
Gregorio
Robles Morchón

Rubén Alberto
Duarte Cuadros

EDITORES

A P O R T E S

A LA TEORÍA

COMUNICACIONAL

DEL DERECHO (TCD),

FILOSOFÍA DEL DERECHO

Y TEORÍA JURÍDICA



**UNIVERSIDAD
LIBRE®**

Facultad de Filosofía y
Ciencias Humanas
Bogotá D.C.

Gregorio Robles Morchón

Fundador de la Teoría Comunicacional del Derecho (TCD). Doctor en Derecho (1975). Profesor Ordinario de Teoría del Derecho, Filosofía del Derecho y Sociología Jurídica en la Universidad de las Islas Baleares (1983), y de Derecho de la Unión Europea en la Universidad Pontificia de Salamanca (1990). Actualmente Profesor Emérito en el Programa de Doctorado “Economía y Derecho” de la Universidad Camilo José Cela (Madrid) (2018). Académico de Número de la Real Academia de Ciencias Morales y Políticas (Madrid) (2009). Su obra principal es *Teoría del Derecho. Fundamentos de Teoría comunicacional del Derecho*, última edición, Civitas, 2015. Sus dos libros más recientes: *La Sociología de Theodor Geiger* (2019) y *Retórica para Juristas* (2019), ambos en Ed. Olejnik, Santiago-Chile.

Gregorio
Robles Morchón

Rubén Alberto
Duarte Cuadros

EDITORES

A P O R T E S
A LA TEORÍA
COMUNICACIONAL
DEL DERECHO (TCD),
FILOSOFÍA DEL DERECHO
Y TEORÍA JURÍDICA



**UNIVERSIDAD
LIBRE®**

Facultad de Filosofía y
Ciencias Humanas
Bogotá D.C.

Aportes a la Teoría Comunicacional del Derecho (TCD), Filosofía del Derecho y Teoría Jurídica / Gregorio Robles Morchón, Rubén Alberto Duarte Cuadros, editores.
– Bogotá : Universidad Libre, 2020.

359 p. ; 24 cm.

Incluye referencias bibliográficas.

ISBN 978-958-5578-36-4

1. Teoría comunicacional del Derecho (TCD) 2. Filosofía y ética 3. Filosofía del derecho

I. Robles Morchón, Gregorio, ed. II. Duarte Cuadros, Rubén Alberto, ed.

340.1

SCDD 23

Catalogación en la Fuente – Universidad Libre. Biblioteca

Comentarios y sugerencias

Correo del autor: ruben.cuadros@unilibre.edu.co

© Facultad de Filosofía y Ciencias Humanas, 2020.

© Universidad Libre, sede principal, 2020.

ISBN IMPRESO: 978-958-5578-36-4

ISBN DIGITAL: 978-958-5578-37-1

Queda hecho el depósito que ordena la Ley.

Reservados todos los derechos. No se permite la reproducción total o parcial de esta obra ni su incorporación a un sistema informático ni su transmisión en cualquier forma o por cualquier medio (electrónico, mecánico, fotocopia, grabación u otros) sin la autorización previa y por escrito de los titulares del copyright.

Editorial: Universidad Libre

Coordinación de Publicaciones y Comunicaciones: Luz Bibiana Piragauta Correa

Correo: comunicaciones@unilibre.edu.co

Calle 8 n.º 5-80, tel. 3821000, Bogotá, D. C.

Corrección de estilo: Mateo Romo Ordoñez.

Diseño y diagramación: AF&M Producción Gráfica S.A.S. - Diana Guayara V.

Esta obra está cofinanciada por el Fondo de Publicaciones de la Universidad Libre

Impreso en Colombia en los talleres gráficos

de AF&M Producción Gráfica S.A.S.

Carrera 68 G n.º 64A - 31

tel. +57(1) 250 1584

afmproducciongrafica@gmail.com

Bogotá, D. C., Colombia, 2020

Printed in Colombia



UNIVERSIDAD LIBRE®
Vigilada Mineducación

Directivas

<i>Presidente Nacional</i>	Jorge Alarcón Niño
<i>Vicepresidente Nacional</i>	Jorge Gaviria Liévano
<i>Rector Nacional</i>	Fernando Dejanón Rodríguez
<i>Censor Nacional</i>	Ricardo Zopó Méndez
<i>Secretario General</i>	Floro Hermes Gómez Pineda
<i>Presidenta Seccional</i>	María Elizabeth García González
<i>Rector Seccional</i>	Fernando Arturo Salinas Suárez
<i>Decano de la Facultad de Filosofía y Ciencias Humanas</i>	Rubén Alberto Duarte Cuadros
<i>Directora del Centro de Investigaciones de la Facultad de Filosofía y Ciencias Humanas</i>	Adriana Ruelle Gómez

COMITÉ EDITORIAL

Adriana Ruelle Gómez
Hernán Martínez Ferro
Rubén Alberto Duarte Cuadros

Comité Científico

Ricardo Sánchez Ángel
Doctor en Historia por la Universidad Nacional de Colombia

Elías Castro Blanco
Doctor en Estudios Políticos por la Universidad Externado de Colombia

Hernán Martínez Ferro
Doctor en Sociología Jurídica e Instituciones Políticas por la Universidad Externado de Colombia

Gregorio Robles Morchón
Doctor en Derecho por la Universidad Complutense de Madrid, España

Editores

Gregorio Robles Morchón
Rubén Alberto Duarte Cuadros

CONTENIDO

PRÓLOGO Gregorio Robles Morchón	9
PRESENTACIÓN. APORTES A LA TEORÍA COMUNICACIONAL DEL DERECHO (TCD). FILOSOFÍA DEL DERECHO Y TEORÍA JURÍDICA Rubén Alberto Duarte Cuadros	15
COMUNICACIÓN, RETÓRICA Y ARGUMENTACIÓN EN EL DERECHO Gregorio Robles Morchón	19
LA TEORÍA Y EL CONCEPTO DE NORMA JURÍDICA EN LA TEORÍA COMUNICACIONAL DEL DERECHO UN ESTUDIO DE TEORÍAS RIVALES Liliana Ortiz Bolaños	41
EL PAPEL DE LA COSTUMBRE ANTE LA POSITIVIDAD DEL DERECHO MODERNO: LA COSTUMBRE EN LA TEORÍA COMUNICACIONAL DEL DERECHO Diego Medina Morales	75
JUSTICIA Y DIGNIDAD HUMANA EN LA TEORÍA DE LAS DECISIONES JURÍDICAS Ángela Aparisi Miralles	105
HACIA UNA PROPUESTA COMUNICACIONAL EN RELACIÓN CON LA TEORÍA DEL DERECHO Y LA SOCIOLOGÍA JURÍDICA Napoleón Conde Gaxiola	125
POSITIVIDAD COMO INTERPRETACIÓN: VIOLA-ZACCARIA Y GREGORIO ROBLES. UN ANÁLISIS COMPARATIVO Encarnación Fernández Ruiz-Gálvez	153
LA NECESARIA Y DINÁMICA YUXTAPOSICIÓN ENTRE ABSTRACCIÓN Y CONCRECIÓN DE LO JURÍDICO EN LOS DISTINTOS NIVELES DE ANÁLISIS DE LA TEORÍA COMUNICACIONAL DE DERECHO Angelo Anzalone	183





DINAMISMO COMUNICACIONAL, INTERTEXTUALIDAD
Y COOPERACIÓN INTERPRETATIVA EN LA PERSPECTIVA
TEXTUAL Y HERMENÉUTICA DE LA TEORÍA COMUNICACIONAL
DEL DERECHO

Antonio Maria La Porta

211

DE LA FILOSOFÍA DEL LENGUAJE A LA FILOSOFÍA DEL DERECHO:
APUNTES SOBRE LA TEORÍA DE LA ACCIÓN EN LA TEORÍA
COMUNICACIONAL DEL DERECHO

José J. Albert Márquez

237

COMUNICACIÓN, EXPERIENCIA Y ACCIÓN (UN ESTUDIO DE
LOS PRESUPUESTOS DE LA TCD)

Félix Francisco Sánchez Díaz

257

LA INDETERDEFINIBILIDAD DE LA "ACCIÓN", "PROCEDIMIENTO"
Y "NORMA" EN LA TCD

Tiago Cappi Janini

285

LA DECISIÓN JUDICIAL EN LA TEORÍA COMUNICACIONAL
DEL DERECHO Y SUS IMPLICACIONES ÉTICAS

Ginés Marco Perles

303

DOGMÁTICA Y NORMA EN LA TEORÍA COMUNICACIONAL
DEL DERECHO: UNA CRÍTICA

Donald Bello Hutt

319

LA FENOMENOLOGÍA DEL LENGUAJE JURÍDICO EN
LA TEORÍA COMUNICACIONAL DEL DERECHO

Rubén Alberto Duarte Cuadros

343

Gregorio
Robles
Morchón

PRÓLOGO

Gregorio
Robles Morchón

Rubén Alberto
Duarte Cuadros

EDITORES

8

APORTES

A LA TEORÍA
COMUNICACIONAL
DEL DERECHO (TCD),
FILOSOFÍA DEL DERECHO
Y TEORÍA JURÍDICA

Deseo aprovechar la ocasión que me concede este Prólogo para saludar y expresar mi agradecimiento a todos los amigos y colegas que durante tantos años –nada menos que desde 1991– han participado y siguen participando en el Seminario de Filosofía del Derecho que tengo el honor de dirigir en Madrid, el cual, a pesar del nombre, ha tenido y tiene un carácter interdisciplinar, conjuntando la mencionada rama de la Filosofía con otras tales como la Filosofía Política, la Filosofía Moral, la Epistemología y la Antropología Filosófica; sin dejar por ello de lado otras disciplinas, en parte jurídicas, como el Derecho Constitucional, el Derecho Internacional, el Derecho Penal, el Derecho Privado, y el Derecho Tributario (en este último debo mencionar la gran aportación del Profesor Paulo de Barros Carvalho, así como de algunos de los componentes del "Grupo do Estudos" de Sao Paulo, Brasil), y en parte otras no jurídicas, como la Sociología y la Economía. Sin olvidar, por supuesto, la Historia del Pensamiento.



Dicho Seminario se ha consolidado a lo largo de todos estos años, presidido siempre por dos ideas básicas e incuestionables: la libertad académica en todos sus aspectos (de pensamiento, de expresión, de publicación, de crítica, etc.), y el respeto más escrupuloso hacia las personas. En las exposiciones y discusiones de nuestro Seminario no hay verdades establecidas, ni tabús de ningún género, tampoco autores prohibidos, ni citas obligadas. Cada cual es dueño de sus obras y de su pensamiento, de los autores que prefiere y de los que no prefiere, de defender lo políticamente correcto o lo políticamente incorrecto. Tampoco hay “maestros”. Aunque yo lo dirijo, lo hago como coordinador y organizador; nadie está obligado a pensar como yo, ni a trabajar en los temas en los que trabajo, si alguien lo hace es por su propia decisión personal. Todos los participantes estamos en pie de igualdad y sólo cuenta lo que cada uno dice y cómo lo razona. No hay jerarquía establecida, somos un grupo de amigos con intereses intelectuales comunes. Por eso ha funcionado y funciona espléndidamente bien, para asombro de propios y extraños.

Para mí personalmente, el Seminario ha sido y es muy importante. En las reuniones he podido exponer desde el principio mis ideas sobre la Teoría Comunicacional del Derecho, y he podido beneficiarme de las críticas implacables, pero siempre benevolentes, así como de los comentarios, sugerencias e inquietudes de mis compañeros. No sólo esto; además, he consolidado amistades entrañables, que son el mejor regalo.

A lo largo de los últimos veinte años se han ido incorporando al Seminario profesores y estudiosos de otros países, sobre todo de Iberoamérica, aunque no sólo, que han encajado perfectamente en nuestro estilo y en nuestro ambiente. Precisamente en este contexto de comunión surge este libro, animado y coordinado por el Profesor Rubén Alberto Duarte Cuadros, Decano de la Facultad de Filosofía y Ciencias Humanas de la Universidad Libre (seccional Bogotá), que se ha incorporado a nuestras reuniones en los últimos años y a quien todos los participantes del Seminario agradecemos su generoso trabajo y dedicación para que este proyecto editorial sea una realidad. En él se re-

cogen catorce estudios sobre la Teoría comunicacional del Derecho, motivo añadido a los expresados para que me sienta muy agradecido a los que han participado. Son las ponencias presentadas en las Jornadas del Seminario que tuvieron lugar los días 8 y 9 de octubre de 2018, esta vez en la Facultad de Derecho de la Universidad CEU-San Pablo (Madrid), coordinadas por el Profesor de esta Universidad Luíís Cayetano Aparicio Rodríguez y por mí mismo, y a las que asistieron un buen número de colegas, entre ellos los autores de este volumen.

La Teoría comunicacional del Derecho se denomina así por adoptar la perspectiva de la comunicación para comprender el Derecho en sus diversas manifestaciones. Todo lo que tiene un significado jurídico es traducible en procesos comunicacionales, más o menos complejos, que se manifiestan por medio del lenguaje de los juristas y que se concretan en textos jurídicos (entendiendo la palabra “texto”, en su acepción amplia, como toda obra humana susceptible de interpretación y comprensión). Por eso, la TCD toma como instrumentos los propios de la Filosofía del Lenguaje en sus dos vertientes principales: la Filosofía Hermenéutica y la Filosofía Analítica. El método de la TCD es el método hermenéutico-analítico. Organiza el tratamiento de los problemas en los tres niveles típicos de la Filosofía del Lenguaje: Sintaxis jurídica (Teoría formal del Derecho), Semántica jurídica (Teoría de la Dogmática jurídica) y Pragmática jurídica (Teoría de las Decisiones jurídicas). Por eso se dice que es una Teoría “tridimensionista” (Diego Medina), que no “tridimensionalista”, ya que su enfoque se basa en las tres dimensiones clásicas del análisis del lenguaje jurídico.

El concepto central de la Teoría formal del Derecho (Sintaxis) es el concepto de norma jurídica. El de la Teoría de la Dogmática jurídica (Semántica), el concepto de institución jurídica. El de la Teoría de las Decisiones jurídicas (Pragmática), el concepto de decisión jurídica. Toda realidad jurídica ha de ser contemplada desde esos tres ángulos complementarios:

Gregorio
Robles Morchón

Rubén Alberto
Duarte Cuadros

EDITORES

10

APORTES

A LA TEORÍA
COMUNICACIONAL
DEL DERECHO (TCD),
FILOSOFÍA DEL DERECHO
Y TEORÍA JURÍDICA

Gregorio
Robles Morchón

11

PRÓLOGO

desde la decisión, desde la institución y desde la norma. La orientación común a estos tres conceptos es la de dirigir la acción. Nada en el Derecho tiene sentido: ni las decisiones, ni las instituciones, ni las normas, si se las desconecta de las acciones. La TCD no es una teoría ontologista, sino nominalista: "Derecho" es un nomen para designar a los ámbitos jurídicos que han existido, existen y presumiblemente existirán. Distingue entre ordenamiento, sistema y ámbito jurídico, siendo este último el concepto abarcador de todos los procesos comunicacionales que se producen en su seno, entre ellos, aunque no sólo, los que generan los textos ordinamentales y los textos sistémicos.

En el libro que el lector tiene en sus manos se abordan algunos problemas suscitados por la TCD. Junto a los de índole epistemológica y metodológica, aparecen cuestiones relativas a la teoría de las normas jurídicas, a las fuentes del Derecho, a la teoría de la justicia y la ética en relación con las decisiones jurídicas, a la acción y la experiencia del Derecho, al fenómeno de la intertextualidad, a la aportación comunicacional a la Teoría del Derecho y la Sociología jurídica, al lenguaje jurídico, a lo abstracto y lo concreto, y asimismo se compara y se pone en relación la TCD con otras direcciones del pensamiento jurídico contemporáneo, como el tridimensionalismo, la Teoría hermenéutica (pero no analítica) de Viola y Zaccaria, o el pragmatismo norteamericano. En fin, para mí es todo un lujo poder considerar de nuevo muchas de las cosas que he escrito a la luz de lo que dicen y sugieren los autores que han contribuido a este volumen, por lo que les reitero mi agradecimiento más sincero.

Con los estudios aquí publicados la TCD ya dispone de unos 180 trabajos que sobre todo en estos últimos años han hecho de dicha Teoría su objeto principal de análisis. Un corpus doctrinal en el que, además de contener múltiples explicaciones y conexiones con conceptos y tendencias, también se manifiestan críticas, como es natural. Siempre digo que lo que más agradezco de estos trabajos son las críticas, y lo digo absolutamente en serio, porque es la crítica la que te hace pensar

y replantear las cuestiones criticadas, la que en definitiva te obliga a superarte y a ser mejor en lo que haces. Naturalmente también acojo con agrado, quizás más aún, los trabajos que tienen por cometido explicar, aclarar o ampliar los contenidos de la TCD, otorgando a la TCD nuevos horizontes y propuestas enriquecedoras, tal como ha hecho recientemente en su tesis doctoral Antonio María La Porta. Los trabajos recopilados en este libro se mueven entre la crítica y la ampliación de horizontes y temáticas para la TCD, por este motivo me siento especialmente satisfecho. Proporcionan un conjunto de miradas a la TCD que sugieren la riqueza que en ella se esconde, en cuanto a los asuntos tratados y también en cuanto a las perspectivas metódicas; pues, en efecto, la TCD no es ni pretende ser una Teoría conclusa, sino que es realmente un programa abierto de investigación y de debate para entender el fascinante y complejo mundo teórico del Derecho.

Así pues, aquí tienes, esforzado lector, un instrumento de estudio y reflexión para, primero, penetrar en algunas cuestiones de la TCD, y después debatirlas, si tal fuera tu gusto. En todo caso, si te propusieras tal tarea, no te olvides de consultar también las "fuentes", para lo cual te servirá mucho la bibliografía que los autores han puesto en cada capítulo de este libro. Deseo concluir este Prólogo reiterando mi gratitud a los autores de este volumen. En primer lugar, al Decano Rubén A. Duarte Cuadros (Universidad Libre, Bogotá, Colombia), por la edición de este libro y por su contribución al mismo. Asimismo, por sus contribuciones, a los Profesores Liliana Ortiz Bolaños (Pontificia Universidad Javeriana de Cali, Colombia), Diego Medina Morales (Universidad de Córdoba, España), Ángela Aparisi Miralles (Universidad de Navarra, España), Napoleón Conde Gaxiola (Instituto Politécnico Nacional, México), Encarnación Fernández Ruíz-Gálvez (Universidad de Valencia, España), Ángelo Anzalone (Universidad de Córdoba, España), Antonio María La Porta (Torino, Italia / Universidad de Córdoba, España), José J. Albert Márquez (Universidad de Córdoba, España), Félix F. Sánchez Díaz (Comunidad Autónoma de Canarias, Las Palmas de Gran Canaria, España), Tiago Cappi Janini (UNISAL, Sao Paulo, Brasil), Ginés Marco Perles (Universidad Católica

Gregorio
Robles Morchón

Rubén Alberto
Duarte Cuadros

EDITORES

12

APORTES

A LA TEORÍA
COMUNICACIONAL
DEL DERECHO (TCD),
FILOSOFÍA DEL DERECHO
Y TEORÍA JURÍDICA

Gregorio
Robles Morchón

13

PRÓLOGO

de Valencia, España), y Donald Bello Hutt (Universidad de Lovaina, Bélgica). Todos juntos, y con los demás compañeros del Seminario, seguiremos disfrutando de ese diálogo sin límites que exige la Filosofía. Por tal motivo, en estos tiempos de pandemia, a todos estos queridos autores y a los demás amigos del Seminario de Filosofía del Derecho de Madrid, y también a usted, lector, les deseo con todo el corazón sencillamente esto: ¡Salud y Filosofía!

Madrid, 10 de junio de 2020

Gregorio
Robles Morchón

Rubén Alberto
Duarte Cuadros

EDITORES

14

APORTES

A LA TEORÍA
COMUNICACIONAL
DEL DERECHO (TCD),
FILOSOFÍA DEL DERECHO
Y TEORÍA JURÍDICA

Rubén
Alberto
Duarte
Cuadros*

PRESENTACIÓN
APORTES A
LA TEORÍA
COMUNICACIONAL
DEL DERECHO (TCD),
FILOSOFÍA DEL
DERECHO Y TEORÍA
JURÍDICA

Para la Facultad de Filosofía y Ciencias Humanas de la Universidad Libre de Colombia, es honroso presentar esta nueva obra sobre los *"Aportes a la Teoría Comunicacional del Derecho (TCD), Filosofía del Derecho y Teoría Jurídica"*, producto del Seminario Internacional realizado por el Profesor Gregorio Robles. Son los aportes de los investigadores presentados en las Jornadas del Seminario que tuvieron lugar los días 8 y 9 de octubre de 2018, esta vez en la Facultad de Derecho de la Universidad CEU-San Pablo (Madrid), coordinadas por el Profesor de esta Universidad Luís Cayetano Aparicio Rodríguez.

A este seminario participaron docentes e investigadores de la Teoría y de la Filosofía del Derecho, provenientes de Italia, de las Provincias Autónomas de España, México, Brasil y

* Docente Investigador de la Maestría en Filosofía del Derecho y Teoría Jurídica.



