, A. *Pensamiento crítico, constitucionalismo crítico*. Madrid: Trotta, 2014

DE CABO, A.; PISARELLO, G. (eds.). *Los fundamentos de los derechos fundamentales: Luigi Ferrajoli*. Madrid: Trotta, 2001.

CALAMANDREI, P. *La Constitución inactuada*. Madrid: Tecnos, 2004.

CALSAMIGLIA, A. *Introducción a la ciencia jurídica*. Barcelona: Ariel, 1986.

CALVO GARCÍA, M. *Los fundamentos del método jurídico: una revisión crítica*. Madrid: Tecnos, 1994.

CAPELLA, J. R. (ed.). *Las sombras del sistema constitucional español*. Madrid: Trotta, 2003.

CARBONELL, M. (ed.). *Neoconstitucionalismo(s)*. Madrid: Trotta, 2003.

— (ed.). *Teoría del neoconstitucionalismo. Ensayos escogidos*. Madrid: Trotta, 2007.

CARBONELL, M.; SALAZAR, P. (eds.). *Garantismo: estudios sobre el pensamiento jurídico de Luigi Ferrajoli*. Madrid: Trotta, 2005.

CARNELUTTI, F. *Metodología del Derecho*. México: Colofón, 1996.

LO CASCIO, V. *Gramática de la argumentación*. Madrid: Alianza, 1998.

DE CASTRO CID, B. «Dimensión científica de los derechos del hombre». En: *Los derechos humanos. Significación, estatuto jurídico y sistema*. Sevilla: Universidad de Sevilla, 1979.

CATTANI, A. *Los usos de la retórica*. Madrid: Alianza, 2006.

CHALMERS, A. F. *¿Qué es esa cosa llamada ciencia?* Madrid: Siglo XXI, 1982.

MAC CORMICK, N. *Legal Reasoning and Legal Theory*. Oxford: Clarendon, 1995.

CORREAS, O. (coord.) *Sociología jurídica en América Latina*. International Institute for the Sociology of Law: Oñati, 1991.

CORTINA, A. *Crítica y utopía: la Escuela de Fráncfort*. Madrid: Cincel, 1985.

COURTIS, C. (ed.). *Observar la ley. Ensayos sobre metodología de la investigación jurídica*. Madrid: Trotta, 2006.

DÍAZ, E. *Sociología y Filosofía del Derecho*. Madrid: Taurus, 1980.

DÍAZ REVORIO, F. J. *Valores superiores e interpretación constitucional*. Madrid: CEPC, 1997.

DÍEZ-PICAZO, L. M. (coord.). *El oficio de jurista*. Madrid: Siglo XXI, 2006.

DWORKIN, R. *Los derechos en serio*. Barcelona: Ariel, 1984.

ESCOBAR ROCA, G. *Introducción a la teoría jurídica de los derechos humanos*. Madrid: Trama, 2006.

— «Del Derecho débil a la fuerza de los derechos». En: *El Ombudsman en el sistema internacional de derechos humanos: contribuciones al debate*. Madrid: Dykinson, 2008.

— «Interpretación y garantía de los derechos fundamentales por el Defensor del Pueblo». *Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 26 (2010).