Colombia, todos reunidos alrededor de la discusión sobre las visiones jurídicas y filosóficas enmarcadas alrededor de la obra Teoría Comunicacional del Derecho (TCD). En las discusiones participamos los editores de la presente obra, en colaboración con los siguientes investigadores que nos han cedido los derechos para publicar los textos discutidos con el Autor de (TCD), quienes expusieron los siguientes temas y problemas en los tres días del seminario a saber:

Comunicación, Retórica y Argumentación en el Derecho, a cargo del Convocante del Seminario Profesor Gregorio Robles Morchón; *La Teoría y el Concepto de Norma Jurídica en la Teoría Comunicacional del Derecho. Un Estudio de Teorías Rivales*, exposición realizada por nuestra colega y amiga de Colombia, Liliana Ortiz Bolaños; *El Papel de la Costumbre ante la Positividad del Derecho Moderno: La Costumbre en la Teoría Comunicacional del Derecho*, investigación presentada a cargo del Profesor Diego Medina Morales; *Justicia y Dignidad Humana en la Teoría de las Decisiones Jurídicas*, a cargo de la investigadora y docente Ángela Aparisi Miralles; *Hacia una Propuesta Comunicacional en Relación con la Teoría del Derecho y la Sociología Jurídica*, que estuvo a cargo del investigador y profesor Napoleón Conde Gaxiola; *Positividad como Interpretación: Viola-Zaccaria y Gregorio Robles. Un Análisis Comparativo*, esta presentación y discusión estuvo a cargo de la profesora investigadora Encarnación Fernández Ruiz-Gálvez; *La Necesaria y Dinámica Yuxtaposición entre Abstracción y Concreción de lo Jurídico en los Distintos Niveles de Análisis de la Teoría Comunicacional del Derecho*, investigación y exposición en el congreso a cargo de Ángelo Anzalone; *Dinamismo Comunicacional, Intertextualidad y Cooperación Interpretativa en la Perspectiva Textual y Hermenéutica de la Teoría Comunicacional del Derecho*, investigación con exposición y discusión a cargo de Antonio María la Porta, permanente animador del Seminario; *De la Filosofía del Lenguaje a la Filosofía del Derecho: Apuntes sobre la Teoría de la Acción en la Teoría Comunicacional del Derecho*, en la cual su investigación y exposición en el congreso estuvo a cargo de José J. Albert Márquez; *Comunicación, Experiencia y Acción (Un Estudio de los presupuestos de la TCD)*, esta exposición y

Gregorio
Robles Morchón

Rubén Alberto
Duarte Cuadros

EDITORES

16

APORTES

A LA TEORÍA
COMUNICACIONAL
DEL DERECHO (TCD),
FILOSOFÍA DEL DERECHO
Y TEORÍA JURÍDICA

discusión de la investigación estuvo a cargo del colega y amigo Félix Francisco Sánchez Díaz; *La Indeterdefinibilidad de la "Acción", "Procedimiento" y "Norma" en la (TCD)*, esta exposición y discusión estuvo a cargo del profesor e investigador Tiago Cappi Janini; *La Decisión Judicial en la Teoría Comunicacional del Derecho y sus Implicaciones Éticas*, esta investigación y presentación al interior del congreso estuvo a cargo de Ginés Marco Perles; *Dogmática y Norma en la Teoría Comunicacional del Derecho: Una Crítica*, investigación y exposición a cargo del colega que se ha doctorado recientemente y para él un acto de reconocimiento por esta labor académica Donald Bello Hutt.

Por último, la exposición y presentación de la investigación *La Fenomenología del Lenguaje Jurídico en la Teoría Comunicacional del Derecho (TCD)*, a cargo de Rubén Alberto Duarte Cuadros, quien fue financiado para participar en el Seminario Internacional, en su viaje a Madrid-España en su calidad de docente y Director del Grupo de Investigación en Filosofía y Teoría Jurídica Contemporánea, creado en enero del año 2003 y nuevamente certificado el día 28 de enero 2020 con el registro COL- 0047708220200128101, al que le pertenece este producto editorial, gracias a los aportes de los investigadores reseñados y el apoyo como editor y prologuista de la obra Gregorio Robles Morchón, convocante del Seminario Internacional, a quien le extendemos un agradecimiento especial por haber cedido sus derechos a la Universidad Libre de su capítulo de libro y la coedición del presente texto que presentamos a nuestros lectores estudiantes de todas las disciplinas y los del Pregrado en Filosofía, de la Especialización y de la Maestría en Filosofía del Derecho y Teoría Jurídica; gracias a todos por hacer posible esta obra que esperamos sea de una gran utilidad para el conocimiento jurídico de los lectores hispanoamericanos.

Rubén Alberto
Duarte Cuadros

17

PRESENTACIÓN

Gregorio
Robles
Morchón*

COMUNICACIÓN, RETÓRICA Y ARGUMENTACIÓN EN EL DERECHO

Sumario: 1. El derecho como comunicación. 2. Algunos ejemplos de procesos comunicacionales en el derecho. 3. La teoría comunicacional del derecho. 4. Tres realidades comunicacionales básicas en el derecho: ordenamiento, sistema, ámbito jurídico. 4.1. El ordenamiento jurídico (ORD). 4.2. El sistema: sistema didáctico expositivo y sistema jurídico en sentido estricto (SIS). 4.3. El Ámbito jurídico (AMB). 5. Comunicación, retórica y argumentación. 6. Retórica y teoría de las decisiones jurídicas. 7. Lógica y argumentación. 8. La argumentación en los procesos judiciales. 9. Retórica y dialéctica. 10. Ejemplos de discursos en el ámbito jurídico. 11. Las partes canónicas del discurso. 12. La función de la argumentación en los discursos jurídicos. 13. La preparación de los discursos jurídicos: las tareas del orador. Conclusión.

1 Catedrático (profesor ordinario) de Filosofía del Derecho. Académico de Número de la Real Academia de Ciencias Morales y Políticas (Madrid). Miembro Correspondiente del Instituto Hans Kelsen (Viena, Austria). gregoriorobles@yahoo.es. Su último libro: La Sociología de Theodor Geiger. Ediciones Olejnik. Santiago (Chile), 2019. Sus dos obras básicas: *Teoría del Derecho - Fundamentos de Teoría Comunicacional del Derecho*. Dos volúmenes. Ed. Civitas. Navarra (España), 2015. *Sociología del Derecho*. Ediciones Olejnik. Santiago (Chile), 2018.



1. El derecho como comunicación

La teoría del derecho admite múltiples enfoques. Uno de estos es el enfoque comunicacional. Un enfoque tradicional entre los juristas es ver el derecho simplemente como un conjunto de normas, como un ordenamiento formado por normas, preceptos o disposiciones. Otro enfoque es entender que el derecho es analizable en términos de relaciones entre los seres humanos. Otro, el contemplar el derecho desde los hechos o conductas reales de jueces, abogados, y simples ciudadanos. Otro, el analizar el fenómeno jurídico desde la perspectiva económica, esto es, como un conjunto de decisiones que tienen sus costes y beneficios. Todos estos enfoques tienen su razón de ser, pero, por mi parte, para la teoría del derecho, he elegido un enfoque diferente, consistente en ver el derecho como un conjunto de procesos de comunicación. Por eso, a la teoría del derecho que vengo desarrollando desde hace más de tres décadas la he denominado “teoría comunicacional del derecho”.

Gregorio
Robles Morchón

Rubén Alberto
Duarte Cuadros

EDITORES

20

APORTES

A LA TEORÍA
COMUNICACIONAL
DEL DERECHO (TCD),
FILOSOFÍA DEL DERECHO
Y TEORÍA JURÍDICA

2. Algunos ejemplos de procesos comunicacionales en el derecho

Para entender el significado de dicho enfoque, lo mejor es comentar algunos ejemplos.

Nos permiten entrar en un Parlamento para seguir los debates que preceden a la aplicación sobre una ley y para, por fin, asistir al acto de su aprobación. ¿Qué podemos observar? Algunos parlamentarios toman la palabra para defender sus posiciones, artículo por artículo de la ley, y, tras debatir su contenido, acaban votando el artículo en la redacción definitiva. Al final, se aprueban todos los artículos de la ley en cuestión, con lo que esta queda aprobada. Luego nos enteramos de que casi todo estaba ya “cocinado” (así se suele decir) en las reuniones previas al debate parlamentario. Bueno, es igual, en todo caso estamos ante una gran conversación o, mejor, un debate entre personas que representan ideologías e intereses distintos, incluso contrapuestos. Han hablado, han dialogado,

han cambiado opiniones, y han votado; todo ello siguiendo los procedimientos establecidos. ¿Qué tenemos aquí? Un proceso comunicacional, compuesto de múltiples actos de comunicación, que desemboca en un texto: el texto de la ley aprobada. ¿Qué es una ley? Se suele decir que es un mandato dirigido a unas personas –que pueden ser todos los que habitan en el Estado, o un grupo más concreto (como los estudiantes universitarios, o los funcionarios públicos)–.

En cualquier caso, una ley no es sino un conjunto de mensajes dirigidos a unos individuos. Dichos mensajes pueden transmitir la concesión de derechos, la imposición de deberes jurídicos, unos procedimientos para solicitar tal o cual cosa, etc. La ley en sí misma es, pues, un acto comunicacional entre el legislador –que representa al Estado– y unas personas, que pueden ser más o menos.

Segundo ejemplo: una persona decide hacer testamento, para lo cual visita a un notario. Comenta a este lo que desea y el notario le aconseja el modo en que se puede plasmar su voluntad jurídicamente; la conversación o conversaciones entre el testador y el notario concluyen en un texto: el testamento. ¿Qué es un testamento? Es un texto en el cual se expresa la voluntad del testador respecto al reparto de sus bienes una vez acaecido el hecho de su muerte. Es, por tanto, un mensaje o conjunto de mensajes que el testador emite (con ayuda técnica del notario) y que va dirigido a este último, a los albaceas y, sobre todo, a los herederos, para que entre todos se dé cumplimiento a la voluntad del de *cuius*.

Tercer ejemplo. Un individuo comete un delito. Es juzgado por ello y encarcelado. Aparentemente aquí no hay comunicación; pero nada más lejos de la realidad. Al cometer el delito, el individuo ha transmitido a la sociedad su voluntad de no cumplir las Leyes; quizás no lo haya hecho con palabras, pero sí con sus actos. Los actos sin palabras también comunican. Esto es posible porque los actos tienen un significado. Por tanto, son objeto de comprensión y, en este sentido, de comunicación. Pues no se puede comprender nada que no se comunica. El

Gregorio
Robles Morchón

21

COMUNICACIÓN,
RETÓRICA Y
ARGUMENTACIÓN
EN EL DERECHO

individuo ha sido juzgado, lo que implica que ha habido un juicio ante un juez. Un juicio es parecido a un debate entre las partes procesales, si se trata de un juicio penal, entre el fiscal y el abogado defensor. Estamos, por consiguiente, ante un proceso comunicacional, cuyos sujetos son varios: aparte de los citados (fiscal y abogado), el acusado, los testigos, los peritos, los jueces, etc. Todos ellos participan, cada uno a su modo, en ese debate que es un proceso judicial, siguiendo siempre las normas del procedimiento. Cuando el juez pronuncia la sentencia –en el ejemplo, condenatoria– le transmite al acusado la imposición verbal de la pena y, de paso, a los agentes judiciales les comunica que deben proceder a llevar al reo al establecimiento penitenciario. Todo este conglomerado de actos de comunicación constituye un proceso comunicacional algo complejo.

Por último, el reo entra en prisión y permanece en ella un tiempo, de acuerdo con la ley. Esta permanencia en prisión no solo es una situación física (consistente en estar de hecho privado de libertad), sino que, asimismo, tiene un significado jurídico: el cumplimiento de la pena impuesta por el juez de acuerdo con el código penal. Su función comunicacional es evidente: se le transmite al reo que ha obrado contra el derecho y que no debe obrar de nuevo como lo hizo; al mismo tiempo, se comunica a la sociedad en su conjunto la necesidad de que se abstenga de cometer los hechos por los que el reo está castigado. Esta función comunicacional la resumen los penalistas cuando se refieren a las funciones de la pena como función de prevención especial y función de prevención general.

En fin, podría poner otros ejemplos para llegar a la misma conclusión, que es esta: con la palabra “derecho” aludimos a un conjunto variopinto y multiforme de procesos comunicacionales que se dan dentro de los ámbitos jurídicos.

El primer ejemplo alude a un proceso legislativo; el segundo, a un proceso testamentario; el tercero, a un proceso judicial y de castigo. Son diferentes procesos, pero tienen en común que podemos entenderlos como procesos comunicacionales.

3. La teoría comunicacional del derecho

Pues bien, la teoría comunicacional del derecho (en adelante, TCD) entiende así el derecho como un conjunto de procesos de comunicación. Dicho de otra manera: la TCD analiza los fenómenos que tienen lugar bajo la palabra “derecho” en términos comunicacionales. Desde esa perspectiva, su análisis es interno, y no externo. ¿Qué quiere decir esto? Quiere decir que adopta el punto de vista del jurista, y no otros puntos de vista que se caracterizan por ser externos. Tales son los puntos de vista del sociólogo, del psicólogo, del economista, del antropólogo. Todos estos científicos contemplan el derecho en su relación con algo. Así, por ejemplo, el sociólogo considera las instituciones jurídicas en su relación con la sociedad en la que están insertas. Al economista lo que le interesa es el cálculo de las normas y las instituciones del derecho en términos de costes y beneficios. Tanto el sociólogo como el economista adoptan un punto de vista externo. El jurista, por el contrario, tiene otro punto de vista: el interno. Mira al ordenamiento jurídico como un conjunto de poderes y deberes, instituciones y competencias, procedimientos y sanciones; y los mira en sí mismos, en su pureza jurídica, por decirlo así.

4. Tres realidades comunicacionales básicas en el derecho: ordenamiento, sistema, ámbito jurídico

La TCD, al contemplar el derecho como un conjunto de procesos comunicacionales internos, maneja tres realidades textuales básicas: el ordenamiento, el sistema y el ámbito jurídico. Estos tres conceptos son básicos para comprender el alcance de la TCD.

4.1 El ordenamiento jurídico (ORD)

El ordenamiento jurídico (ORD) es el conjunto de textos emitidos por las autoridades a partir del poder constituyente, pasando por el poder legislativo, el ejecutivo y el judicial; a los que hay que añadir otros textos, tales como los originados por

Gregorio
Robles Morchón

Rubén Alberto
Duarte Cuadros

EDITORES

22

APORTES

A LA TEORÍA
COMUNICACIONAL
DEL DERECHO (TCD),
FILOSOFÍA DEL DERECHO
Y TEORÍA JURÍDICA

Gregorio
Robles Morchón

23

COMUNICACIÓN,
RETÓRICA Y
ARGUMENTACIÓN
EN EL DERECHO

la costumbre, o por determinados agentes a los cuales se les reconoce capacidad de generar preceptos, como es el caso de los convenios colectivos –que se celebran normalmente entre empresarios y trabajadores, con la anuencia del gobierno–. Un ordenamiento jurídico –por ejemplo, el derecho español o el derecho brasileño– es una “totalidad textual” compuesta por múltiples textos parciales: constitución, tratados internacionales, leyes, reglamentos, jurisprudencia de los tribunales, costumbres, etc. Estos textos parciales tienen diverso origen y han surgido en distintas circunstancias tanto temporales como materiales, y deben su existencia a distintos sujetos (el parlamento de hoy no está formado por los mismos sujetos que el parlamento de hace 20 o 40 años).

Un efecto característico de esta circunstancia es que el ordenamiento jurídico se nos presenta como una totalidad textual desordenada, como un texto “bruto”. Esto es algo inevitable. Además, el texto ordinamental no solo está desordenado, más o menos desordenado, sino que presenta otros problemas: imprecisiones, ambigüedades, lagunas, contradicciones; esto es, imperfecciones. Piénsese además que las leyes, por muy bien hechas que estén, necesariamente han de ser breves, lo que conlleva el ser poco explicativas de sus propias palabras. Y esto mismo sucede con los textos de los tratados internacionales, con los reglamentos, los decretos y, en general, con todos los textos que componen la totalidad textual ordinamental. Por eso, el ordenamiento precisa de una elaboración posterior que permita aclarar y ordenar el material textual “bruto”.

4.2 El sistema jurídico: sistema didáctico-expositivo y sistema jurídico en sentido estricto (SIS)

Esta tarea es la propia del sistema jurídico. Ahora bien, aquí debemos distinguir dos conceptos de sistema, que se presentan vinculados entre sí, pero que son diferentes: el sistema didáctico-expositivo y el sistema jurídico propiamente dicho (a este lo simplifico con la sílaba SIS). En ambos casos se trata de reflejar el ordenamiento jurídico (ORD) de tal manera que se presenta acabado, perfeccionado, sin las máculas a las que

me acabo de referir: ambigüedades, contradicciones, imprecisiones, lagunas, entre otras.

El sistema didáctico-expositivo es el que realizan los autores que escriben libros de derecho. Tengo ahora sobre la mesa un tratado de derecho civil, compuesto por cuatro volúmenes. El primero de ellos expone la llamada “Parte general del derecho civil” y el derecho de la persona. El segundo expone el derecho de obligaciones. El tercero, el derecho de cosas, y el cuarto, el derecho de familia y sucesiones. El conjunto de la obra persigue reflejar uno de los sectores del ordenamiento jurídico: el derecho civil. Ordena, sistematiza, aclara, interpreta, precisa los conceptos, todo ello en referencia a una parte del ordenamiento: el código civil y las leyes civiles especiales. Lo mismo que he hecho con el derecho civil puedo hacerlo con las demás ramas.

Traigo a mi mesa un tratado de derecho penal que tiene dos volúmenes: en el primero se trata la “Parte general”, compuesta por la historia de la codificación penal, la teoría del delito y la teoría de la pena; en el segundo se trata la “Parte especial”, esto es, los delitos singulares: el homicidio, el robo, la violación, la falsedad en documento, la sublevación, etc. El conjunto de la obra trata de reflejar de manera ordenada y precisa, además de explicativa, la masa de preceptos que constituye el ordenamiento penal. Así, podríamos hacer lo mismo con las otras ramas del derecho: con el derecho constitucional, administrativo, tributario, mercantil, procesal y demás, hasta agotar la materia correspondiente a un ordenamiento jurídico determinado.

Estos libros explicativos de la materia ordinamental tienen la finalidad de generar el texto jurídico “elaborado” y presentado en sistema. A esta tarea se la suele denominar “ciencia del derecho”, y también “jurisprudencia” y “dogmática jurídica”. A mí me gusta la expresión “ciencia de los juristas”, pues así se elude la pesada cuestión de si es una verdadera ciencia o no. Es, sencillamente, lo que hacen los juristas: interpretar y sistematizar, argumentar y conceptualizar. Todo ello en aras de presentar una totalidad textual elaborada que refleje y complete la totalidad textual del ordenamiento. Estos libros de ciencia

Gregorio
Robles Morchón

Rubén Alberto
Duarte Cuadros

EDITORES

24

APORTES

A LA TEORÍA
COMUNICACIONAL
DEL DERECHO (TCD),
FILOSOFÍA DEL DERECHO
Y TEORÍA JURÍDICA

Gregorio
Robles Morchón

25

COMUNICACIÓN,
RETÓRICA Y
ARGUMENTACIÓN
EN EL DERECHO

de los juristas o dogmática jurídica son las obras que hemos estudiado al cursar la carrera de Derecho. Es lo que denomino el sistema jurídico didáctico-expositivo, por tener esta función doble: enseñar a los alumnos y exponer la materia de manera sistemática y conceptualmente precisa.

Se da la circunstancia de que todos los que hemos pasado por la Facultad de Derecho conocemos muy bien que los distintos autores proponen sistemas didáctico-expositivos que, si bien poseen numerosos aspectos en común, también presentan diferencias, y no solo en la sistematización misma, sino incluso en las posiciones doctrinales. Quiero decir que, por ejemplo, un administrativista entiende de una manera determinada un término de la Ley de Procedimiento Administrativo, mientras que otro lo entiende de otra, y un tercero mantiene una posición diferente a la de ambos. ¿Quién de los tres tendrá razón? Cada uno de ellos aduce sus argumentos, sus razones para sostener sus tesis. Esas razones no suelen ser tonterías, son serias y bien fundamentadas. Sin embargo, no coinciden ni en los razonamientos mismos ni tampoco en las conclusiones a las que llegan.

Hay que darse cuenta de que cada autor, cuando escribe un tratado, un manual o una monografía de derecho, además de presentar una parte del sistema didáctico-expositivo, está haciendo una propuesta de entendimiento del ordenamiento jurídico, propuesta que se distingue de otras propuestas de otros autores. En la ciencia de los juristas encontramos múltiples propuestas interpretativas sobre el mismo material bruto del ordenamiento jurídico. ¿Cuál de esas propuestas triunfará en cada caso? La respuesta es bastante sencilla: triunfarán aquellas propuestas doctrinales que los tribunales incorporen a sus sentencias.

Aquí aparece el segundo concepto de sistema jurídico, al que denominamos "sistema jurídico en sentido estricto o en sentido propio" (SIS). De todas las opiniones doctrinales propuestas por los juristas en su trabajo dogmático, los tribunales elegirán estas y aquellas, en todas las ramas del derecho positivo, y las elevarán a sistema jurídico por medio de sus sentencias.

Si la ciencia de los juristas propone, la jurisprudencia de los tribunales dispone.

Obsérvese, entonces, el proceso comunicacional que tiene lugar entre el legislador y las demás autoridades generadoras de texto jurídico bruto, los autores que elaboran ciencia de los juristas y la jurisprudencia de los tribunales. Dicho de otro modo: se da un complejo de procesos comunicacionales entre el texto del ordenamiento (ORD), el del sistema didáctico-expositivo (o mejor, los sistemas didáctico-expositivos) y el sistema jurídico propiamente dicho (SIS). Este complejo de procesos de comunicación es característico del derecho en las sociedades avanzadas.

4.3 El Ámbito jurídico (AMB)

Pero la cosa no acaba ahí. Hemos simplificado algo del conjunto de procesos comunicacionales que se da en el derecho. Lo hemos contemplado entre autoridades generadoras de texto jurídico bruto, autores generadores de texto jurídico elaborado y, por último, autoridades que tienen la última palabra para determinar los contenidos válidos hic et nunc del sistema jurídico. Pero el derecho no se agota en este conglomerado de procesos comunicacionales, ya de por sí bastante complejo. Hay que añadirle otros agentes y otros aspectos. Aquí entra en función el concepto de ámbito jurídico. Este concepto de ámbito jurídico es una aportación nueva de la TCD al campo de la teoría del derecho y la filosofía jurídica. Lo designo también, simplificada, como AMB. Tenemos así tres realidades diferentes, pero conectadas: ORD, SIS y AMB.

Para comprender bien lo que es el ámbito jurídico, lo mejor es recurrir de nuevo a algunos ejemplos. He firmado un contrato de compraventa con el propietario de un apartamento, y le he adelantado una parte del precio, convenido está que me entregará las llaves y el apartamento en el plazo de un mes. Llega esa fecha y me comunica que no quiere venderme el piso. Yo le digo entonces: "El contrato es ley entre las partes contratantes y debe cumplirse a tenor del mismo". Como no quiere trasla-

Gregorio
Robles Morchón

Rubén Alberto
Duarte Cuadros

EDITORES

26

APORTES

A LA TEORÍA
COMUNICACIONAL
DEL DERECHO (TCD),
FILOSOFÍA DEL DERECHO
Y TEORÍA JURÍDICA

Gregorio
Robles Morchón

27

COMUNICACIÓN,
RETÓRICA Y
ARGUMENTACIÓN
EN EL DERECHO

darme el dominio, acudo a un abogado y le explico la situación. Planteamos, entonces, una demanda contra el vendedor ante un juzgado de lo civil.

Todos estos actos de comunicación que han tenido lugar, incluida la demanda presentada ante el juzgado, no forman parte ni del ordenamiento, ni del sistema, pero sí pertenecen al derecho. Forman parte del ámbito jurídico. El segundo ejemplo se refiere a un delito. Un individuo mata a otro. Para el derecho se trata de una acción cuyo significado es el ser un delito de homicidio. Para la TCD la acción, sea lícita o ilícita, es el significado de un conjunto de movimientos, y como tal significado es susceptible de ponerse por escrito. Por tanto, para la TCD la acción es un texto. Ya sé que estoy usando aquí la palabra "texto" en un sentido algo diferente de cuando la empleo para referirme a un "texto escrito".

La filosofía hermenéutica permite, precisamente, esta ampliación de significado del concepto de texto. Para la hermenéutica, "texto" es toda obra humana susceptible de interpretación y comprensión; por tanto, es texto un cuadro pictórico, una pieza musical y también un acto. Pues bien, ese acto lo denominamos "homicidio" porque leemos los movimientos producidos por el agente de dicho acto a la luz del eje básico ORD/SIS. El homicidio cometido no pertenece ni a ORD ni a SIS, pero sí al derecho, sí pertenece al ámbito jurídico.

El concepto de ámbito jurídico (AMB) es omnicompreensivo de toda realidad jurídica desde el centro de interpretación de la misma constituido por la dualidad ORD/SIS. Sean textos escritos, como los testamentos o las demandas judiciales, o los asesoramientos o dictámenes de los abogados, sean actos u omisiones, situaciones o relaciones, elementos todos ellos con significado jurídico, lo cierto es que tienen en común el hecho de pertenecer a una realidad englobante, abarcadora, que es lo que denomino "ámbito jurídico". El ámbito jurídico (AMB) comprende todos los procesos y actos de comunicación que se producen en relación con un ordenamiento jurídico, y cuyo sentido se adquiere desde este, y en el caso de las sociedades

avanzadas, desde la conjunción ORD/SIS. Así, vemos cómo el derecho es analizable perfectamente en términos comunicacionales, esto es, como un conjunto sumamente complejo de procesos de comunicación.

5. Comunicación, retórica y argumentación

Vayamos ahora a la tercera palabra del título de este artículo: "argumentación". Lo importante aquí es darse cuenta de que la argumentación es una faceta –o, al menos, puede serlo– de la comunicación. Más en concreto: se argumenta algo que se quiere justificar o fundamentar. Argumentar es dar razones de por qué actuamos de un modo u otro, de por qué decidimos esto o aquello.

La argumentación, tradicionalmente, es un aspecto de la retórica. Esta es el arte de convencer o persuadir a alguien de algo, y la argumentación es el conjunto de pasos razonables que sustentan nuestro propósito de convencer o persuadir. Hay, por tanto, un nexo de unión evidente entre comunicación, retórica y argumentación. Detengámonos un momento en esta trilogía.

La comunicación tiene lugar mediante actos y procesos de comunicación. En todo acto comunicacional tenemos: un elemento personal (emisor y destinatario del mensaje), un elemento material (el contenido del mensaje), el canal por medio del cual se transmite el mensaje, y la fuerza comunicacional o pragmática del mensaje (esto es, si se trata de una información, de una pregunta, de una invitación, de una amenaza, de un precepto moral, de una disposición jurídica, etc.). El contenido del mensaje puede ser expresado en palabras o en simples hechos (u omisiones de hechos). Se exprese de un modo u otro, el mensaje es un significado y, en consecuencia, puede ser expresado a la postre en palabras, por mucho que en su origen no haya palabras.

Todo acto de comunicación conlleva un componente retórico, en el sentido de que el emisor pretende que el destinatario

Gregorio
Robles Morchón

Rubén Alberto
Duarte Cuadros

EDITORES

28

APORTES

A LA TEORÍA
COMUNICACIONAL
DEL DERECHO (TCD),
FILOSOFÍA DEL DERECHO
Y TEORÍA JURÍDICA

Gregorio
Robles Morchón

29

COMUNICACIÓN,
RETÓRICA Y
ARGUMENTACIÓN
EN EL DERECHO

se tome en serio –o en broma, si es el caso– su proferimiento lingüístico. Si le digo a un amigo: “Ayer estuve en el cine”, implícitamente le estoy diciendo también: “Créeme, no dudes de que es verdad que ayer estuve en el cine, incluso aunque otras personas te digan otra cosa”. Ese “querer que me crea” es el componente retórico de mi frase. Si a un nieto mío le digo en la playa un día de resaca: “Como te metas donde cubre, te mato”, es más que probable que mi nieto sepa que ese “te mato” no significa exactamente lo que dice, sino que es una forma retórica de decir: “te regañaré”, “te castigaré”, “me darás un disgusto”, o algo parecido.

Con estos sencillos ejemplos lo que persigo es que quede claro que toda expresión de comunicación conlleva, de modo más o menos explícito o implícito, una dimensión retórica. En cada uno de estos ejemplos, mi interlocutor me puede pedir razones o explicaciones. En el primero, le comentaré el tema de la película, que fui acompañado de tal o cual persona, que a la salida me encontré con un compañero de carrera, etc. Tendré un problema si no puedo darle detalles nada más que sobre el tema de la película (la puedo haber visto otro día), y entonces apelaré a mi sentido de la veracidad y a la confianza que merezco. En todo caso daré razones, eso sí más o menos convincentes. En el segundo, le explicaré a mi nieto lo peligroso que es meterse mar adentro cuando hay resaca, y le diré que he leído que en lo que va de verano se han ahogado unas cuantas personas que sabían nadar precisamente por no tener conciencia de los peligros que tiene el mar.

6. Retórica y teoría de las decisiones jurídicas

Pero el marco en que la retórica muestra su máxima potencialidad –por ser estrictamente necesaria– es el de las decisiones. Sobre todo, en aquellas decisiones que han de tomar otros y que dependen de lo que nosotros aduzcamos o probemos. Todos los procesos comunicacionales que se dan dentro de un ámbito jurídico (AMB) vienen acompañados de decisiones. Si nos referimos a ORD, pensemos en la decisión constituyente,

en las decisiones legislativas, en las decisiones reglamentarias, etc. Si pensamos en el sistema didáctico-expositivo, cada propuesta doctrinal de los autores viene acompañada de decisiones, pues en el seno de la ciencia de los juristas cada uno de estos propone su propia opinión y al hacer la propuesta tiene obviamente que decidir entre las alternativas posibles cuál le parece la más adecuada o, como mínimo, la menos mala.

Por su parte, los tribunales, mediante sus decisiones, definen aquellos puntos de vista o interpretaciones de los textos jurídicos ordinamentales que les parecen más convenientes. El sistema jurídico propiamente dicho (SIS) se genera, por tanto, mediante decisiones. Y lo mismo sucede con los textos que no son ni ordinamentales ni sistémicos y con los actos, situaciones y relaciones que adquieren sentido jurídico dentro de un AMB. En suma, no hay nada en el derecho que no tenga que ver con algún tipo de decisión.

Los procesos decisionales de cualquier tipo que sean precisen de justificación. Algunas veces esa justificación no viene exigida por el derecho (p.ej., alguien decide comprar un piso libremente; lo justificará privadamente ante sus allegados, pero no tiene un deber jurídico de hacerlo), pero otras veces el derecho exige que se justifique por qué razones o motivos se decide de una manera y no de otra. Entonces nos vemos en la necesidad de afilar las armas de la retórica y encontrar las pruebas o razonamientos que avalen nuestras decisiones.

7. Lógica y argumentación

Hay que distinguir la lógica y la argumentación. En el argumento lógico no caben las dudas, no somos libres de matizarlo. Si debo 1000 euros y hoy pago 200, me quedan 800 por pagar. Si es verdad que todos los hombres son mortales, y Sócrates es hombre, entonces, he de concluir necesariamente que Sócrates es mortal. La lógica en su sentido estricto es la lógica formal aristotélica, y donde mejor toma cuerpo es en las matemáticas con sus razonamientos deductivos.

Gregorio
Robles Morchón

Rubén Alberto
Duarte Cuadros

EDITORES

30

APORTES

A LA TEORÍA
COMUNICACIONAL
DEL DERECHO (TCD),
FILOSOFÍA DEL DERECHO
Y TEORÍA JURÍDICA

Gregorio
Robles Morchón

31

COMUNICACIÓN,
RETÓRICA Y
ARGUMENTACIÓN
EN EL DERECHO

En el derecho a veces se usan razones matemáticas, pero esas razones no plantean en sí mismas problemas específicos. Sin embargo, lo que es general en el derecho, en las decisiones con contenido jurídico, es que las razones no sean de tipo lógico, sino de naturaleza argumentativa o retórica. A diferencia de la matemática y de la lógica formal, que nos dan soluciones concretas, la teoría de la argumentación se mueve en la nebulosa de lo “razonable”, del “peso” diferente de los diversos argumentos. Lo que a uno le parece razonable, a otro le parece irrazonable. Lo que a uno le parece de mayor peso, a otro le parece de menor. Cuando un tribunal decide una controversia es muy frecuente que los jueces que componen el tribunal mantengan posiciones diferentes por considerar las circunstancias de distinto modo y por valorar los hechos con distintas medidas.

Gregorio
Robles Morchón

Rubén Alberto
Duarte Cuadros

EDITORES

32

Esta realidad, algo desazonante, trata de ser ocultada por la llamada “teoría de la argumentación”, que tiene la pretensión –verdaderamente vacua– de presentar los argumentos de diverso género como instrumentos objetivos de valoración. Por eso puede afirmarse que la mencionada teoría disfraza la realidad, la encubre bajo el manto de las diversas ideologías.

8. La argumentación en los procesos judiciales

Contaré una anécdota que viene muy al caso y que se la oí relatar a Joaquín Ruiz Giménez. Hablando de las maneras del foro y del razonamiento de los abogados, el citado profesor se refirió a una circunstancia real que había vivido su padre, del mismo nombre y también abogado. Tenía este señor –el padre de D. Joaquín– un pleito y dentro de él la defensa de un individuo. Tomó la palabra y se explayó en los diversos razonamientos que apoyaban sus tesis en una determinada dirección. A mitad de su parlamento, su ayudante le pasó una nota en la que pudo leer: “D. Joaquín, está usted en un error, está argumentando a favor de la parte contraria”. El Sr. Ruiz-Giménez no se inmutó y siguió su razonamiento hasta concluirlo. Una vez concluido, dijo dirigiéndose al juez: “Señoría, estos son probablemente las razones que esgrimirá mi oponente en contra de mi defendi-

do. Permítame que las rebata una a una”. A continuación, en efecto, fue desgranando las razones “contrarias” a su defendido y sosteniendo las que le eran “favorables”, para llegar a la conclusión de que las primeramente expuestas carecían de base. ¡He aquí un ejercicio sumamente elocuente de lo que es la argumentación jurídica de un abogado!

¿Quiere esto decir entonces que la teoría de la argumentación no sirve para nada y que hay que hacer caso omiso de ella? Nada de eso. Solo quiere decir que no hay que absolutizarla, sino que es preciso relativizarla y ponerla en su justo lugar. Una persona puede razonar admirablemente bien sin saber nada de retórica ni de teoría de la argumentación, al igual que se puede hablar una lengua a las mil maravillas sin tener idea de lingüística. Eso no significa, obviamente, que la lingüística sea una ciencia superflua. Significa solo que hay que distinguir claramente entre una actividad y la teoría sobre dicha actividad.

9. Retórica y dialéctica

La retórica –se dice– es un arte y una ciencia. Como ciencia o teoría se ha desarrollado a lo largo de la historia a partir de sus comienzos en la Magna Grecia. La retórica está pensada en principio para dirigir convenientemente (y, si puede ser, con maestría) los discursos ante un auditorio. El concepto básico de la retórica es el concepto de discurso, el cual es un proceso comunicacional que tiene por emisor a un orador o rétor, y por auditorio, a una persona o conjunto de personas. El contrapunto de la retórica –según la expresión aristotélica– es la dialéctica. Si aquella se encarga de guiar el discurso de tal modo que pueda convencer al auditorio, esta tiene por objeto el saber debatir. Mientras que el orador se encara ante un auditorio y tiene la palabra para él solo, el dialéctico se las tiene que ver con otros que le llevan la contraria. Se puede ser un buen orador y un mal dialéctico, y viceversa.

El orador ha de ser ordenado y convincente, ha de haber preparado el discurso teniendo en cuenta numerosos factores (sobre

Gregorio
Robles Morchón

33

COMUNICACIÓN,
RETÓRICA Y
ARGUMENTACIÓN
EN EL DERECHO

APORTES
A LA TEORÍA
COMUNICACIONAL
DEL DERECHO (TCD),
FILOSOFÍA DEL DERECHO
Y TEORÍA JURÍDICA

todo, la índole del auditorio). El buen dialéctico se caracteriza por la rapidez de su ingenio, sus respuestas a las objeciones o ataques de sus contrarios le salen espontáneamente, con una rapidez y agudeza notorias. Hay, además, otra diferencia: mientras en la retórica lo que se persigue es persuadir a un auditorio de una tesis, con independencia de que esta tesis exprese una verdad o una falsedad, en la dialéctica se debate entre distintos interlocutores con la finalidad de encontrar la verdad o, al menos, acercarse a ella. Retórica y dialéctica son dos modalidades de procesos comunicacionales, se complementan y constituyen como las dos caras de una misma moneda.

Por eso, en muchos procesos comunicacionales se entrelazan en la actividad discursiva, de tal manera que, por una parte, los hablantes tratan de persuadir a un auditorio, pero, al mismo tiempo, tratan de persuadirlo por medio de la verdad. Cuando no se persigue la verdad, la retórica es un instrumento de manipulación, como puede apreciarse continuamente en los discursos que oímos y en los textos que leemos.

10. Ejemplos de discursos en el ámbito jurídico

Ejemplos de discursos en un ámbito jurídico son los que pronuncian los parlamentarios en las cámaras, los propios de los abogados y los fiscales en los pleitos en los que hay fase oral (sobre todo, en aquellos en que la fase oral es relevante). También tienen forma de discurso los escritos jurídicos, especialmente las sentencias de los jueces y los dictámenes de los abogados.

11. Las partes canónicas del discurso

En la retórica general (esto es, no específicamente jurídica) se tiene como establecidas las partes de todo discurso persuasivo. Tales partes son:

- 1) El exordio o proemio, que, a modo de introducción, trata de poner al auditorio en contacto con el asunto del dis-

curso y, normalmente, atraer su atención, así como su benevolencia hacia el orador.

- 2) La narración o exposición de los hechos, cuya función es informar al auditorio del asunto, normalmente un problema sobre el que hay que decidir.
- 3) La propuesta de una tesis o solución al problema, que conviene sea claramente enunciada.
- 4) La argumentación que apoya la citada tesis, y que en el derecho pivota alrededor de las pruebas. Dentro de la argumentación, hay que distinguir la positiva y la negativa. La primera aporta razones a favor de la tesis que se mantiene; la segunda, en contra de los argumentos opuestos y de la tesis o tesis contrarias. A esta segunda faceta se la denomina “confutación”.
- 5) La peroración o conclusión, en la cual se resumen con toda claridad los aspectos anteriores haciendo hincapié en la tesis defendida y en los argumentos más fuertes.

12. La función de la argumentación en los discursos jurídicos

Este esquema es perfectamente aplicable a los discursos jurídicos, tales como el del abogado o el fiscal al tomar la palabra en una vista oral, o el del juez o tribunal al emitir la sentencia. Lo peculiar del discurso jurídico es que los hechos han de ser jurídicamente relevantes, y las razones que se esgriman han de pertenecer a los tópicos admitidos en el ámbito jurídico correspondiente.

En la argumentación jurídica cabe todo género de razones: políticas, sociales, económicas, morales, pedagógicas, religiosas, humanitarias, idealistas, realistas, escépticas, etc. En la argumentación jurídica –podría decirse con un punto de exageración– cabe todo. Otra cosa distinta es si los argumentos son eficaces. Un argumento es eficaz cuando convence al auditorio. Por lo tanto, la eficacia de un argumento no depende prioritariamente de que sea –o le parezca al orador– un “buen argumento”, sino de que se lo parezca a los componentes del

auditorio. La argumentación se produce dentro de un contexto comunicacional que viene determinado por factores múltiples, muchas veces difíciles de imaginar (no digamos, de averiguar): situación comunicacional, composición personal del auditorio, caldeamiento del asunto por los medios de comunicación social, personalidad del orador, etc., etc.

Cada ámbito jurídico tiene una tradición, más o menos consolidada, de modos de razonamiento aceptables. Lo podemos denominar “patrimonio” o “acervo argumentativo propio del ámbito jurídico”. Esta es una realidad evidente a la que hay que prestar más atención que la que se le presta, pues una teoría de la argumentación excesivamente generalizadora choca con la realidad de la pluralidad de modos efectivos de razonar en cada ámbito jurídico. Aquí, como en tantas otras cuestiones, no sobra hacer un recorrido por el derecho comparado. Ni se interpretan los textos jurídicos, ni se argumenta en las decisiones de igual manera en el derecho continental europeo, en el derecho anglosajón, en el derecho de inspiración musulmana, o en el derecho de muchas comunidades africanas. En este asunto de la argumentación, sucede algo similar a lo que pasa en materia de fuentes del derecho.

La teoría del derecho se encuentra aquí con la dificultad de que cada ámbito jurídico tiene sus propias fuentes del derecho, que, en la terminología de la TCD, está formado por las diversas modalidades de decisiones jurídicas creadoras de texto ordinamental. Es evidente que, en esta materia, los diversos ordenamientos jurídicos tienen sus propios sistemas de fuentes. Desde luego, estos sistemas de fuentes no son inamovibles y, de hecho, cambian a lo largo del tiempo, incluso a veces aceptando influencias de otros sistemas. En la argumentación e interpretación pasa lo mismo dentro de cada ámbito jurídico. No se pueden extrapolar a todos los ámbitos jurídicos que han existido o que existen los conocimientos que sobre interpretación y argumentación se tengan en relación con un ámbito jurídico determinado. Lo único que la teoría del derecho puede hacer es presentar un esquema muy general y, si quiere ir más allá, una teorización de uno o dos ámbitos jurídicos, como ejemplos concretos de una realidad multiforme y compleja.

Actualmente existe una tendencia a ver en la teoría de la argumentación jurídica el bálsamo de Fierabrás curativo de todas las dificultades a la hora de fundamentar las decisiones en el derecho. La cuestión no es nueva, sin embargo. Se solapa con la más tradicional del “método jurídico” en la ciencia del derecho y en la actividad judicial. Hay que decir que este problema no tiene solución definitiva, sino solo “aproximativa”. Las propuestas son múltiples y casi todas entran dentro de “lo razonable”, pero en las decisiones humanas (y las jurídicas lo son), al final hay un punto de arbitrio, de determinación personal, de subjetivismo, de voluntarismo, o como se lo quiera llamar, que hace inviable la pretensión de racionalizar completamente la fundamentación decisional e investirla con el manto de la objetividad absoluta y de la imparcialidad pura. No hay tal cosa.