- (dir.). *Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria*, Cizur Menor, Aranzadi, 2012.
- ESCOBAR ROCA, G.; VILLACORTA, L. «Consideraciones acerca de la enseñanza del Derecho constitucional y alguna otra cuestión (de paso)». *Teoría y realidad constitucional*, núm. 21 (2008).
- ESTANY, A. *Introducción a la Filosofía de la ciencia*. Barcelona: Crítica, 1993.
- EYMAR, C. *Karl Marx, crítico de los derechos humanos*. Madrid: Tecnos, 1987.
- EZQUIAGA GANUZAS, F. J. *La argumentación en la justicia constitucional española*. Oñati: IVAP, 1987.
- FERRARI, V. *Acción jurídica y sistema normativo. Introducción a la Sociología del Derecho*. Madrid: Dykinson, 1980.
- FEYERABEND, P. K. *Tratado contra el método*. Madrid: Tecnos, 1981.
- GADAMER, H. *Verdad y método*. Salamanca: Sígueme, 1977.
- GALINDO AYUDA, F. *¿Qué es la ciencia del Derecho?* Zaragoza: Cuadernos de Derecho, Ciencia y Sociedad, 1983.
- GARCÍA-BAUER, C. «¿Puede elaborarse ya una disciplina jurídica autónoma de los derechos humanos?». En: *Veinte años de evolución de los derechos humanos*. México: UNAM, 1974.
- GARCÍA FIGUEROA, A. *Principios y positivismo jurídico. El no positivismo principialista en las teorías de Ronald Dworkin y Robert Alexy*. Madrid: CEPC, 1998.
- «El paradigma jurídico del neoconstitucionalismo. Un análisis metateórico y una propuesta de desarrollo». En: *Racionalidad y Derecho*. Madrid: CEPC, 2006.
- GARCÍA MANRIQUE, R. *La libertad de todos*. Barcelona: El Viejo Topo, 2013.
- GARRIDO GÓMEZ, I. *La función de los jueces: contexto, actividades e instrumentos*. Cizur Menor: Thomson-Aranzadi, 2014.
- GOMES CANOTILHO, J. J. *Teoría de la Constitución*. Madrid: Dykinson, 2004.
- GÓMEZ RODRÍGUEZ, A. *Filosofía y metodología de las ciencias sociales*. Madrid: Alianza, 2003.
- GONZÁLEZ AMUCHASTEGUI, J. *Autonomía, dignidad y ciudadanía*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2004.
- GONZÁLEZ ENCINAR, J. J. *El Estado unitario-federal*. Madrid: Tecnos, 1987.
- GOODIN, R. E. (comp.). *Teoría del diseño institucional*. Barcelona: Gedisa, 2003.
- GORDILLO, A. *El método en Derecho*. Madrid: Civitas, 1988.
- GUASTINI, R. *Teoría e ideología de la interpretación constitucional*. Madrid: Trotta, 2008.
- GUASTINI, R. *Interpretar y argumentar*. Madrid: CEPC, 2014.
- HABA, E. P. *Metodología jurídica irreverente*. Madrid: Dykinson, 2006.
- HERNÁNDEZ GIL, A. *La ciencia jurídica tradicional y su transformación*. Madrid: Civitas, 1981.
- *Metodología de la ciencia del Derecho*. Madrid: Espasa-Calpe, 1988.
- HERNÁNDEZ MARÍN, R. *Historia de la Filosofía del Derecho contemporánea*. Madrid: Tecnos, 1986.
- VON IHERING, R. *¿Es el Derecho una ciencia?* Granada: Comares, 2002.

- KANT, I. *Teoría y praxis*. Madrid: Tecnos, 2006.
- KELSEN, H. *Teoría pura del Derecho*. México: UNAM, 1998.
- VON KIRCHMANN, J. H. *La jurisprudencia no es ciencia*. Madrid: CEC, 1983.
- KISS, A. «Derechos del hombre e interdisciplinariedad». En: *Anuario de Derechos Humanos*, núm. 2, 1983.
- KUHN, T. S. *La estructura de las revoluciones científicas*. México: FCE, 1971.
- LAKATOS, I. *La metodología de los programas de investigación científica*. Madrid: Alianza, 1983.
- LARENZ, K. *Metodología de la ciencia del Derecho*. Barcelona: Ariel, 1980.
- LÉVI-STRAUSS, C. *Criterios científicos en las disciplinas sociales y humanas*. Valencia: Teorema, 1978.
- LLAMAS GASCÓN, A. *Los valores jurídicos como ordenamiento material*. Madrid: BOE, 1996.
- LÓPEZ GARRIDO, D. y otros. *Nuevo Derecho constitucional comparado*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2000.
- LUHMANN, N. *Sistema jurídico y Dogmática jurídica*. Madrid: CEC, 1983.
- MARTÍNEZ ZORRILLA, D. *Metodología jurídica y argumentación*. Madrid: Marcial Pons, 2010.
- MODUGNO, F. *Interpretazione giuridica*. Pádua: Cedam, 2009.
- MORA MOLINA, J. J. *El garantismo jurídico de Luigi Ferrajoli*. Huelva: Universidad de Huelva, 2004.
- MORESO, J. J. *La indeterminación del Derecho y la interpretación de la Constitución*. Madrid: CEPC, 1997.
- *La Constitución: modelo para armar*. Madrid: Marcial Pons, 2009.
- MORLOK, M. *Was heisst und zu welchem Ende studiert man Verfassungstheorie?* Berlín: Duncker & Humboldt, 1988.
- MOSTERÍN, J. *Conceptos y teorías en las ciencias*. Madrid: Alianza, 2000.
- MÜLLER, F. *Métodos de trabajo del Derecho constitucional*. Madrid: Marcial Pons, 2006.
- *Postpositivismo*. Santander: TGD, 2008.
- NIETO, A. *Crítica de la razón jurídica*. Madrid: Trotta, 2007.
- NIETO A.; GORDILLO, A. *Las limitaciones del conocimiento jurídico*. Madrid: Trotta, 2003.
- NINO, C. S. *Introducción al análisis del Derecho*. Barcelona: Ariel, 1983.
- *Ética y derechos humanos*. Barcelona: Ariel, 1989.
- *La constitución de la democracia deliberativa*. Barcelona: Gedisa, 1997.
- *Fundamentos de Derecho constitucional*. Buenos Aires: Astrea, 2002.
- OLLERO, A. *Interpretación del Derecho y positivismo legalista*. Madrid: EDERSA, 1982.
- PAREJO ALFONSO, L. *Constitución y valores del ordenamiento*. Madrid: Ramón Areces, 1990.
- PECES-BARBA, G. *Los valores superiores*. Madrid: Tecnos, 1984.
- PEGORARO, L.; RINELLA, A. *Introducción al derecho público comparado*. México: UNAM, 2006.