13. La preparación de los discursos jurídicos: las tareas del orador

Con un sentido pragmático, y simplificando las cosas, puede afirmarse que para una buena argumentación jurídica por parte de un abogado se precisan estas cosas:

- 1) Saber derecho; lo que quiere decir: estar familiarizado con los textos jurídicos vigentes, y con la doctrina explicativa de los mismos, así como con los desarrollos jurisprudenciales consiguientes.
- 2) Conocer los modelos predominantes de razonamiento en el ámbito jurídico en el que se trabaja; esto implica estar familiarizado con los modos interpretativos y argumentativos de los tribunales de jerarquía superior en el ámbito correspondiente.
- 3) Ser capaz de usar argumentos varios, si el asunto lo permite, para fundamentar la propia petición, argumentos que pueden ser –como ya he señalado– del más diverso género; eso obliga al abogado a tener una amplia cultura, de manera que pueda hacer comprender al tribunal que juzga de los antecedentes y consecuencias de la causa, o sea, de su contexto político, social, económico, cultural.

Gregorio
Robles Morchón

Rubén Alberto
Duarte Cuadros

EDITORES

36

APORTES

A LA TEORÍA
COMUNICACIONAL
DEL DERECHO (TCD),
FILOSOFÍA DEL DERECHO
Y TEORÍA JURÍDICA

Gregorio
Robles Morchón

37

COMUNICACIÓN,
RETÓRICA Y
ARGUMENTACIÓN
EN EL DERECHO

A estas cualidades o disposiciones hay que añadir, en el caso de los jueces, una cuarta: la firme voluntad de hacer justicia de acuerdo con las pautas exigidas y permitidas por el sistema jurídico. Esta última cualidad no depende solo de los conocimientos “técnicos”, sino sobre todo del sentido de la justicia y de la honradez y valentía para llevarla a buen puerto. No hay que olvidar que el derecho es un instrumento, un medio, no una finalidad en sí misma.

En la retórica clásica se especifican los pasos que todo orador o escribiente de un discurso debe preparar para que el discurso sea retóricamente correcto: Dichos pasos son: la *inventio*, la *dispositio*, la *elocutio*, la *memoria* y la *actio* o *pronuntiatio*. La *inventio* consiste en hallar los lugares comunes o tópicos –datos, razonamientos de diversos tipos, textos autorizados– que se van a emplear en el discurso para sostener la tesis. No se trata en principio de inventar nada, sino de encontrar, pensando, los puntos que el locutor ha de desarrollar en el discurso. En el terreno jurídico los alemanes suelen emplear la expresión *Rechtsfindung*, que puede traducirse por “hallazgo del derecho”, puesto que en la *inventio* jurídica uno de los datos –quizás el más significativo– que hay que tener en cuenta para componer el discurso es el dato de los textos jurídicos vigentes, aplicables al caso. En la *inventio* jurídica también se trata de tomar nota de un elenco de criterios o principios de razonamiento que, aunque no tengan su sede en el derecho vigente, puedan reforzar la posición del orador.

Una vez que se tiene la lista de lugares que se ha de manejar en el discurso, el orador ha de ordenarlos adecuadamente para que el discurso tenga coherencia. Es el momento de la *dispositio*, la cual consiste en colocar datos, hechos y argumentos de tal modo que no solo estén ordenados, sino que, además, adquieran la mayor fuerza retórica posible. Así, por ejemplo, la opinión dominante en este punto entre los teóricos de la retórica es que, en cuanto a los argumentos, es conveniente empezar por los fuertes, dejar para en medio los más débiles, y acabar con argumentos también fuertes. De esta forma, se persigue impactar al auditorio al principio, para llamar su aten-

ción con fuerza, e impactarlo al final, para que no se le olvide la relevancia de lo argüido.

La *elocutio* tiene por finalidad elegir las palabras adecuadas y conocer su pronunciación precisa. Supone, en definitiva, el manejo preciso del vocabulario propio de la materia o especialidad a la que pertenece el discurso. En la *elocutio* jurídica es obvio que se trata de que el orador maneje adecuadamente los términos propios del derecho, tanto de la teoría del derecho como de la dogmática jurídica en general, así como, sobre todo, las palabras que se usan en el derecho vigente: leyes y sentencias de los jueces que, en buena parte, coincidirán con las usadas por la doctrina de los autores.

El momento de la *memoria* tiene lugar cuando ya se poseen los “lugares” que se van a aducir, el orden y las palabras. Memorizar supone hacer el esfuerzo necesario para que en la mente del orador se graven todos estos aspectos. La memoria en el orador es un elemento tan decisivo y clave como puede serlo la elección de los *topoi* y la ordenación o disposición de los mismos.

Por último, la *actio* o *pronuntiatio* representa el momento de la verdad para el orador: es cuando realiza de hecho en el acto del discurso todo lo que ha preparado, y ha de hacerlo con el esquema antes señalado: *exordio*, exposición o *narratio*, argumentación o *probatio*, y conclusión. Importante es la actitud del orador, su convencimiento interno respecto de lo que dice, su postura y su lenguaje corporal. La *actio* es la representación comunicacional del discurso ante un auditorio, su *performance* y, por eso, el orador ha de adaptarlo con su actitud, sus palabras y su manera de estar a la composición personal de dicho auditorio.

Conclusión

He esbozado aquí algunas ideas elementales sobre la relación entre derecho, comunicación y argumentación. Tres palabras

Gregorio
Robles Morchón

Rubén Alberto
Duarte Cuadros

EDITORES

38

APORTES

A LA TEORÍA
COMUNICACIONAL
DEL DERECHO (TCD),
FILOSOFÍA DEL DERECHO
Y TEORÍA JURÍDICA

Gregorio
Robles Morchón

39

COMUNICACIÓN,
RETÓRICA Y
ARGUMENTACIÓN
EN EL DERECHO

que adquieren su pleno sentido en el marco de la TCD, tanto de la teoría comunicacional de la dogmática jurídica como de la teoría comunicacional de las decisiones jurídicas. En este breve trabajo me he referido más que nada a este último aspecto.

Referencias

Robles, G. (2015). *Teoría del Derecho – Fundamentos de Teoría Comunicacional del Derecho*. Dos volúmenes. Navarra, España: Ed. Civitas.

Robles, G. (2019). *Retórica para Juristas*. Santiago-Chile: Olejnik.

Gregorio
Robles Morchón

Rubén Alberto
Duarte Cuadros

EDITORES

40

APORTES

A LA TEORÍA
COMUNICACIONAL
DEL DERECHO (TCD),
FILOSOFÍA DEL DERECHO
Y TEORÍA JURÍDICA

Liliana
Ortiz
Bolaños¹

LA TEORÍA Y EL CONCEPTO DE NORMA JURÍDICA EN LA TEORÍA COMUNICACIONAL DEL DERECHO. UN ESTUDIO DE TEORÍAS RIVALES

Introducción

El estatuto epistémico de la ciencia del derecho ha sufrido grandes cambios especialmente en los conceptos de norma jurídica, teoría jurídica y concepto de derecho. De ello dan cuenta las múltiples teorías que han atravesado las distintas épocas históricas (positivismo, naturalismo, principialismo, constitucionalismo). La revisión epistémica contemporánea de esos cambios resulta necesaria, con el fin de continuar la consolidación del marco teórico del derecho. La teoría comunicacional del derecho (en adelante, TCD), planteada por Gregorio Robles, se ha encargado de revisar algunos concep-

¹ Doctora en Derecho. Profesora del Departamento de Ciencia Política y Jurídica e investigadora del grupo de investigación Instituciones Jurídicas y Desarrollo IJUD de la Pontificia Universidad Javeriana de Cali.



tos que hacen parte de ese estatuto epistemológico. Por esta razón, se pretende evaluar algunos elementos de la teoría de la norma jurídica, inmersos en la TCD, frente al reto que representan otras teorías contemporáneas que se han ocupado del mismo tema. El objetivo principal es identificar el lugar epistémico de la TCD en el debate contemporáneo en que se encuentran presentes teorías rivales, en referencia al concepto de teoría. Los subtemas son: caracterización de la TCD como teoría de la norma jurídica; identificación de las teorías contemporáneas en el debate sobre la teoría de la norma jurídica; comparación de la TCD, respecto de otras teorías contemporáneas. Se pretende un estudio preliminar que permita el ingreso posterior a un estudio más acentuado en las teorías rivales.

Gregorio
Robles Morchón

Rubén Alberto
Duarte Cuadros

EDITORES

42

1. Epistemología general, teorías rivales y la teoría comunicacional del derecho

Thomas Kuhn (2013) afirmaba que las teorías requieren revisión continua y que unas pueden ser reemplazadas por otras, si se requiere un cambio de paradigma. En términos generales, las teorías pueden responder a un contexto histórico afín a las interpretaciones de la época y responder a exigencias científicas variadas. Algunas teorías sirven para lograr una mejor comprensión del mundo y, frente a este gran problema, se bifurcan planteando múltiples teorías rivales, con lo cual se genera una gran complejidad epistémica. La teoría del derecho se ha visto involucrada en enormes problemas conceptuales, en los que se reconocen tanto separaciones como cercanías. La teoría del derecho se ha ocupado de algunos temas, como la relación entre derecho y moral; la revisión de la dicotomía principios y reglas; y la búsqueda de la cercanía entre positivismo y naturalismo (Sucar, 2008). Todos aquellos elementos que pueden generar controversia al interior de una teoría pueden sustentarse bajo la condición de comprender que cada una de ellas debe responder a un método y a una comprobación racional y razonable (Aarnio, 1991). La ciencia se estructura bajo

muchas teorías rivales que responden a la fuerza de sus argumentos para sobrevivir (Sankey, 1991).

Este planeamiento permite valorar la transformación del concepto de teoría del derecho, y en su interior, el de norma jurídica, gracias a la formación contemporánea de teorías que se enfrentan, pero que, a la vez, conducen al nacimiento de nuevos conceptos para la comprensión del derecho. Bajo esta preocupación, se encuentra la necesidad de identificación epistémica propia para el derecho. En la época contemporánea, esta tarea puede ser vigilada por la teoría hermenéutica, que debe encargarse de explicar el concepto de teoría del derecho y de norma jurídica, desde la idea de comprensión e interpretación de textos, bajo el método de integración de sentido (Schuster, 2011).

Hoy, y desde los planteamientos epistémicos y hermenéuticos, la teoría del derecho ha logrado modificar algunos conceptos tradicionales sobre los que debe extenderse la construcción razonable (comprensión) del concepto de norma jurídica, unida inevitablemente al concepto de "lo jurídico". Por ello, los procesos de comprensión pasan por mirar al interior del derecho, que en general establece generosas aportaciones epistémicas útiles y cercanas a las teorías de la construcción de razones, con un matiz universalizable, generado por la integración de razones (MacCormick, 2009). En este proceso constructivo, se ha encontrado que la revisión epistémica y hermenéutica realizada en la TCD fija algunos conceptos del derecho que merecen ser comprendidos más allá de los tradicionales e in-comunicados elementos de la norma.

La teoría del derecho no puede comprenderse aislada del concepto de norma jurídica. Al respecto, y en una reconstrucción histórica de los dos conceptos, Larenz (1994), un tópico epistémico en estos temas, aproxima el concepto de norma jurídica a la condición de enunciados lingüísticos en términos de una crítica a los imperativos normativos. Ello significa que, para un autor referente en dar semillas epistémicas, como Larenz, es preciso suministrar una pauta epistemológica que sirva de guía para posteriores acercamientos a la teoría de la norma

Liliana
Ortiz Bolaños

43

LA TEORÍA Y EL
CONCEPTO DE NORMA
JURÍDICA EN LA TEORÍA
COMUNICACIONAL DEL
DERECHO. UN ESTUDIO
DE TEORÍAS RIVALES

APORTES
A LA TEORÍA
COMUNICACIONAL
DEL DERECHO (TCD),
FILOSOFÍA DEL DERECHO
Y TEORÍA JURÍDICA

jurídica, como la planteada por la TCD². En los últimos años, se ha situado como un lugar común considerar que comprender el concepto del derecho tiene relación con la idea hermenéutica de “desocultar” aquello que se encuentra en el fondo de las normas. Conceptos que tienen apariencia de ser fácilmente comprendidos, no lo son tanto, como el concepto de sistema, el de ordenamiento, el de institución, bajo los que se han construido grandes teorías del derecho (Teubner, 2002; Rosell, 2008; Sucar, 2008; Robles, 2017)³.

No basta acudir a un diccionario jurídico para salir de dudas frente a la pregunta por el sistema o el ordenamiento jurídico. Es imperativo ingresar en un mundo mucho más complejo, que un diccionario, para comprender la estructura ontológica y epistemológica de la ciencia del derecho (García, 2000). Una de las teorías que se ha encargado de pensar sobre estos conceptos, en un escenario ontológico y epistemológico, es la TCD, que ha

Gregorio
Robles Morchón

Rubén Alberto
Duarte Cuadros

EDITORES

44

APORTES

A LA TEORÍA
COMUNICACIONAL
DEL DERECHO (TCD),
FILOSOFÍA DEL DERECHO
Y TEORÍA JURÍDICA

2 Larenz, en *Metodología para la Ciencia del Derecho*, que vio la luz en idioma alemán en el año 1979. El autor presenta un recorrido histórico por las diferentes teorías del derecho, en una incursión histórica-interpretativa, que da lugar a la selección de épocas cronológicas, entendiéndolas como cambios paradigmáticos en la ciencia del derecho. Adopta un modelo descriptivo, sin dejar de ser crítico, respecto a los aportes de las diferentes escuelas del derecho, especialmente en el aspecto controversial de la teoría de la norma jurídica, a la que dedica un capítulo especial, proponiendo su propia perspectiva. Avanza desde la metodología alemana de Savigny, Ahern Windscheid, Bentham y Austin, hasta Bierling, Kirchmann, Heck y Kelsen. Igualmente, analiza la desviación del positivismo de la filosofía del derecho de la primera mitad del siglo XX, determinándola como una “renovación de la filosofía del derecho alemana”. Comienza el siglo XX con Stammler, cuya filosofía se caracterizó por un “apartamiento del positivismo”, con el fin de acercarse a la historicidad del derecho y derecho natural. Explica que a comienzos de los años veinte, el movimiento procedente del neokantianismo alcanzó su punto más álgido con Binder, Lask, Radbruch, Marx Ernest Mayer, Emge y Laun. Finalmente, se prolongó con el neohegelismo (Kínder, Schonfeld, Dulckheit). Al lado de él surgió, en los años veinte, una nueva dirección: la fenomenología (Reinch, G. Husserl, Wells). Larenz titula su capítulo V como: “empeños metódicos actuales”, para referirse a la posibilidad de existencia de múltiples formas de comprender el derecho y sus cambios paradigmáticos. En la última parte del libro, explica la aparición de “nuevos planteamientos, como, por ejemplo, el modo de pensar tópico. Seguido, anuncia la discusión sobre el pensamiento subsuntivo, y “la propensión de la jurisprudencia de los tribunales a la justicia para el caso concreto” (p.141).

3 Gregorio Robles, en la *Revista Derecho & Sociedad*, de marzo, 2017, afirma al respecto que “Rechtsfindung es una palabra que sugiere que el derecho es algo que está escondido, algo que no es fácilmente accesible, algo que precisa esfuerzo, como cuando el cazador va en busca de su presa y la encuentra. Encontrar el derecho es siempre una aventura, pequeña o grande, depende de a qué nos enfrentemos. Esta es probablemente una de las razones por las que los buenos juristas viven el derecho como una aventura apasionante”. (p.100).

integrado el concepto de teoría del derecho y de norma jurídica en una teoría con aspectos inseparables, pero diferenciados, que, en principio, y bajo otras, se verían como aislados (Sucar, 2008). Pensar los elementos conceptuales de la teoría de la norma jurídica en clave de un ambiente hermenéutico implica construirla desde la teoría del significado que exige pensar desde múltiples interpretaciones. Además, integrar el papel de la teoría en esta construcción. Este es el escenario que la TCD plantea para elaborar la teoría del derecho y de la norma en el mundo del texto. Este mundo del texto jurídico necesita diferenciarse de cualquier otro mundo textual. La visión que tiene la TCD del ordenamiento jurídico y de la norma, permite formular una evaluación sobre la creación de un nuevo concepto de norma jurídica dentro de una teoría del derecho y dar juicios sobre lo jurídico. Ello permite una valoración frente al concepto de derecho implantado por otros paradigmas contemporáneos que, asimismo, se han encargado de construir nuevos perfiles del concepto (Robles, 2012).

La TCD explica que una teoría del derecho puede ser entendida desde tres perspectivas: metafísica, positivista y hermenéutico/análitica (Robles, 2009). En esta investigación se tomará esta última como un ejercicio metalingüístico desde el que es posible evaluar y ubicar de forma particular una teoría del derecho, y dentro de ella, la de la norma jurídica. Este interés se explica por la elaboración teórica sobrevenida por el fracaso de positivismo tradicional y el arribo del giro lingüístico y del giro hermenéutico en la filosofía (Robles, 2009, p.55). Varios académicos han estudiado la obra de Gregorio Robles, desde disímiles reflexiones que explican los avances inscritos en la teoría del derecho. En este sentido, a pie de página se mencionan algunas contribuciones relacionadas directamente con el tema.

A título de ejemplo, se puede acceder a los argumentos que presenta Monar García, en un inaugural texto en el que se propone dar los primeros pasos para una crítica a la obra de Robles, al interpretar el libro *Introducción a la teoría del derecho*, en el que califica como “nuevas” las bases de la TCD, desde una lectura filosófica (Monar García, 1995, p.174). Al mismo tiempo, propone

Liliana
Ortiz Bolaños

45

LA TEORÍA Y EL
CONCEPTO DE NORMA
JURÍDICA EN LA TEORÍA
COMUNICACIONAL DEL
DERECHO. UN ESTUDIO
DE TEORÍAS RIVALES

una discusión emergente entre la analítica y la hermenéutica, teorías en las que se encuentra inserta la TCD (Monar García, 1995, pp. 178 y 179). Más allá, Monar García (1995) incluye la teoría del derecho de Robles dentro del postpositivismo; incluso formula la siguiente pregunta: “¿en qué medida y de qué forma recoge el nuevo «paradigma» que describe Robles lo expuesto por los anteriores?” (Monar, 1995, p. 179). Discute, precisamente, sobre el nombre que debería llevar la TCD.

Por su parte, Téllez (1995) realiza una crítica a la TCD desde la valoración de los métodos que usa. Para ello, dedica un lugar al método descriptivo–epistemológico, al interior de la teoría del derecho, desde una perspectiva integradora y superadora (Téllez, 1995, p. 354). Explica cómo ese papel superador de la TCD allana la crítica a la iusfilosofía tradicional. Explica la importancia y utilidad del método que usa la TCD, calificándolo como el punto de partida para una teoría del derecho y, finalmente, se refiere al dilema teoría del derecho y justicia que se vislumbra en la teoría de Robles (Téllez, 1995, p. 361).

Adicionalmente, adelanta que el problema del método y del método jurídico constituye un elemento esencial como tema epistemológico al interior de la TCD (Téllez, 1995, p. 302). Avanza, entre otros temas, en el análisis de la reconsideración de los conceptos de derecho natural y de derecho positivo a la luz del método descriptivo–epistemológico y del método hermenéutico analítico (Téllez, 1995, pp. 305-309). También se ha ubicado a la TCD como teoría trídica del derecho dentro del postpositivismo (Albert, 2018, p. 297). Desde otra perspectiva, Rubén Duarte (2018) presenta los aportes dados por Charles Sanders Peirce a partir del pragmatismo y desde la postulación de la teoría semiótica en la que se prevén los usos del lenguaje y los confronta con la TCD (Duarte, 2018, p. 159). Esto, para señalar algunos de los múltiples estudios realizados a la TCD.

La TCD plantea que la construcción de un discurso sobre teoría de la norma jurídica, desde la edificación de un lenguaje ontológico y epistemológico, puede dar lugar a una comprensión integral de la ciencia del derecho. En otras palabras, la genera-

ción de conceptos colindantes al interior de la teoría del derecho, como sistema, ordenamiento y dogmática jurídica, son el respaldo para comprender el concepto de derecho y de norma jurídica desde un aspecto funcional. Estos pueden articularse desde la construcción de una teoría del derecho que reconozca estancos conceptuales, pero que, al mismo tiempo, permita un diálogo significativo entre ellos, siempre ubicándolos al interior de lo “jurídico”. La interrelación entre estos elementos admite asignar a la teoría del derecho el papel de unificación en la interpretación, comprensión y aplicación del derecho. La TCD se ha ubicado como un modelo heterogéneo de la teoría de la norma jurídica, dentro de los tres tradicionales: “a) el modelo propio de la concepción homogénea de las normas jurídicas; b) el modelo que supone un tránsito hacia la concepción heterogénea; c) el modelo heterogéneo; y d) el modelo heterogéneo de la TCD”. El primero está representado por el “primer Kelsen”; el segundo, por el “segundo Kelsen”; el tercero, por Hart; el cuarto, por la TCD” (Robles, 2017, pp. 101 y 102)⁴.

4 Además, Robles, Gregorio y Ortiz Bolaños, Liliana (2018). “Comunicación, Lenguaje y Derecho. Contribuciones a la Teoría Comunicacional del Derecho”. Coordinadores: Editorial Aranzadi. Navarra (España). Albert Márquez, José J. (2018) “Perspectivas metodológicas en la Teoría comunicacional del Derecho”. En: Liliana Ortiz Bolaños y Gregorio Robles, *Comunicación, Lenguaje y Derecho. Contribuciones a la Teoría comunicacional del Derecho*. Pontificia Universidad Javeriana / Cali – Ed. Aranzadi. Cizur Menor (Navarra), pp. 297-314. Alvear Téllez, Julio (1995). “La noción de Teoría del Derecho en el pensamiento de Gregorio Robles”. En: *Derecho y Modernidad. Anuario de Filosofía Jurídica y Social*, Santiago de Chile. Cebeira Moro, Ana (2000). “El concepto de norma jurídica en la Teoría Comunicacional del Derecho”. En: *Ciencia Tomista*, tomo 127, núm. 413. Salamanca, Sept-Dic. Duarte Cuadros, Rubén Alberto (2018). “Influencias filosóficas en la Teoría comunicacional del Derecho a partir de la Pragmática de Peirce”. En: Liliana Ortiz Bolaños y Gregorio Robles, *Comunicación, Lenguaje y Derecho. Contribuciones a la Teoría comunicacional del Derecho*. Pontificia Universidad Javeriana / Cali – Ed. Aranzadi. Cizur Menor (Navarra), pp. 159-178. Fariñas Dulce, M^a José (1983). *Recensión del libro de G.R., Epistemología y Derecho*. Debate. Madrid 1982. en: *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense*. López Bello, Héctor (2011). “Derecho, lenguaje y comprensión: la dimensión hermenéutica del texto jurídico”. En: AAVV, *Teoría Comunicacional do Direito*, pp. 169-192. Medina Morales, Diego (2018). “Epistemología y Teoría comunicacional del Derecho: Un esfuerzo metodológico. La Teoría comunicacional del Derecho de Gregorio Robles”. En: Liliana Ortiz Bolaños y Gregorio Robles, *Comunicación, Lenguaje y Derecho. Contribuciones a la Teoría comunicacional del Derecho*. Aranzadi – Pontificia Universidad Javeriana Cali. Cizur Menor (Navarra), pp. 55-70. Ortiz Bolaños, Liliana (2018). “Epistemología y Hermenéutica en la Teoría comunicacional del Derecho”. En: Liliana Ortiz Bolaños y Gregorio Robles, *Comunicación, Lenguaje y Derecho. Contribuciones a la Teoría comunicacional del Derecho*. Aranzadi – Pontificia Universidad Javeriana Cali. Cizur Menor (Navarra), pp. 71-91. Sánchez Díaz, Félix F. (2013). “El debate sobre la Teoría Comunicacional del Derecho”. En: *Revista de Direito Tributário*, 117. Malheiros Editores. Sao Paulo, pp. 32-70. Sánchez Hidalgo, Adolfo Jorge (2019). *Epistemología y Metodología Jurídica*. Tirant lo Blanch.

Gregorio Robles Morchón

Rubén Alberto Duarte Cuadros

EDITORES

46

APORTES

A LA TEORÍA COMUNICACIONAL DEL DERECHO (TCD), FILOSOFÍA DEL DERECHO Y TEORÍA JURÍDICA

Liliana Ortiz Bolaños

47

LA TEORÍA Y EL CONCEPTO DE NORMA JURÍDICA EN LA TEORÍA COMUNICACIONAL DEL DERECHO. UN ESTUDIO DE TEORÍAS RIVALES

Dentro de este último, la TCD ha sustentado una teoría de las normas jurídicas sobre la base de dos criterios: la función de cada tipo de norma y su configuración lingüística: funcionalidad y lingüisticidad. Propone un modelo centrado en la división básica entre normas indirectas de la acción y normas directas de la acción. Las normas indirectas regulan las fuentes, el espacio, el tiempo, los sujetos y las competencias; las directas regulan las acciones, los poderes y los deberes jurídicos. De este postulado, la TCD deriva que el significado de cada una depende del verbo que se use. De esta delimitación funcional del concepto de norma jurídica, materializada por sus verbos, surge la idea de buscar elementos epistémicos y hermenéuticos, que dan significado a esa inicial clasificación. Esta diferenciación de verbos le permite a la TCD el fin ulterior de establecer qué novedades conceptuales deben cumplir las normas jurídicas. Por ello, la pregunta para esta reflexión es la que se plantea a continuación, apoyada en tres elementos epistémicos que darán luz sobre los interrogantes presentados. Estos elementos epistémicos son: el uso de dicotomías, la ubicación conceptual y el uso de razones (Deleuze y Guattari, 2006). El lugar epistémico se construye a partir de la evaluación de los anteriores elementos presentes en la TCD, que funcionan como un metalenguaje frente a su tratamiento en otras teorías rivales o próximas (Echeverry, 2003; Sankey, 1991). De esta manera, la pregunta que guía este documento es: ¿qué lugar ocupa la teoría en la TCD en el debate contemporáneo sobre la norma jurídica?

(cont. nota 4) Valencia. Santos Arnaiz, José Antonio (2018). "Sobre el método hermenéutico-analítico. Una discusión sobre la parte jurídico-dogmática de la Teoría comunicacional del Derecho". En: *Ordenamiento y Sistema en el Derecho*. Director: Diego Medina. Tirant lo Blanch. Valencia, pp. 165-173. Santos Arnaiz, José Antonio (2018). "Presupuestos hermenéuticos de la Teoría comunicacional del Derecho de Gregorio Robles". En: Liliانا Ortiz Bolaños y Gregorio Robles, *Comunicación, Lenguaje y Derecho. Contribuciones a la Teoría comunicacional del Derecho*. Aranzadi – Pontificia Universidad Javeriana Cali. Cizur Menor (Navarra), pp. 93-116. Sterling Casas, Juan Pablo (2018). "La Hermenéutica en la Teoría comunicacional del Derecho: positivismo jurídico y Teoría de textos". En: *Ordenamiento y Sistema en el Derecho*. Director: Diego Medina. Tirant lo Blanch. Valencia, pp. 219-246. Sterling Casas, Juan Pablo (2018). "Teoría comunicacional del Derecho y Hermenéutica: Surgimiento y evolución de la relación". En: Liliانا Ortiz Bolaños y Gregorio Robles, *Comunicación, Lenguaje y Derecho. Contribuciones a la Teoría comunicacional del Derecho*. Pontificia Universidad Javeriana Cali – Aranzadi. Cizur Menor (Navarra), pp. 117-140.

2. Ubicación epistémica de la teoría comunicacional

Plantear interrogantes sobre las condiciones epistémicas de una teoría sugiere pensar en varias perspectivas, por ejemplo: si la teoría determina ¿en qué mundo epistémico debe ubicarse el concepto de teoría del derecho? ¿Cómo la teoría del derecho debe comunicarse? ¿Qué elementos sustanciales deben componer la teoría del derecho, y con ella, de la norma jurídica? Estos interrogantes han sido planteados y, a la vez, han encontrado algunas respuestas en la TCD. Esta teoría esboza elementos que se articulan bajo el nombre "teoría del derecho y de la norma jurídica". En detalle, destaca la distinción entre ordenamiento jurídico y sistema jurídico; igualmente, entre dogmática jurídica y teoría del derecho. Estos mundos se acoplan bajo el rótulo de una hermenéutica como método para determinar una estructura ontológica y, a la vez, epistémica (el mundo en el que debe habitar el derecho y que integra el concepto de derecho).

Para la revisión de un paradigma, y para abordar un nuevo concepto de derecho, el procedimiento científico debe transitar por la ubicación histórica de la propia teoría y, al tiempo, ponerla en un sitio desde dónde evaluarla. Ello se realiza de forma analógica frente a otras teorías contemporáneas, que pueden ser rivales o próximas (Sankey, 1991). De esta manera, si tomamos un elemento de los anunciados por la TCD, como el mundo de la norma jurídica, y lo ponemos en condiciones de ser revisado, desde la teoría y desde la teoría del derecho, es posible comprender la armonía o disparidad frente a otras teorías que plantean similares interrogantes. En este caso, se puede revisar las teorías de Brian Bix (2006)⁵, Aleksander Peczenik (1999)⁶, Scott Shapiro (2014)⁷, Brian Leiter (2012)⁸ y Joseph Raz (1991)⁹, que pueden coincidir o no con la TCD.

5 Algunos textos de Bix, Brian (1993). *Teoría del Derecho: propósitos y tipos* ISO-NOMÍA No. 25. (1995), *Questions in Legal Interpretation*, en Andrei Marmor (ed.), Law and Interpretation, Oxford, Clarendon Press, pp. 137-154. (1998). *Law, Language and Legal Determinacy*. Philosophical Quarterly 48 (192):404-406 (1999).

6 Algunos textos de Peczenik, Aleksander (1970). *Essays in legal theory*; Kobenhavn Nyt fra Samfundsvidenskaberne, eksp: DBK. (2001), *A Theory of Legal Doctrine*. Ratio Juris

Gregorio
Robles Morchón

Rubén Alberto
Duarte Cuadros

EDITORES

48

APORTES

A LA TEORÍA
COMUNICACIONAL
DEL DERECHO (TCD),
FILOSOFÍA DEL DERECHO
Y TEORÍA JURÍDICA

Liliana
Ortiz Bolaños

49

LA TEORÍA Y EL
CONCEPTO DE NORMA
JURÍDICA EN LA TEORÍA
COMUNICACIONAL DEL
DERECHO. UN ESTUDIO
DE TEORÍAS RIVALES

Por ejemplo, Bix (2006) insinúa ver el concepto del derecho y de teoría jurídica desde un análisis conceptual de la verdad. Plantea el interrogante sobre por qué estudiar el concepto en lugar de estudiar la “cosa misma”. Este planteamiento definitivamente podría ser trazado por un empirista y, a partir de este vértice, preguntar sobre el mundo que corresponde al derecho, ¿puede ser el social? o el de la moral, y, desde ahí, construir su propia epistemología (Bix, 2006, p. 172). Sin embargo, antes de afrontar una teoría sociológica sobre el derecho, o cualquier otro tipo de teoría sobre la ubicación del derecho, es necesario plantear primero el mismo concepto de derecho, así como su ontología, en referencia a la teoría del derecho (Bix, 2006, p. 172). Bix sostiene que para realizar un planteamiento sobre qué es el derecho, en términos de formación conceptual, sea

lo primero buscar, dentro del proceso epistémico, un metalenguaje; es decir, un lenguaje que hable de otro lenguaje (podría decirse, es necesario plantear una teoría). Esto implica, como afirma Bix, ir por los raíles de su propio lenguaje, descartando, por ejemplo, preguntar sobre unas instituciones en particular, como “acerca de los orígenes históricos del razonamiento jurídico en el sistema jurídico inglés, etc.” (Bix, 2006, p. 172). En este ejemplo, encontramos no un metalenguaje, sino un lenguaje. Esta manera de pensar sobre cómo acceder al conocimiento del derecho no tiene nada que ver con una investigación empírica comparable, o con una investigación sobre “modelos de observación” y análisis estadístico, ni con una teoría social que requiere de ellos (Bix, 2006, p. 172). Bix deja por sentado que el lugar del procedimiento para hacer un concepto de derecho se encuentra en otro lugar.

Por diferente camino, la opción de Joseph Raz conduce a esgrimir que un concepto de derecho está basado sobre percepciones y autoconocimiento de los individuos. Este autoconocimiento, a su vez, puede reflejar las prácticas sociales que ayudan a construir las instituciones sociales. Esta versión del positivismo, en confluencia con las razones excluyentes, niega que la naturalización del derecho sea compatible con los compromisos centrales del positivismo (Raz, 1991). Desde esta génesis, vemos cuán difícil es lograr una articulación sobre cómo abordar el concepto de derecho y de teoría del derecho y, finalmente, cuál es el papel de la teoría. Este planteamiento conduce a otro elemento epistémico, relacionado con la ubicación de la TCD, frente a las teorías contemporáneas, o en palabras de Bix (2006), “el concepto contemporáneo de derecho es diferente del de algunas generaciones o siglos pasados” (p. 174). Esta visión, a su vez, genera la pregunta acerca de la cantidad de conceptos de derecho, que no son homogéneos, en esta aparente confusión sobre la necesidad de buscar elementos metalingüísticos que puedan apoyar un concepto de teoría del derecho y de buscar, a su vez, el concepto de teoría. Dadas las teorías que hemos elegido como referentes, se tomará como pilares epistémicos el uso de las dicotomías, para la ubicación e identificación de las teorías.

Gregorio Robles Morchón

Rubén Alberto Duarte Cuadros

EDITORES

50

APORTES

A LA TEORÍA COMUNICACIONAL DEL DERECHO (TCD), FILOSOFÍA DEL DERECHO Y TEORÍA JURÍDICA

(cont. nota 6) 14 (1):75-105. Hage, Jaap y Peczenik, Aleksander. (1995). *Argumentation in ethics, legal dogmatics and legal practice*. *Argumentation* 9 (5):747-756. (1998). *A coherence theory of juristic knowledge*. In Aulis Aarnio (ed.), *On Coherence Theory of Law*. Distribution, Akademibokhandeln I Lund. pp. 7-16. (2000) *Law, Morals and Defeasibility*. *Ratio Juris*, Vol. 13, September 2000.

7 Shapiro, Scott. Otros textos de Shapiro, Scott. (2000). *Law, morality, and the guidance of conduct*. *Legal Theory* 6 (2):127-170. (2002). *Law, plans, and practical reason*. *Legal Theory* 8 (4):387-441. (2007). *How rules affect practical reasoning*. En Bruno Verbeek (ed.), *Reasons and Intentions*. Ashgate. (2011). *Legality*. Harvard University Press. (2017) Plunkett, David y Shapiro, Scott. *Law, Morality, and Everything Else: General Jurisprudence as a Branch of Metanormative Inquiry*. *Ethics* 128 (1), 37-68.

8 Algunos textos, de Leiter, Brian. (2004). *The End of Empire: Dworkin and Jurisprudence in the 21st Century*. U of Texas Law, Public Law Research Paper No. 70. Available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=598265>. (2005). *Beyond the Hart/Dworkin Debate: The Methodology Problem in Jurisprudence*. U of Texas Law, Public Law Research Paper No. 34. Available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=312781>. (2005). *The Hermeneutics of Suspicion: Recovering Marx, Nietzsche, and Freud*. U of Texas Law, Public Law Research Paper No. 72. Available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=691002> (2007). *Explaining Theoretical Disagreement*. August 3, 2007. U of Texas Law, Public Law Research Paper No. 124. Available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=1004768> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.1004768>. (2009). *Why Legal Positivism?* Diciembre, 10, 2009. U of Chicago, Public Law Working. Available at SSRN: <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.1521761>. (2013). Langitnais, Alex and Leiter, Brian. *The Methodology of Legal Philosophy*. Septiembre 6, 2013. H. Cappelen, T. Gendler, y J. Hawthorne (eds.), *Oxford Handbook of Philosophical Methodology*; U of Chicago, Public Law Working Paper No. 407. Available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=2167498>

9 Algunos textos de Raz, Joseph. (1970). *The Concept of a Legal System*. Oxford, Clarendon Press. (1975). *Practical Reason and Norms*. Hutchinson. (1979). *The Authority of Law: Essays on Law and Morality*. Oxford University Press. (1999). *Engaging Reason: On the Theory of Value and Action*. Oxford, UK: Oxford University Press. (2001) *Reasoning with Rules*. *Current Legal Problems*, Vol. 54, pp. 1-18. (2005). *The Myth of Instrumental Rationality*. *Journal of Ethics and Social Philosophy* 1 (1):28. (2009). *Reasons: Practical and adaptive*. En David Sobel y Steven Wall (eds.), *Reasons for Action*. Cambridge University Press.

Liliana Ortiz Bolaños

51

LA TEORÍA Y EL CONCEPTO DE NORMA JURÍDICA EN LA TEORÍA COMUNICACIONAL DEL DERECHO. UN ESTUDIO DE TEORÍAS RIVALES

El proceso de ubicación epistemológica de una teoría exige enfrentarse a dicotomías que se encuentran en mundos paralelos. Bix (2006) contempla esta posibilidad epistémica al cuestionar el concepto de norma jurídica dentro de la teoría del derecho (p. 174). Este desafío se ve ilustrado en la confrontación derecho positivo vs. derecho natural. Bix señala que la relación entre positivismo/naturalismo tiene correspondencia con la idea de particularismo y universalismo, ya anunciada por Kant, pero retomada posteriormente por las teorías contemporáneas de la argumentación, especialmente, por MacCormick (2009). Los eventos particulares tendrían que resultar afectados por lo universal, por ejemplo, por la moral. Esta es una nueva visión del concepto del derecho y de teoría del derecho (Bix, 2006, p. 185). Ello conduce a la creación de nuevas teorías al interior de la teoría del derecho, como la teoría de la norma jurídica, que afronta la dicotomía entre normativización vs. descripción. Más allá, y en un cambio paradigmático, Bix (2006) señala que en un punto más elevado que las dicotomías “parece inevitable un análisis del derecho como una actividad que suministra razones” (p. 185). Las razones tendrían una esfera de apoyo en la filosofía del derecho. En relación con este planteamiento, la TCD acerca sus rasgos a la utilidad de la teoría en la construcción de una teoría de la norma jurídica, que no se ve en Bix. En este último, los problemas son enviados a un metalenguaje sin un referente apropiado.

El aspecto metalingüístico permite acercarse, a su vez, a la relación entre derecho y filosofía. Shapiro asume que esta conexión, tradicionalmente, se ha dividido en dos áreas: “la normativa y la analítica”. Desde esta perspectiva, puede evaluarse si la TCD obedece a una perspectiva analítica o normativa, o si, en otro caso, reúne las dos. Según Shapiro (2014), “la teoría normativa del derecho se ocupa de los fundamentos morales del derecho, mientras que la analítica examina sus fundamentos metafísicos” (p. 26). La teoría normativa consiste en una interpretación y crítica moral. Por ejemplo, “Los teóricos del derecho [...] intentan ofrecer una explicación de la lógica o los fundamentos morales concretos del derecho vigente” (Shapiro, 2014, p. 26). En el mundo material, se ocuparía de “¿Por qué nuestro derecho penal castiga a los delincuentes? ¿Lo hace

para disuadirlos de que comentan delitos o para rehabilitarlos?” (Shapiro, 2014, pp. 26 y 27).

Una dicotomía entre lo normativo y lo analítico conduce a una generación de un concepto nuevo, atado a un sistema moral que se vincula con una condición estructural del derecho y, con ello, a un concepto de norma jurídica (Shapiro, 2014, p. 26). Shapiro (2014) se afilia a la teoría analítica, en donde la ontología del derecho vendría de la mano de aquello que no se ocupa de la moral. Más bien, “analiza la naturaleza del derecho y las entidades jurídicas, y su objeto de estudio” (p. 27). Entre otros aspectos, la teoría del derecho, según Shapiro (2014), abarca los sistemas jurídicos, las leyes, las reglas, los derechos, la autoridad, la validez, la obligación, la interpretación, la soberanía, los tribunales, entre otros (p. 27)¹⁰. Esta concepción implica una ampliación del espectro de lo jurídico, respecto a las teorías tradicionales. Con ello se explica que es el derecho el que debe encargarse de su propia condición epistémica. En este punto, coincide con el planteamiento de la TCD, pero esta avanza encontrando un mundo para la moral.

Ubicar el mundo del derecho también implica establecer qué clase de objeto es el derecho. Al respecto, Alexander Peczenik (1999) inicia su teoría de la argumentación jurídica, bajo el sustento de una ontología propia para el derecho: dónde existe el derecho y cómo:

Una de las cuestiones centrales de la ontología del derecho es la de si las reglas jurídicas existen de alguna manera. Los participantes en las prácticas jurídicas creen, obviamente, que hay un sistema jurídico y que ciertas reglas pertenecen a ese sistema. (p. 25)

El interrogante es si el derecho puede existir, de alguna manera, más allá de alguna creencia. Según Peczenik (1999), la respuesta puede provenir del concepto del derecho como

10 Ídem. p. 27.

Gregorio
Robles Morchón

Rubén Alberto
Duarte Cuadros

EDITORES

52

APORTES

A LA TEORÍA
COMUNICACIONAL
DEL DERECHO (TCD),
FILOSOFÍA DEL DERECHO
Y TEORÍA JURÍDICA

Liliana
Ortiz Bolaños

53

LA TEORÍA Y EL
CONCEPTO DE NORMA
JURÍDICA EN LA TEORÍA
COMUNICACIONAL DEL
DERECHO. UN ESTUDIO
DE TEORÍAS RIVALES

superveniente a partir de las creencias, preferencias, acciones, disposiciones y los artefactos humanos (p. 26). Peczenik aborda el concepto del derecho, tras un análisis de la teoría del “derecho convencionalista-institucionalista (CI)”. Esta teoría explica cómo cosas inmateriales, como las reglas y los principios, pueden existir (p. 26).