- PERELMAN, Ch. *La lógica jurídica y la nueva retórica*. Madrid: Civitas, 1979.
- PERELMAN, Ch.; OLBRECHTS TYTECA, L. *Tratado de la argumentación: la nueva retórica*. Madrid: Gredos, 1989.
- PÉREZ LUÑO, A. E. *Derechos humanos, Estado de Derecho y Constitución*. 8.<sup>a</sup> ed. Madrid: Tecnos, 2003.
- PIAGET, J. «La situación de las ciencias del hombre dentro del sistema de las ciencias». En: *Tendencias de la investigación en ciencias sociales*. Madrid: Alianza, 1975.
- PIZZORUSSO, A. *Curso de Derecho comparado*. Barcelona: Ariel, 1987.
- POPPER, K. *La lógica de la investigación científica*. Madrid: Tecnos, 1965.
- *Búsqueda sin término. Una autobiografía intelectual*. Madrid: Alianza, 2006.
- POSNER, R. A. *Cómo deciden los jueces*. Madrid: Marcial Pons, 2011.
- PRIETO NAVARRO, E. «La teoría de sistemas de Niklas Luhmann y el Derecho». En: J. A. GARCÍA AMADO (coord.). *El Derecho en la Teoría social*. Madrid: Dykinson, 2001.
- PRIETO SANCHÍS, L. *Ideología e interpretación jurídica*. Madrid: Tecnos, 1987.
- *Constitucionalismo y positivismo*. México: Fontamara, 1999.
- RIVADULLA, A. *Filosofía actual de la ciencia*. Madrid: Tecnos, 1986.
- ROBLES, G. *Sociología del Derecho*. Madrid: Civitas, 1993.
- ROSS, A. *Sobre el Derecho y la justicia*. Buenos Aires: Eudeba, 1963.
- SANTAMARIA IBEAS, J. J. *Los valores superiores en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*. Madrid: Dykinson, 1997.
- SALVADOR MARTÍNEZ, M. «Aprender comparando». En: *Constitución: Norma y realidad*. Madrid: Marcial Pons, 2014.
- SASTRE ARIZA, S. *Ciencia jurídica positivista y neoconstitucionalismo*. Madrid: McGraw-Hill, 1999.
- VON SAVIGNY, F. K. *Metodología jurídica*. Buenos Aires: Depalma, 1979.
- SORIANO, R. *Sociología del Derecho*. Barcelona: Ariel, 1997.
- SPANG, K. *Persuasión: fundamentos de retórica*. Barañáin: EUNSA, 2006.
- TARELLO, G. *L'interpretazione della legge*. Milán: Giuffrè, 1980.
- TOULMIN, S. *Los usos de la argumentación*. Barcelona: Península, 2007.
- VALLET DE GOYTISOLO, J. *Manuales de metodología jurídica*. Madrid: Fundación Cultural del Notariado, 2004.
- VARIOS AUTORES. *Garantismo: una discusión sobre derecho y democracia*. Madrid: Trotta, 2006.
- DE VEGA, P. «El tránsito del positivismo jurídico al positivismo jurisprudencial». *Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 1 (1998).
- DE VERGOTTINI, G. *Más allá del diálogo entre tribunales*. Madrid: Civitas, 2010.
- VILLACORTA CAÑO-VEGA, A. «¿Interpretación jurídica o comprensión jurídica?; al menos: comprender para

interpretar». *Revista de las Cortes Generales*, núm. 84 (2011).

VILLACORTA MANCEBO, L. *El pleno sometimiento a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico en la aplicación judicial del Derecho*. Madrid: Dykinson, 2004.

VIEHWEG, T. *Tópica y jurisprudencia*. Madrid: Taurus, 1972.

WEBER, M. *La «objetividad» del conocimiento en la ciencia social y en la política social*. Madrid: Alianza, 2009.

WESTON, A. *Las claves de la argumentación*. 10.<sup>a</sup> ed. Barcelona: Ariel, 2005.

WILHELM, W. *La metodología jurídica en el siglo XIX*. Madrid: EDERSA, 1980.

WRÓBLEWSKI, J. *Constitución y teoría general de la interpretación jurídica*. Madrid: Civitas, 1985.

ZAGREBELSKY, G. *El derecho dúctil*. Madrid: Trotta, 1995.

— *Historia y Constitución*. Madrid: Trotta, 2005.

ZAPATERO, V. «De la jurisprudencia a la legislación». *Doxa*, núm. 15-16 (1994).