A este planteamiento le agrega la teoría de la coherencia como parte de una teoría de todo, incluyendo el derecho (p. 26). Por consiguiente, y en beneficio de la conservación del título de lo “jurídico”, debe valorarse la teoría de la coherencia, dado que “el derecho existe como una reconstrucción racional basada, entre otros, en el derecho de acuerdo con la teoría CI, y la moral personal del sujeto que conduce la reconstrucción” (p. 27). Se puede ir más lejos, y anunciar que esa “mezcla de entidades convencionales e institucionales” produce la ontología del derecho, según prevé Peczenik (p. 33). Este es un aspecto que se suma a la conciencia de la construcción del concepto de lo jurídico. Una idea de comprensión del sistema al interior del mismo sistema; aspecto que coincide con la TCD.

Una vez se explica el concepto de derecho en esos términos, debe complementarse con el concepto de “doctrina jurídica” (DJ), que, según plantea Peczenik (1999), “consiste en escritos jurídicos profesionales cuya misión es la de sistematizar e interpretar el derecho válido. La DJ ordena el derecho bajo principios de largo alcance” (p. 33). Además, para construir una teoría del derecho, es necesario obtener exigencias de “consistencia y comprensividad” (p. 33). Pensar en comprensividad significa evaluar la corrección de una teoría en tanto “combinación con otras opiniones que se sostienen” (p. 35). Desde este aspecto, una buena teoría sobre el derecho “es esa parte de la teoría más coherente de todo que se ocupa de los contenidos y la naturaleza del derecho” (p. 35). Igualmente, se debe incluir teorías sobre “moralidad” y “filosofía política”, adicionando la materialización de “las soluciones jurídicas para los casos concretos, y con muchas más cosas” (p. 35). Los esfuerzos de la doctrina jurídica son parte de este intento comprensivo de armonización, con miras a crear una teoría

lo más completa posible (p. 36). La teoría es el adhesivo que cohesionan los aspectos jurídicos.

Este concepto de DJ está unido al concepto de la necesidad de dar razones en cualquier construcción teórica y, al mismo tiempo, es expresión de cómo ellas justifican el cambio o la renovación de unas teorías por otras. Pero, el dar razones tiene unas condiciones: las razones estarían contenidas no en un “juicio jurídico personal”, sino en uno realizado “interpersonalmente” y justificado bajo un esfuerzo de tener conocimiento, y “no solo creencias”, que se materializan en un “derecho correcto, mejor interpretado, y no solo basado en mi opinión jurídica” (p. 36). Este cambio de una razón subjetiva a una buena razón interpersonal se justifica solamente en un ambiente epistémico, dejando de lado la lógica (p. 39). Esta compleja red de articulaciones conceptuales que presenta la teoría de Peczenik corresponde a circunstancias “dialogales ideales”, en dicotomía con la vida real. Lo que sí es claro es que “la mejor teoría disponible del derecho evoluciona con el tiempo, y cambia el conjunto de creencias jurídicas que incorpora” (p. 39).

En el mismo sentido, en la justificación del cambio de una teoría, es posible que “una creencia que está justificada en un momento dado, porque es parte de la mejor teoría entonces disponible, puede devenir injustificada en un momento posterior, porque ya no es parte de la mejor teoría entonces disponible” (p. 39). Por ejemplo, por la necesidad de “eliminación de inconsistencias, por tomar información antigua en cuenta, o por la introducción de nueva información real” (pp. 41 y 42). Estos son algunos de los cambios que una teoría puede experimentar en el tránsito de una teoría a otra. Se ha visto que aquellos cambios que, poco a poco, se han ido refinando en la teoría del derecho y de la norma jurídica han fortalecido temas como el acercamiento entre la moral y el derecho, normativismo y descriptivismo, normativismo, entre otros. La teoría de Robles ingresa dentro de algunos de estos conceptos para derivar de ellos nuevos conceptos respecto a la teoría del derecho y la norma jurídica, al interior del derecho mismo, otorgando un lugar epistémico propio al derecho.

Gregorio
Robles Morchón

Rubén Alberto
Duarte Cuadros

EDITORES

54

APORTES

A LA TEORÍA
COMUNICACIONAL
DEL DERECHO (TCD),
FILOSOFÍA DEL DERECHO
Y TEORÍA JURÍDICA

Liliana
Ortiz Bolaños

55

LA TEORÍA Y EL
CONCEPTO DE NORMA
JURÍDICA EN LA TEORÍA
COMUNICACIONAL DEL
DERECHO. UN ESTUDIO
DE TEORÍAS RIVALES

Unido al anterior aspecto epistémico, se encuentra otro aspecto: la construcción de conceptos. Recientemente, Brian Leiter (2012), en su capítulo "Formas de naturalizar la teoría del derecho", que hace parte del libro *Naturalismo y teoría del derecho*, subraya la necesidad de preguntar ¿qué es realmente el concepto de derecho? (p. 175). Reconoce que una discusión sobre los conceptos no es muy frecuente; la discusión debería empezar sobre ¿qué es un concepto? (p. 176). Esta afirmación tiene relación con la confusión sobre "análisis de significados", cuestión que Leiter solventa bien con el llamado de atención que en su momento realizó Quine sobre significados. Fue consciente de que los filósofos no tenían ni idea sobre qué eran los "significados" y, por ello, desde ahí se comenzó a hablar de conceptos (p. 176).

Gregorio
Robles Morchón

Rubén Alberto
Duarte Cuadros

EDITORES

56

APORTES

A LA TEORÍA
COMUNICACIONAL
DEL DERECHO (TCD),
FILOSOFÍA DEL DERECHO
Y TEORÍA JURÍDICA

Leiter se atreve a delimitar la construcción de conceptos, planteando una cercanía de estos con las "actitudes proposicionales" (p. 176). Explica ese mundo proposicional como aquel en el que "los teóricos del derecho", cuando acuden "al concepto de derecho, apelan al objeto de un conjunto variado de actitudes proposicionales que tienen los que participan en el discurso jurídico" (p. 176). De este diseño se puede derivar que, si se tienen proposiciones, se pueden tener significados, pero encuentra que "los objetos no pueden ser recogidos, pesados, medidos y examinados" (p. 176). Posiblemente, el concepto de derecho tenga que ver con un contenido de "referente", más que de comprobación (p. 177).

El interrogante que puede plantearse deriva en la pregunta sobre cuál es el mundo referente: uno ideal, creado o uno físico. Por ello, Leiter establece una proximidad entre el discurso jurídico y el mundo real. Sin embargo, la inseguridad viene a flote en Leiter, dado que posiblemente no existe ninguna razón para creer que esta sea la única posibilidad. No obstante, se decanta por demostrar que pensar en términos de realidad, es un instrumento que ha tomado vuelo como herramienta entre los filósofos del derecho (p. 177). Esta posibilidad (la del mundo ideal o mundo empírico) abre el camino para realizar una contraposición entre el positivismo incluyente y excluyente, y arribar

a una conclusión según la cual, al parecer, el análisis conceptual ha fracasado en la comprobación a posteriori, y, en efecto, seguimos pensando que seguramente este tipo de comprobación debería funcionar mejor para la teoría del derecho (p. 188).

Por tanto, debemos elegir un método que se corresponda con esta deficiencia: "si un análisis conceptual debe ser preferido a otros, debe ser porque proporciona teorías del derecho e instituciones jurídicas que se muestran exitosas *a posteriori*" (p. 188). Un buen argumento conceptual sería aquel que en la investigación *a posteriori* "ofrece la mejor explicación de cómo funciona el mundo" (p. 189). Significa que una valoración conceptual se relaciona, de alguna manera, como momento epistémico con la evaluación conceptual en la realidad donde se materializa. La TCD inserta el concepto de significado al interior del concepto de lo jurídico. Con ello, se tiene certeza sobre la identificación ontológica del significado.

Podríamos adelantar que un modelo conceptual necesita, a su vez, de un modelo de dar y recibir razones. Por ello, es necesario buscar una buena teoría sobre el concepto de razón y pensar en cómo esta tiene implicación en la construcción de una teoría del derecho. Según Joseph Raz (1991), las razones funcionan como razones para la acción, en tanto son razones excluyentes. Se imponen como deben hacerlo, basadas en la fuerza de la autoridad, y su experiencia en el "debe" se centra en dar sentido y motivación para la conducta de los ciudadanos a quienes se dirige (pp. 90 y 91). Bajo una norma "puede subyacer una razón completa o varias razones parciales que, en relación con otras normas, forman la razón completa sea como norma de mandato, permisiva o que confiera poderes" (pp. 90 y 91). Si bien se trata de un modelo destinado a pensar el concepto de norma jurídica, puede traducirse en un elemento pertinente para la construcción de una teoría, a través de una construcción de conceptos.

De manera sustancial, según Raz, las razones pueden vivir en un mundo de conflictos. Estos conflictos, a su vez, pueden ser parciales o generales, dado que una razón puede cancelar a otra,

Liliana
Ortiz Bolaños

57

LA TEORÍA Y EL
CONCEPTO DE NORMA
JURÍDICA EN LA TEORÍA
COMUNICACIONAL DEL
DERECHO. UN ESTUDIO
DE TEORÍAS RIVALES

pero no anularla. Presenta un estatuto procedimental en caso de conflicto entre razones, forzando a realizar un balance de razones, del cual queda como resultado la victoria de una razón sobre otra, pero sin descartarlas, más bien forzando que una sea apoyo de otra: queda una "razón de primer orden y la otra, de segundo, siendo la de primer orden la adecuada para conseguir el propósito y la segunda como alternativa para su logro" (p. 91). Ilustrando mejor, se tendría una razón excluyente, como una acción que tiene un compromiso, una razón para no actuar. El estudio de las razones implica que se comprende en el fondo cómo está estructurado el derecho y el funcionamiento de los deberes, las facultades legales y las acciones que tienen una consecuencia jurídica y, además, su intersección con algunas teorías rivales (p. 92). Algunos de estos elementos epistémicos han sido planteados por la TCD. La obra prolífica de Robles le ha llevado por la ruta de una renovación epistémica en la consolidación del concepto de derecho y de norma jurídica, a través de la teoría del derecho, en donde relaciona la analítica y la hermenéutica, en una época de postpositivismo y postconstitucionalismo.

Gregorio
Robles Morchón

Rubén Alberto
Duarte Cuadros

EDITORES

58

APORTES

A LA TEORÍA
COMUNICACIONAL
DEL DERECHO (TCD),
FILOSOFÍA DEL DERECHO
Y TEORÍA JURÍDICA

3. Un lugar para la TCD

La TCD concibe el derecho como un sistema en continua comunicación, con un vértice centrado en el lenguaje, cuya función pragmática es organizar la convivencia humana, mediante la regulación de acciones (Robles, 2006, p 19). Otra forma de explicarlo es decir que el derecho es texto, "y cada ordenamiento es un texto generado por "actos de habla" a los que llamamos decisiones jurídicas" (p 19). Las decisiones, a su vez, generan textos en un proceso inacabado hasta que el ordenamiento, por la razón que sea, desaparezca (pp. 19 y 20). Las decisiones generan textos que se plasman en "unidades elementales", denominadas "normas jurídicas" (p. 20). En este punto, es cercana la articulación hermenéutica necesaria para la comprensión de textos, que tiene un lenguaje propio y común. Pensar en la ontología de las normas, significa ubicar el momento en que se ha generado un proceso hermenéutico de construcción, que se realiza "sobre el material bruto del ordenamiento".

El conjunto de normas forma el sistema jurídico, concepto paralelo, pero no identificable con el de ordenamiento, "puesto que el sistema es también producto de la reconstrucción hermenéutica del material bruto que es el ordenamiento" (p. 20). Con estos elementos puestos sobre la mesa, podemos agregar que la perspectiva epistémica del derecho, según la TCD, tiene lugar en un proceso interpretativo, que se realiza sobre "textos", y que tiene en gran medida una cercanía con la decisión tanto legislativa como judicial. El proceso interpretativo tiene relación con la comunicación que se genera entre textos (textos en sentido amplio del concepto), en un continuo paso entre la teoría analítica y la hermenéutica (p. 21).

La comunicación dará lugar a la creación de un significado propio del mundo jurídico. Cada vez que se adopta una nueva constitución, un nuevo ordenamiento, una nueva entidad jurídica, según plantea la TCD, se está más cerca de la generación de "nuevas decisiones" (p. 26). Las decisiones se generan al interior de un conjunto de razonamientos que se ubican en "decisiones intrasistémicas o intraordinamentales" (p. 27). A su vez, el conjunto de "decisiones intrasistémicas productoras de normas las ha llamado la doctrina jurídica tradicionalmente fuentes del derecho" (p. 27). La producción normativa realizada de esta manera "encubre la verdadera realidad de la producción normativa: el ser resultado de decisiones" (p. 27).

Las fuentes del derecho, según la TCD, tienen asiento en la generación interpretativa de todo el material normativo. Desde una lectura superficial, podría considerarse que la relación intrasistémica se trata de un concepto de derecho reduccionista, que no permite ingresar más información que la dada en los datos legislativos. Sin embargo, desde una lectura hermenéutica, es posible comprender que la expresión "intrasistémica" denota que el propio sistema jurídico (en sentido amplio) se sirve del ordenamiento, de la interpretación judicial y de la teoría, que conduce a múltiples significados, que incluso emergen del lugar más alejado al que puede llegar el intérprete: la teoría. La aclaración necesaria es que esta conceptualización se realiza al interior de "lo jurídico", y solamente, desde ámbito.

Liliana
Ortiz Bolaños

59

LA TEORÍA Y EL
CONCEPTO DE NORMA
JURÍDICA EN LA TEORÍA
COMUNICACIONAL DEL
DERECHO. UN ESTUDIO
DE TEORÍAS RIVALES

Por ello, un agregado a este material normativo es el “ordenamiento”, que se define como

el texto jurídico tal y como es generado por las autoridades, que son las que toman las decisiones jurídicas. Los distintos poderes, a partir del constituyente y siguiendo por los constituidos, generan un texto al que podemos llamar texto jurídico en bruto, o simplemente material jurídico. (Robles, 2006, p. 28)

En un proceso hermenéutico, el denominado

texto bruto es sometido a un proceso de refinamiento y reelaboración, generando un nuevo texto, que refleja al primero y, al mismo tiempo, lo completa. Este nuevo texto, o texto jurídico elaborado, no se produce directamente por la acción de las autoridades (poderes jurídicos), sino que es el resultado del trabajo de la dogmática jurídica. (Robles, 2006, p. 29)

En este punto se diferencia de las teorías arriba anunciadas, al dar materialización al metalenguaje y ubicarlo en el mundo jurídico, articulado teóricamente. Más allá del ordenamiento jurídico, se encuentra “el sistema jurídico”, que nuevamente en “conjunto viene expresado en un texto elaborado paralelo y mucho más completo y certero que el texto jurídico bruto. El sistema refleja y perfecciona el ordenamiento” (Robles, 2006, p. 29). La TCD permite el acento de aquello que ha denominado “construcción doctrinal”, y la construcción dogmática que se puede reconocer al interior del concepto de “teoría”. El conjunto de doctrina y teorías ayuda a dar vida jurídica a la norma aplicable al caso concreto, bajo la condición de que la doctrina puede iniciar su interpretación desde “el texto bruto del ordenamiento, pero que de ninguna manera se queda ahí” (p. 31). En este punto, la TCD otorga más funciones a las que tradicionalmente había tenido la teoría, al mencionar que un error en el positivismo es no haber tenido como base a la producción de los juristas dogmáticos, importantes en las decisiones judiciales: “No reconocer este papel auténticamente creador ha sido una de las deficiencias más notables de la teoría general del derecho inspirada por el positivismo” (p. 31).

Si el sistema es ayudado por la doctrina jurídica, entonces, la verdad jurídica, en tanto interpretación, se encuentra en el sistema, y no en el ordenamiento. Como parte del concepto de derecho y de teoría del derecho, el sistema también busca su perfección y va concluyendo su sentido por obra de la interpretación. Se trata de usar la teoría hermenéutica como un proceso de perfección (p. 32). En concreto, epistemológicamente, “[e]l sistema es la construcción del ordenamiento en lenguaje científico” (p. 33).

Un elemento más que se agrega a la estructura ontológica del derecho, es el concepto de “institución jurídica”. Otro producto de la denominada “dogmática” que se ha visto reflejado en “haber estructurado el derecho en unidades más amplias que las simples normas. El sistema que refleja un ordenamiento jurídico concreto es un sistema de instituciones” (p. 33). Las instituciones se inscriben en “el principio básico institucional”, a través del que se intenta “regular jurídicamente aspectos concretos de la realidad social” (p. 33).

Como respuesta ontológica, la TCD explica que existen tres conceptos que deben permanecer vinculados: sistema, norma y acción. Por ello, en el proceso hermenéutico, la norma jurídica y el sistema son consecuencia de una “reconstrucción hermenéutica” (p. 37). La norma se encuentra inmersa en el sistema, favoreciendo una interacción mutua, bajo una construcción “hermenéutico-analítica, teoría de los textos jurídicos y análisis del lenguaje de los juristas” (pp. 38 y 56). Por consiguiente, podría pensarse que la TCD encuentra un lugar epistémico en armonía con la filosofía del lenguaje y la semiótica. En esta última, se distinguen tres niveles de investigación: pragmática, semántica y sintaxis (p. 56). La pragmática, en tanto uso del lenguaje en la TCD, se denomina “teoría de las decisiones jurídicas”, siempre fijada en el contexto (pp. 56 y 57). Por su parte, la semántica equivale, en la TCD, “a la teoría de la ciencia jurídica, cuyo objeto es la interpretación/comprensión de un ordenamiento jurídico determinado” (Robles, 2016).

La decisión es el centro de comprensión de la TCD, cuyo objetivo es la creación de textos, más allá del ordenamiento jurídico,

Gregorio
Robles Morchón

Rubén Alberto
Duarte Cuadros

EDITORES

60

APORTES

A LA TEORÍA
COMUNICACIONAL
DEL DERECHO (TCD),
FILOSOFÍA DEL DERECHO
Y TEORÍA JURÍDICA

Liliana
Ortiz Bolaños

61

LA TEORÍA Y EL
CONCEPTO DE NORMA
JURÍDICA EN LA TEORÍA
COMUNICACIONAL DEL
DERECHO. UN ESTUDIO
DE TEORÍAS RIVALES

mediante un proceso de continua modificación desde sí mismo (lo jurídico). Este proceso se logra por el papel de la ciencia jurídica (dogmática jurídica) que, en la TCD, se debe distinguir de otras ciencias, como la sociología del derecho. Gracias a la semántica, el conjunto de instituciones configura el sistema jurídico, mediante su perfeccionamiento a casos particulares (p. 57). La sintaxis tiene por objeto investigar conceptos formales del lenguaje y de sus respectivas funciones.

Según la TCD, en términos generales, la sintaxis cobra vida sobre la semántica y la pragmática. Lo mismo sucede en el campo jurídico: primero aparecen las decisiones creadoras del texto (ordenamiento), después la construcción doctrinal de los significados (sistema), por último, el análisis formal o lógico-lingüístico de los elementos conceptuales básicos. Epistemológicamente, la teoría de la ciencia del derecho inicia con “la teoría de la decisión jurídica, después la teoría de la ciencia dogmática del derecho y, por último, la teoría formal del derecho” (p. 58). Dentro de este círculo grande, cada una de estas partes de la TCD se encuentran de forma correspondiente: en la decisión jurídica, en la institución jurídica y en la norma jurídica (p. 58). En este punto, la TCD da vida a la condición metalingüística que cubre todo conocimiento: la teoría.

La TCD se estructura en “círculos concéntricos, cada vez más estrechos” (p. 59). Como aspiración ontológica y hermenéutica, la TCD se inclina por la tesis que genera identidad propia de la teoría del derecho, a través de los conceptos jurídicos propios, contruidos por la ciencia del derecho y usados en las decisiones jurídicas. Otra forma de acercarse a la ontología del derecho es buscar el concepto de justicia. Para ello, la TCD describe un mundo en el que se encuentra la justicia, como “una ficción”, que se logra a través de un “poder constituyente perfecto”. Pero, claramente, esa realidad de la justicia no existe en el mundo físico. El método que inaugura el jurista sobre este aspecto es complejo, pues se le podría exigir al teórico que “realice el esfuerzo de imaginación muy notable: tiene que determinar, en primer lugar, las condiciones ideales del poder constituyente, para a continuación concretar y fundamentar

cómo sería el ideal de justicia que dicho poder defendería” (p. 62). El significado de justicia conduce a la identificación del mundo jurídico como jurídico.

En conclusión, si se considera que las decisiones políticas generan el “texto bruto” que llamamos ordenamiento jurídico, la doctrina tiene por objeto la construcción del sistema jurídico. A su vez, este conforma el “texto elaborado” a partir del ordenamiento, cuyas potencialidades semánticas se hacen explícitas, aclarando y perfeccionando sus contenidos. La TCD denomina “doctrina” al resultado intelectual que proponen los juristas dogmáticos, esto es, aquellos juristas cuyo cometido es exponer sistemáticamente la materia del derecho (p. 65). La doctrina general forma parte de la dogmática y va referida, por consiguiente, a un ordenamiento jurídico determinado, mientras que la teoría del derecho no toma como referencia un ordenamiento concreto, sino que se propone la investigación de todo derecho posible, esto es, de cualquier ordenamiento jurídico (p. 31).

4. La teoría comunicacional y las teorías rivales contemporáneas

Arriba se ha realizado un acercamiento particular a la teoría del derecho y, con ello, a la concreción del desafío sobre la norma jurídica. Por ejemplo, desde una teoría que parecería rival para la TCD, Shapiro ha ingresado la necesidad de pensar en la construcción de un sistema jurídico, que propone como una planificación de consenso, jerarquía e institucionalización de planes. A partir de esta postura, vislumbra la idea de las leyes como planes o normas similares a los planes, en un claro acercamiento al metalenguaje (Shapiro 2014). Junto a Shapiro, merece especial consideración Brian Bix (2006), que inserta la teoría del derecho y la norma jurídica en una construcción metalingüística de las teorías puramente descriptivas, analíticas o conceptuales, proponiendo una separación entre descripción y prescripción. Raz, por su parte, en su libro *Una discusión sobre la teoría del derecho*, explica la teoría del de-

Gregorio
Robles Morchón

Rubén Alberto
Duarte Cuadros

EDITORES

62

APORTES

A LA TEORÍA
COMUNICACIONAL
DEL DERECHO (TCD),
FILOSOFÍA DEL DERECHO
Y TEORÍA JURÍDICA

Liliana
Ortiz Bolaños

63

LA TEORÍA Y EL
CONCEPTO DE NORMA
JURÍDICA EN LA TEORÍA
COMUNICACIONAL DEL
DERECHO. UN ESTUDIO
DE TEORÍAS RIVALES

recho y, con ello, de norma jurídica, bajo un presupuesto de la “naturaleza del derecho”, e intenta abarcar la idea de concepto, en medio de una disertación también metalingüística (Raz, Alexy y Bulygin, 2007).

Para la TCD, la forma en que se expresa el derecho es el lenguaje (Robles, 2012). Los problemas planteados por la teoría contemporánea del derecho, en general, coinciden con el interés epistémico que plantea Robles en la TCD, en una mención ontológica, pero también epistemológica sobre el lugar del derecho: “con el derecho lo mejor que podemos hacer es “señalarlo”, “mostrarlo”, es decir indicar dónde se encuentra (Robles, 2012). Por ello, en un paso a paso se va pensando “los lugares” en que se encuentra el derecho, en el que se piensa en “una especie de *puzzle* tanto más complejo cuanto más avanzado sea el nivel de la civilización” (Robles, 2012, p.15; 2009). Se podría agregar aquí, cuanto más se haya avanzado teóricamente. Este lugar, además, tiene relación con la identificación del objeto de referencia que “es plural y multiforme” (Robles, 2012, 2006 y 2007). Como se afirmó, el problema que se ha planteado en esta reflexión es abordar la TCD con ayuda de los siguientes elementos epistémicos: dicotomías, relación con la ubicación conceptual y uso de razones, respecto al papel de la teoría.

En relación con las dicotomías, la TCD, en un primer momento epistémico, presenta varias de ellas, así: derecho/moral, realidad/derecho, sistema jurídico/ordenamiento. En referencia a la ubicación conceptual, más que nominalmente, la teoría del derecho tiene que ver con una “diversidad plural de ordenamientos jurídicos que han existido en la realidad humana, existen y existirán” (Robles, 2012, p. 15). Esta circunstancia explica la existencia de unos “ordenamientos jurídicos posibles”, al interior de un “ámbito jurídico” (p. 16). La TCD comprende como ámbito jurídico aquellos “procesos comunicativos que tienen como referencia directa a un ordenamiento jurídico determinado. Esto conduce a plantear dos cuestiones: ¿qué es un ordenamiento jurídico?, segunda, ¿en qué sentido se relaciona el ámbito con el ordenamiento?” (p. 17).

La TCD se inclina por una visión pragmática, relacionada con “*el análisis del lenguaje de los juristas*”. Al parecer, el uso que los juristas hacen de la expresión “*ordenamiento jurídico*” ni se reduce exclusivamente a los derechos estatales ni se amplía hasta cubrir todos los grupos sociales. Los juristas reservan dicha expresión para realidades sociales organizadas muy concretas: “los Estados; la sociedad internacional; las organizaciones internacionales, como la Unión Europea, o las comunidades religiosas, como la Iglesia católica” (p. 18). Aquí se tendría dibujado, en un esquema general, el objeto de la teoría del derecho en una identificación necesaria y propia para el derecho. El ordenamiento jurídico es un conjunto de textos que se irán expandiendo por las decisiones e interpretaciones normativas o jurídicas, de las que emerge la justificación de significados (p. 21). Esa expansión obedece a la intervención de la interpretación, especialmente, de la teoría.

El ordenamiento, según la TCD, se comporta como eje central sobre el que circulan “todos los elementos que componen el ámbito jurídico”; debe aclararse que el ámbito es “diferente al ordenamiento, pero tiene su sentido y explicación en relación con él (p. 20). El ámbito jurídico está relacionado con la permanente acción comunicacional, que tiene lugar en relación con, o en referencia a, un ordenamiento jurídico determinado (pp. 20 y 21)¹¹. Por ello, todo ordenamiento jurídico tiene correlación con un ámbito, o con su propio ámbito, al interior de un espacio complejo. El ámbito expresa la idea de derecho y sustenta las formas posibles de interpretación jurídica. Ahora bien, para la TCD, la complejidad depende del tipo de sociedad, que se irá ampliando cada día (p. 21). Estos elementos, definitivamente,

11 Robles da importancia al proceso constituyente y al proceso de elaboración de las leyes, como un procedimiento sometido a un gran debate colectivo que implica un periodo constituyente. Forman parte del ámbito jurídico del ordenamiento que va a ver la luz, precisamente, a partir de que se apruebe la constitución. Es un sentido estricto no son derecho, no son parte directa del ordenamiento jurídico, pero sí forman la “atmósfera”, el “medio cultural”, en definitiva, el “medio comunicativo en el cual se están concretando las ideas que, a la postre, de un modo u otro, serán plasmadas en el texto constitucional. Los procesos legislativos conllevan fenómenos comunicacionales relevantes que, asimismo, forman parte de los que hemos llamado el ámbito jurídico. No son ordenamiento jurídico propiamente dicho, pero sí están en el marco de su formación efectiva” (pp. 20 y 21).

Gregorio
Robles Morchón

Rubén Alberto
Duarte Cuadros

EDITORES

64

APORTES

A LA TEORÍA
COMUNICACIONAL
DEL DERECHO (TCD),
FILOSOFÍA DEL DERECHO
Y TEORÍA JURÍDICA

Liliana
Ortiz Bolaños

65

LA TEORÍA Y EL
CONCEPTO DE NORMA
JURÍDICA EN LA TEORÍA
COMUNICACIONAL DEL
DERECHO. UN ESTUDIO
DE TEORÍAS RIVALES

tienen algo que ver en la construcción de la teoría de la norma jurídica. Para la TCD, la jurisprudencia de los tribunales cierra el ciclo productivo del texto ordinamental en su labor de concreción de cada caso y, por ello, en el derecho actual, en una función dicotómica ordenamiento/sistema, “el eje alrededor del cual giran la mayoría de los procesos de comunicación que se dan dentro de un ámbito jurídico” (p. 24).

En el concepto de ordenamiento, hay un punto de quiebre respecto a la teoría tradicional del derecho generado porque la TCD comprende el ordenamiento como objeto “dado”. Ello significa que constituye solamente un estanco del resto de elementos que conformarían el sentido del derecho. El ordenamiento corresponde al “texto global bruto”, sin un significado terminado (p. 24). Quien da significado al ordenamiento es el sistema jurídico que corresponde al “texto global elaborado”. Este cumple la labor de tomar como referencia el ordenamiento, completarlo y aclararlo “mediante el método científico-dogmático” (p. 24). Se trata de un acontecer en el tiempo y en el contexto de una tarea que consiste en ordenar de forma “sistemática, conceptualmente depurada y lo más completa posible la materia jurídica ordinamental” (p. 24). Para esta tarea es necesario contar con recursos epistémicos, como la comprensión, la interpretación, la sistematización y, por supuesto, la teoría, con el fin de “presentar el ordenamiento en su forma más acabada y perfeccionada” (p. 24).

En perspectiva hermenéutica, entre el ordenamiento y el sistema se logra tender una red de “procesos comunicativos muy intensos, tanto más intensos cuanto más desarrollada se encuentre la dogmática en el país del que se trate y cuanto mayor sea el nivel de formación intelectual de los juristas prácticos” (p. 24). Esta labor del sistema permite la comprensión del texto ordinamental para la toma de decisiones concretas (pp. 26 y 27). Una de las características que va descollando en la TCD es el carácter comunicacional racional y la necesidad imperiosa de contar con fuentes como la dogmática jurídica y la teoría jurídica. Tanto así que sin ellas un ordenamiento jurídico particular no tendría sentido, y finalmente no tendríamos derecho (p. 28).

De forma concomitante, y para dar significado al mundo jurídico, debe comprenderse que “el derecho no puede entenderse solo como un conjunto de textos, sino también como un conjunto de acciones que van referidas a dichos textos” (p. 29). Esta relación epistémica y hermenéutica es posible porque en la TCD “la acción no es una mera realidad física, carente de sentido, sino justo lo contrario, un sentido o significado que se adscribe a una realidad física” (p. 30). Se trata de un sentido unido a una dimensión de la intersubjetividad, en la que se reconoce la complejidad de los ámbitos jurídicos, bajo la idea de que debe existir un punto de partida que se explicita en el análisis de lenguaje, y de manera concreta en el de los juristas (pp. 113 y 114). Ahora bien, la TCD no solamente usa el análisis del lenguaje, siendo en este aspecto una derivación o continuación de la filosofía analítica, sino que también concibe el derecho como una realidad construida, para lo cual propone un modelo de acoplamiento hermenéutico o de significado, entre el ordenamiento, el sistema y la decisión judicial (p. 113).

El modelo analítico se dirige, principalmente, a la teoría de las normas jurídicas, que precisamente se van construyendo de manera paulatina en una articulación lingüística que se puede forjar por múltiples sentidos y “desde los significados profundos de los elementos proposicionales que forman parte necesariamente del derecho” (p. 113). Dado que las normas se materializan en acciones, la TCD precisa un modelo lingüísticamente heterogéneo, que tiene pistas de hermenéutico. Se trata de “un modelo de tipos de normas que, independientemente de que pueda ser criticado, completado o modificado, intenta dar respuesta a esa complejidad del objeto “derecho” (p. 114). El camino que parece más idóneo es el de atribuir un verbo característico a cada tipo de norma, y con ello, la heterogeneidad del modelo se manifiesta en los “constructos” que se insertan en el sistema, pero que responden a casos concretos, siguiendo la medida de una “plantilla”, un “mapa” o “modelo” que funciona sobre la base de conceptos y que se propone indicar “los tipos de normas jurídicas y sus relaciones recíprocas” (p. 114).

Gregorio
Robles Morchón

Rubén Alberto
Duarte Cuadros

EDITORES

66

APORTES

A LA TEORÍA
COMUNICACIONAL
DEL DERECHO (TCD),
FILOSOFÍA DEL DERECHO
Y TEORÍA JURÍDICA

Liliana
Ortiz Bolaños

67

LA TEORÍA Y EL
CONCEPTO DE NORMA
JURÍDICA EN LA TEORÍA
COMUNICACIONAL DEL
DERECHO. UN ESTUDIO
DE TEORÍAS RIVALES

Para responder a esa integralidad que busca la TCD, la elaboración y justificación de esta “plantilla”

es una tarea que corresponde a la teoría del derecho (o filosofía jurídica), cuya misión es suministrar al jurista dogmático (científico) y al jurista práctico (operador jurídico) esa guía que estos llenarían después en su labor interpretativa, los primeros, y en su labor interpretativa y aplicativa, los segundos. (p. 115)

Para ello, debe comprenderse, y este es uno de los planteamientos más arriesgados de la TCD, que la función de la teoría del derecho deba ubicar contenidos y significados. El modelo heterogéneo que propone la TCD tiene que ver con el uso de verbos directivos en la comprensión hermenéutico/analítica de la teoría de la norma, como un conjunto plural donde confluyen elementos lingüísticos epistémicos que se “combinan con las funciones intrasistémicas de las normas” (Robles, 2012, p. 115; 2017). Contar con verbos diferenciados al interior de las normas, permite que nazca el concepto de juridicidad y, a su vez, implica la no existencia de “algo así como la norma jurídica, sino normas jurídicas, en plural, que pertenecen a conjuntos normativos, siendo cada una de ellas un miembro del todo” (Robles, 2012, p. 116). Para la TCD, el deber jurídico ya no es “la esencia de toda norma jurídica, ni tampoco podremos afirmar que es el verbo caracterizador de la norma en general” (pp. 116 y 117), descartando la división ser-deber ser.

Esta manifestación del “deber jurídico” se relaciona con la acción, tal como se ha descrito al principio, por ello, genera necesariamente una sujeción o vínculo del sujeto con la comunidad y con la acción jurídica (p. 120). Sin embargo, la norma deóntica por sí misma no contempla “en qué consiste la acción a cuya realización obliga al destinatario. La acción viene establecida o constituida por una norma procedimental” (p. 121). Aquí se crea una relación hermenéutica entre la norma deóntica y la procedimental, con el fin de establecer el “tipo de acción”. La TCD se sumerge en el terreno de la acción, dando un lugar a la norma procedimental, en una nueva visión del derecho y de la norma, que implica establecer una cercanía

hermenéutica-epistémica entre la norma deóntica y la procedimental. Estas acciones incluyen una libertad para “realizar el acto o incluso una obligación de realizarlo” (p. 123).

Ese deber ser se compromete a algo, y con ello, “el resultado del incumplimiento de una norma deóntica es la infracción de la norma o del deber” (p. 124), que se materializa en el cumplimiento de un procedimiento, pero, en realidad, lo que se incumple es la norma deóntica. La tesis que defiende la TCD es esta: “Todas las normas deónticas, es decir, impositivas de deberes son condicionadas” (p. 125). Significa que el deber se cumple en un determinado contexto. Para alejarse de otros planteamientos sobre la relación entre supuesto de hecho y sanción, como elementos de la norma jurídica, Robles señala que la explicación del verbo “deber es jurídico cuando ha sido impuesto por una norma perteneciente a un sistema jurídico, y no cuando hay otra norma que impone la sanción para el caso de su infracción” (p. 127).

Finalmente, en una articulación de sentido entre los operadores jurídicos, la teoría y la sociedad, el ordenamiento jurídico como texto bruto que debe interpretarse y el ámbito jurídico “no pueden equipararse simplemente al ordenamiento jurídico correspondiente, sino que implica un conjunto heterogéneo de procesos comunicativos tanto más variados y complejos cuanto mayor sea el grado de civilización de la sociedad” (p. 143). Este planteamiento corresponde al tercer elemento epistémico que se ha usado en esta investigación: la construcción de razones. La construcción de razones ayuda al proceso comunicacional y a la ubicación epistemológica del derecho, además, tiene relación directa con las funciones de la dogmática jurídica.

Por esta característica de verter su labor en un objeto histórico individual, y no general y abstracto, se ha dicho que la dogmática jurídica es una “ciencia ideográfica” (p. 154). La TCD avanza en conceptos sobre dogmática jurídica, como “el reflejo de las palabras, que utiliza el texto ordinamental, debidamente depuradas en su significado, y en ocasiones debidamente corregidas, por ejemplo, por atender al sentido profundo de lo

Gregorio
Robles Morchón

Rubén Alberto
Duarte Cuadros

EDITORES

68

APORTES

A LA TEORÍA
COMUNICACIONAL
DEL DERECHO (TCD),
FILOSOFÍA DEL DERECHO
Y TEORÍA JURÍDICA

Liliana
Ortiz Bolaños

69

LA TEORÍA Y EL
CONCEPTO DE NORMA
JURÍDICA EN LA TEORÍA
COMUNICACIONAL DEL
DERECHO. UN ESTUDIO
DE TEORÍAS RIVALES

que en la legislación tiene superficialmente otra apariencia” (p. 154). Se trata de una relación entre ordenamiento y sistema, esto es, entre el trabajo del “legislador”, el del jurista y el dogmático (científico). Sin duda, es una relación compleja y del máximo interés, ya que constituye el centro comunicacional que permite comprender cómo funcionan los ámbitos jurídicos de las sociedades avanzadas (p. 159). Por ello, “el texto elaborado que es el sistema, es una idea construida por la teoría del derecho para entender mejor el funcionamiento de los ámbitos jurídicos” (p. 161). Y, a partir de ello, derivar un concepto hermenéutico integral de la norma jurídica.

Una prueba del espacio hermenéutico en la TCD es la relación estrecha entre ordenamiento y sistema. El sistema se encarga de aclarar, explicar, conceptualizar, completar, de forma sistemática, el ordenamiento y se ayuda de las diferentes doctrinas jurídicas, que, a su vez, deben recibir afirmación de parte del poder judicial (p. 161). Se da, pues, una cercanía conceptual hermenéutica y analítica entre ordenamiento, sistema, y decisión judicial, que da espacio a poner en un lugar privilegiado a la teorización de los conceptos (Robles, 2012). El lugar privilegiado se entiende como la inclusión epistémica del objeto de la teoría del derecho.

El objeto de la teoría del derecho no es, pues, una realidad existente (entendiendo por tal la que tiene realidad empírica), sino una realidad ideal para cuya teorización, sin embargo, se precisa tener ante los ojos las realidades empíricas, esto es, los ordenamientos jurídicos que han existido como vigentes o que tiene vigencia actualmente. (p.182)

En este lugar podría vivir la norma jurídica bajo la necesidad de ser comprendida e interpretada, a la luz de los elementos epistémicos ya señalados. Y esta conclusión es el agregado diferente que particulariza la TCD, a diferencia de otras teorías rivales contemporáneas ya señaladas.

La identificación y evaluación sobre el lugar epistémico que ocupa una teoría tiene relación con la idea según la cual para es-

tablecer cómo se construye una teoría, se debe, a su vez, acudir al estudio de una metateoría que se encarga de preguntar por la forma como se realiza una selección racional entre teorías rivales. Sankey (2015) plantea que los procesos de racionalidad, igualmente, deben fundamentarse en fases de justificación, que deben dar cuenta de la objetividad en la formación del conocimiento científico y, a la par, de la verdad. Para encontrar sentido entre diferentes teorías y seleccionar entre las rivales las que se acercan más, o para descartar algunas, esta identificación se ha realizado desde el uso de la teoría hermenéutica en su papel epistemológico. La hermenéutica ha contribuido en dar pistas sobre cómo interpretar la relación de sentido entre intérprete y los textos, y cómo esa cercanía da luz a la cimentación de múltiples posibilidades de sentido que se van construyendo y que tienen lugar en el mundo del metalenguaje; un mundo que dice y explica algo sobre otros mundos concretos.

Una vez se identifican los elementos y características que contiene la TCD, de acuerdo con lo planteado en la primera parte de esta reflexión, se han valorado frente a teorías rivales o a teorías cercanas. El procedimiento ha consistido en interpretar cada una de las dicotomías que se han identificado al interior de las teorías elegidas, frente a la teoría comunicacional del derecho. Se notará que dentro de cada dicotomía se han encontrado las características particulares que formula cada teoría, las cuales se compararon con la teoría comunicacional. El paradigma de la filosofía postempirista explica esta relación entre filosofía hermenéutica y epistemología, desde el que se logra una nueva reflexión, sobre cómo se pueden acercar teorías enfrentadas, y cómo una desplaza a la otra, en tanto uso interpretativo del lenguaje (Schuster, 2011). Este puede ser el caso de la TCD, dado que el ejercicio comunicacional se inscribe bajo relaciones de dependencia entre unos y otros elementos epistémicos/hermenéuticos, que propone la TCD, como el concepto de ordenamiento, sistema, ámbito y norma jurídica (Robles y Ortiz, 2018). Posiblemente, el uso epistémico y hermenéutico del metalenguaje en la TCD logra el “objetivo de seleccionar entre teorías rivales, descartando unas sobre otras, y lo hace como un discurso de divergencia sobre la fun-

Gregorio
Robles Morchón

Rubén Alberto
Duarte Cuadros

EDITORES

70

APORTES

A LA TEORÍA
COMUNICACIONAL
DEL DERECHO (TCD),
FILOSOFÍA DEL DERECHO
Y TEORÍA JURÍDICA

Liliana
Ortiz Bolaños

71

LA TEORÍA Y EL
CONCEPTO DE NORMA
JURÍDICA EN LA TEORÍA
COMUNICACIONAL DEL
DERECHO. UN ESTUDIO
DE TEORÍAS RIVALES

damentación epistémica del derecho, con miras a alcanzar el conocimiento científico, que siempre ha estado ligado a dinámicas epistémicas diversas” (Robles y Ortiz, 2018).

Conclusión

En esta reflexión se ha buscado encontrar en la TCD elementos que respondan a las dicotomías que han planteado algunas teorías que pueden considerarse rivales de la TCD. Esta teoría ha logrado efectuar una construcción metalingüística en círculos hermenéuticos, desde los más amplios a los más detallados, en una relación comunicacional racional que resulta por la correlación conceptual entre los diferentes elementos que, según la TCD, llenan de sentido el derecho. La identificación y evaluación de unas teorías frente a sus rivales, pretende verificar cómo el uso de los elementos conceptuales consigue estructurar y componer espacios epistémicos que darán lugar al nacimiento de una teoría, en este caso la TCD, y cómo esta ha modificado las anteriores, y ha logrado construir un nuevo espacio en la comunidad científica. Esta condición solamente se verifica en y desde un mundo metalingüístico que ha provisto la TCD. La ampliación o reducción de la distancia entre textos opuestos o iguales, exige una interpretación, un desocultamiento, pero también una construcción cada vez más avanzada de sentido. Así, se verifica un nuevo despertar del concepto de teoría del derecho y, con ello, de norma jurídica, que acopla los textos y las acciones. La teoría es el pegamento que condiciona el sentido de derecho.

Referencias

- Alvear Téllez, J. (1995). La noción de teoría del derecho en el pensamiento de Gregorio Robles. En: *Derecho y Modernidad. Anuario de Filosofía Jurídica y Social*, Santiago de Chile.
- Duarte Cuadros, R. A. (2018). Influencias filosóficas en la Teoría comunicacional del Derecho a partir de la Pragmática de Peirce.

En Liliana Ortiz Bolaños y Gregorio Robles. *Comunicación, Lenguaje y Derecho. Contribuciones a la Teoría comunicacional del Derecho* (pp. 159-178). Cali: Pontificia Universidad Javeriana. Cizur Menor (Navarra): Ed. Aranzadi.

- Gadamer, H. G. (2012). *Verdad y Método*, 5a ed., trad. de Manuel Olasagasti. Salamanca: Sígueme.
- García, R. (2000). *El conocimiento en Construcción. De las formulaciones de Jean Piaget a la teoría de los sistemas complejos*. Barcelona: Gedisa.
- Márquez, José J. (2018). Perspectivas metodológicas en la teoría comunicacional del derecho. En: L. Ortiz Bolaños y G. Robles. *Comunicación, Lenguaje y Derecho. Contribuciones a la Teoría comunicacional del Derecho* (pp. 297-314). Cali: Pontificia Universidad Javeriana - Cizur Menor (Navarra): Ed. Aranzadi.
- Larenz, K. (1994). *Metodología de la ciencia del Derecho*. Barcelona: Ariel Derecho.
- Leiter, B. (2012). *Naturalismo y teoría del Derecho*, en José Juan Morero Mateos y Jordi Ferrer Beltrán (Coord.), trad. de Giovanni Battista Ratti. Madrid: Marcial Pons.
- Ortiz Bolaños, L. (2018). Epistemología y Hermenéutica en la Teoría comunicacional del Derecho. En Liliana Ortiz Bolaños y Gregorio Robles. *Comunicación, Lenguaje y Derecho. Contribuciones a la Teoría comunicacional del Derecho* (pp. 71- 91). Cali: Pontificia Universidad Javeriana. Cizur Menor (Navarra): Ed. Aranzadi.
- Raz, J., Alexy, R. y Bulygin, E. (2007). *Una discusión sobre la teoría del derecho*. Madrid: Marcial Pons.
- Raz, J. (1990). *Razón práctica y normas*. Madrid: Centro de estudios constitucionales.
- Robles, G. (2012). *Comunicación, lenguaje y derecho*. México: Fontamara.
- Robles, G. (2009). *La justicia en los juegos. Dos ensayos de teoría comunicacional del derecho*. Madrid: Trotta.
- Robles, G. (2006). *El derecho como texto. Cuatro estudios de teoría comunicacional del Derecho*. Segunda edición. Cizur Menor (Navarra): Thomson Civitas, Cuadernos Civitas.

Gregorio
Robles Morchón

Rubén Alberto
Duarte Cuadros

EDITORES

72

APORTES
A LA TEORÍA
COMUNICACIONAL
DEL DERECHO (TCD),
FILOSOFÍA DEL DERECHO
Y TEORÍA JURÍDICA

Liliana
Ortiz Bolaños

73

LA TEORÍA Y EL
CONCEPTO DE NORMA
JURÍDICA EN LA TEORÍA
COMUNICACIONAL DEL
DERECHO. UN ESTUDIO
DE TEORÍAS RIVALES

Robles, G. (2007). *Teoría de la dogmática jurídica. Pluralismo jurídico y relaciones intersistémicas. Ensayo de teoría comunicacional del Derecho*. Cizur Menor (Navarra): Thomson Civitas, Tratados y Manuales.

Robles, G. (2017). Sistema expositivo y sistema jurídico en la teoría comunicacional del Derecho. *Derecho y Sociedad*, (48), 93-112.

Rosell Traver, S. (2008). *La epistemología contemporánea entre filosofía y psicología*. *Límite*, 3(17), 53-76. Recuperado de <https://www.redalyc.org/pdf/836/83601703.pdf>

Sankey, H. (1991). Incommensurability, Translation and Understanding. *The Philosophical Quarterly*, 41(165), 414-426. Recuperado de <https://bdbib.javerianacali.edu.co:2366/stable/pdf/2220077.pdf?refreqid=search%3A190cd1a94d-6759988f49145f0209e4e6>.

Shapiro, S. (2014). *Legalidad*. Madrid: Marcial Pons.

Sucar, G. (2008). *Concepciones del Derecho y la Verdad Jurídica*. Madrid: Marcial Pons.

Teubner, G. (2002). El Derecho como sujeto epistemológico. Hacia una epistemología constructivista del Derecho, trad. de Carlos Gómez-Jara Díez. *Doxa*, (25), 533-571. Recuperado de <http://rua.ua.es/dspace/handle/10045/10152>.

Diego
Medina
Morales¹

EL PAPEL DE LA COSTUMBRE ANTE LA POSITIVIDAD DEL DERECHO MODERNO: LA COSTUMBRE EN LA TEORÍA COMUNICACIONAL DEL DERECHO

Las costumbres las hizo el tiempo con tanta paciencia y lentitud como ha hecho las montañas, y sólo el tiempo, trabajando un día y otro, las puede destruir. No se derriban los montes a bayonetazos.

PÉREZ GALDÓS, B.

I. Introducción: las fuentes de producción jurídica

1. Las fuentes de producción jurídica o, lo que podíamos denominar también, los orígenes de donde brota del derecho, han sido objeto de estudio en múltiples ocasiones; en consecuencia, existe una amplia multitud de elaboraciones doctrinales formuladas a lo largo de la historia del derecho, no favoreciendo ello el que este tema, de cara a perspectivas de innovación u ori-

¹ Catedrático de Filosofía del Derecho, Universidad de Córdoba, España.

Gregorio
Robles Morchón

Rubén Alberto
Duarte Cuadros

EDITORES

74

APORTES

A LA TEORÍA
COMUNICACIONAL
DEL DERECHO (TCD),
FILOSOFÍA DEL DERECHO
Y TEORÍA JURÍDICA



ginalidad en la investigación, en relación con la dogmática más sólidamente asentada, pueda aparecer, a simple vista, como un tema atractivo de abordar para el investigador del derecho. Poco parece que se pueda decir de novedoso a la vista de las numerosas elaboraciones existentes, algunas de las cuales son obra de autores tan reconocidos como D. José Castán Tobeñas. Castán (2013), en lo referente a este tema, sostiene que:

Es fuente, en sentido figurado, «la razón primitiva de cualquier idea o la causa generatriz o productora de un hecho» (Sánchez Román). Y como del derecho puede hablarse en tres acepciones (a saber: derecho como *facultad* o atribución de las personas: derecho como *norma* en una sociedad constituida, y derecho como conocimiento o *ciencia*), tres pueden ser los sentidos de la frase fuentes del derecho: 1.º, como *fuentes de los derechos* (subjettivos); 2.º, como *fuentes del derecho* (objetivo), y 3.º, como *fuentes de conocimiento del derecho*. (p. 17)

Atendiendo a tan acertados argumentos, podemos iniciar este trabajo presumiendo que al hablar de “fuentes del derecho” debemos entender que nos referimos al origen, germen o comienzo –es decir, a los modos o formas mediante los que se manifiestan y determinan– de los “instrumentos jurídicos” en una sociedad constituida, pero sin olvidar que también hay una implícita referencia a los textos o a cualquier otro preliminar que hayamos de consultar para adquirir conocimiento del derecho.

2. Como podemos percibir, cualquier referencia al concepto de fuentes en conexión al derecho hace imprescindible distinguir, mínimamente, entre las fuentes de producción jurídica y aquellas otras fuentes de conocimiento o información sobre el derecho. Las primeras serían las que propiamente producen las reglas jurídicas, mientras que las segundas, aunque de algún modo ayudan a contribuir a tal producción, puesto que favorecen su comprensión, explican y aclaran el ordenamiento jurídico; sin embargo, no les confieren a las reglas jurídicas existencia propiamente dicha. Como tiene dicho Arias Ramos (1986):

hay, pues, «fuentes de conocimiento» y «fuentes de producción». Estos dos conceptos no son incompatibles; las fuentes de elaboración, sobre todo si nos referimos con la expresión a los resultados en que se condensó la actividad de los organismos creadores de normas jurídicas en Roma, son también fuentes de conocimiento. (p. 14)²

3. Por su parte, el ilustre jurista catalán, y por catalán, también, consecuentemente, ilustre jurista español, Juan Berchmans Vallet de Goytisolo (2004) ha sostenido en sus trabajos que se advierten varios enfoques de los significados atribuidos a la locución «fuentes del derecho», de los cuales destaca:

- a) A la *causa última* del derecho, o sea a su *fundamento*. Éste permite enjuiciar la legitimación objetiva y validez de lo que se presenta como derecho. La analiza la filosofía del derecho, y acerca de la cuál disputan las diferentes concepciones filosóficas, como hemos visto en el capítulo anterior.
- b) A las *fuerzas productoras* de la norma de derecho positivo o a los *hechos jurídicos* que las engendran.
- c) A las *formas de conocimiento* de las normas alumbradas por aquellas fuerzas o en virtud de tales hechos. (p. 91)

Acto seguido, Vallet nos aclara que, por lo general, la doctrina moderna ha reducido el término de “fuentes del derecho” para referirse al segundo de tales significados. Anteriormente, antes de Savigny (dado que este autor es a quien se debe tal expresión), tal término no se había empleado nunca con este significado, y mantiene Vallet que no había sido utilizado en

2 En este mismo punto, señala Arias Ramos, para el Derecho Romano, como fuentes creadoras las siguientes: costumbre, leyes, plebiscitos, edictos de los magistrados, senadoconsultos, respuestas de los jurisconsultos y constituciones imperiales. Como todo sabio jurista puede reconocer, Arias Ramos sigue en esta enumeración a Gayo: “*Constant autem iura populi Romani ex legibus, plebiscitis, senatus consultis, constitutionibus principum, edictis eorum qui ius edicendi habent, responsis prudentium*”. Véase, también, Iglesias (1982, p.43). Como puede verse, la amplitud de fuentes creativas del derecho que, mientras que el “romanismo jurídico” pervivió, fueron aceptadas hace comprender que el monopolio legislativo al que hoy estamos sometidos en los Estados modernos no fue en origen el mecanismo de producción normativo y que la riqueza de elaboración de aquellas fuentes fue seguramente mucho más generosa que la actual, merced a la amplia participación de especialistas que intervenían en la generación de estas.

Gregorio Robles Morchón

Rubén Alberto Duarte Cuadros

EDITORES

76

APORTES

A LA TEORÍA COMUNICACIONAL DEL DERECHO (TCD), FILOSOFÍA DEL DERECHO Y TEORÍA JURÍDICA

Diego Medina Morales

77

EL PAPEL DE LA COSTUMBRE ANTE LA POSITIVIDAD DEL DERECHO MODERNO: LA COSTUMBRE EN LA TEORÍA COMUNICACIONAL DEL DERECHO

texto jurídico romano alguno, mientras que sí había sido utilizado, en sentido metafórico, para referirse al fundamento de todo derecho o como origen inmediato de las normas de derecho (Vallet, 2004, p. 92)³.

4. En la formulación conceptual moderna, las fuentes se identifican con la ley, la costumbre y los principios generales del derecho, y muy particularmente, tras la incorporación de la teoría piramidal de Merkel a la teoría Kelseniana⁴, tales fuentes se entienden como medios de producción normativa autorreferentes (Pérez Luño, 1997, p. 207). Con la introducción del concepto formal de jerarquía normativa, las fuentes han quedado reconducidas al aparato legal y a su adecuación lógico-formal a la soberanía que establece el constitucionalismo estatalista, de modo que

la concepción moderna del derecho convirtió a éste en un sistema de normas organizadas jerárquicamente terminándose por identificar el derecho a la ley, siendo ésta expresión de la voluntad estatal, en resumen el derecho se codifica, se estatiza, el Estado termina siendo la fuente del derecho. (Ordóñez, 2008, p. 248)

5. En los últimos años, con la crisis del Estado-nación, la inversión de la soberanía de los Estados como consecuencia de la globalización y de la aparición de los poderes “transnacionales”, este concepto de fuente normativa se ha visto notablemente alterado. Así, en las corrientes neoconstitucionalistas, el papel que juega la ley estatal, como primera y principal fuente de producción jurídica, adquiere una menor relevancia frente a la función del juez (y, sobre todo, del juez constitucional). Considere el lector, por ejemplo, las tesis de Zagrebelsky y su “derecho dúctil”, según los cuales el juez constitucional termina, de algún modo, acumulando los tres poderes clásicos (ejecutivo, legislativo y judicial).

3 Ibidem. “ni siquiera en el de Papiniano que define «*ius autem civile est quod ex legibus, plebiscitis, senatus-consultis, decretis principum, auctoritate prudentium venit*».

4 “En la *Teoría pura del derecho* (2º ed., 1960), Kelsen define las fuentes del derecho como los medios de producción jurídica que están dentro del propio derecho. Son, entonces, independientes de los factores externos (éticos, culturales políticos...) que pueden influir de hecho en el proceso de creación de las normas jurídicas” (Pérez Luño, 1997, p. 207).

Al parecer de Zagrebelsky, el positivismo jurídico no es ya más que un residuo histórico, una convicción que, surgida como consecuencia del Estado de derecho decimonónico y su particular ejercicio de la soberanía, aún se proyecta hoy, no sin esfuerzo, en el actual Estado constitucional incapaz, sin embargo, de comprender que los sistemas de producción jurídica han cambiado (Zagrebelsky, 1995, p. 33). Según el positivismo jurídico, las normas jurídicas tienen su origen en actos humanos de voluntad (en última instancia, de actos de lenguaje⁵), y no lo encuentran ni en las «cosas» ni en el conocimiento de las cosas. El patrón seguido por este positivismo es el que en su origen fue marcado por Rousseau (teoría de la *Voluntad General*) frente a la propuesta de Montesquieu (las leyes son las relaciones necesarias que derivan de la naturaleza de las cosas) (Otto, 1989)⁶.

II. El origen del derecho

1. El asunto ateniense al origen del derecho hay que ponerlo en contacto, aunque cierto número de autores contemporáneos parecen querer ignorarlo, con la causa generadora de su necesidad, es decir, con el papel que el derecho juega en las relaciones

5 “Si el ordenamiento es el texto generado, el texto global que tenemos introducido en el ordenador, las decisiones son los actos de habla de los creadores del derecho. El legislador «habla» cuando promulga la ley. El juez «habla» al dictar sentencia. Los contratantes «hablan» cuando fijan el contenido del contrato que les ha de vincular en su relación. En suma, todos los creadores o generadores de normas «hablan», emiten «actos de habla» al concretar las normas. La decisión es un acto de habla, un acto de lenguaje. La decisión jurídica es un acto de habla que, por ser emitido por quien tiene un poder especial (jurídico) para hacerlo, adquiere la cualidad de pasar a formar parte del ordenamiento jurídico, con todo lo que esto implica” (Robles, 2015a, p. 106).

6 “En la conciencia jurídica moderna, tanto científica como vulgar, en la experiencia jurídica, se considera que lo que confiere validez a las normas es la decisión de crearlas por parte de quien está habilitado para ello, y que la validez no deriva de ninguna otra cualidad. Y esto es un cambio de capital importancia respecto de la conciencia jurídica premoderna, para la cual el derecho vale, es tal, no en virtud de la decisión, del respaldo del poder, sino en virtud de la justicia o de la antigüedad: derecho es equivalente a justicia y no puede haber derecho allí donde hay normas injustas; o el derecho vale en virtud de su antigüedad, es mejor el derecho antiguo que el nuevo, el *ius vetum* que el *ius novum*. El derecho vive ante todo en la comunidad y en su pasado, su antigüedad es la demostración de su existencia y de su valor, y la idea de que es posible innovar en cualquier momento de ordenamiento jurídico resulta por completo ajena a la conciencia jurídica tradicional” (Otto, 1989, pp. 20-21)

sociales y cómo –desde tales relaciones (como consecuencia de ellas)– debe ser “puesto” –que no “im-puesto”– el derecho. Sin embargo, desde que el cientifismo y la pretendida pureza metodológica se pusieron de moda en el ámbito del estudio del derecho, algunos autores –tal vez llevados por un exceso de dicha pureza epistemológica–, con el propósito de no contaminar sus métodos (lógicos analíticos) con hechos sociológicos, y menos aún con cuestiones axiológicas (los valores escapan al rigor de la lógica analítica, meramente descriptora del aspecto formal del derecho), incapaces de someterlos a “su disciplina”, han renunciado al estudio de los orígenes contingentes del derecho, refugiándose, para la explicación de su origen, en los fundamentos racionales –meramente formales (protocolarios o proto-procesales)– de un “hipotético derecho” ideal⁷.

Gregorio Robles Morchón

Rubén Alberto Duarte Cuadros

EDITORES

80

APORTES

A LA TEORÍA COMUNICACIONAL DEL DERECHO (TCD), FILOSOFÍA DEL DERECHO Y TEORÍA JURÍDICA

2. Así, por ejemplo, Kelsen⁸ sostiene que:

La decisión parlamentaria mediante la cual, según la constitución, una ley queda dictada no es en modo alguno una “voluntad colectiva” cuyo objeto es el contenido de la ley. Esto podría darse sólo si una ley, para ser constitucionalmente decretada, necesitara que todos los miembros del parlamento aprobaran los requisitos de esta ley y expresaran su voluntad de modo perceptible, lo cual no sucede. (Kelsen, 1982, p. 134)

7 En este sentido, resulta paradigmático el texto de Kelsen, ya por mi referido en otras ocasiones, recogido en su trabajo “Los juicios de Valor en la ciencia del derecho”, en *¿Qué es justicia?*, Ariel Derecho, 1ª ed., Barcelona, 1982. “Una norma legal, que debe su existencia a una decisión parlamentaria, empieza a existir cuando la decisión ya ha sido tomada y cuando ya no existe voluntad alguna, si suponemos que la decisión es la expresión de una voluntad. Una vez aceptada la ley, los miembros del parlamento se preocupan por otras cuestiones y dejan de querer el contenido de aquella ley, si es que alguna vez lo quisieron. Dado que la norma jurídica existe al término de un proceso legislativo, su existencia no puede depender de la voluntad de los individuos que pertenecen al cuerpo legislativo. El jurista que desea establecer la “existencia” de una norma legal no intenta en absoluto demostrar la existencia de un fenómeno psicológico. El jurista considera que una ley “existe” incluso si los individuos que la crearon ya no quieren el contenido de aquella ley, incluso si nadie quiere ya aquel contenido. Es muy posible que una ley exista cuando los que la crearon murieron ya hace tiempo.” (Kelsen, 1982, p. 131).

8 Sobre el imperativismo kelseniano, su idea de “orden”, su posicionamiento del derecho como un “orden normativo” y su idea del “deber”, y las consecuencias que ello depara respecto a la capacidad de hacer “ingeniería social” mediante la producción normativa, pueden verse mis trabajos: Medina (2005, 2010a y 2010b).

Como vemos, Kelsen reduce la producción del derecho (para él, norma) a una decisión puramente reglada y carente de contenido volitivo y psicológico. Como si el derecho apareciera, por así decirlo, “por generación espontánea”, ajeno a los contextos histórico-sociológicos y a cualquier voluntad que de ellos se derive.

Por si hubiera alguna duda, algunos renglones después el propio Kelsen añade y aclara: “provisionalmente, hemos considerado aquí que los miembros de la mayoría quieren los contenidos de la ley” (Kelsen, 1982, p.135). El lector puede pensar, vista esta frase, que Kelsen está cediendo a la teoría de la voluntad, como condición decisiva para la producción normativa, y lo puede creer, precisamente, debido a la “ilusión” que la modernidad construyó en torno a las instituciones parlamentarias y su función de representación popular y control real.

3. Es decir, hoy, al menos popularmente, la gente sigue creyendo que los parlamentarios representan al pueblo y actúan conforme a la “voluntad” que dicen representar; es decir, que los parlamentarios, tal como explicaban Locke, Smith o Hume, constituyen un mecanismo de control del poder del monarca (soberano), dado que el soberano se veía obligado a compartir su poder con los representantes del pueblo. Nada más incierto hoy día; como sostiene Dalmacio Negro Pavón, con Rousseau

aparece una nueva tendencia que pertenece a la “visión” *social* de la política. En ella es esencial que el consenso o consentimiento supla las funciones de la representación, que pierde así su carácter originario, y que la legitimidad de los actos sustituya a su legalidad [...] El objeto de la política pasa a ser entonces la liberación del hombre de la forma política eliminando la intervención de la voluntad individual en las decisiones. (Negro, 1979, p. 64)⁹

9 Y añade este autor algunos renglones más abajo: “el moralismo que procede de Rousseau, es actualmente la filosofía social que tiene mayor aceptación entre lo que la “antisociología” de Schelsky considera nueva clase dominante, formada por intelectuales adeptos a la religiosidad social contemporánea, que se nutre de la esperanza en un futuro

Diego Medina Morales

81

EL PAPEL DE LA COSTUMBRE ANTE LA POSITIVIDAD DEL DERECHO MODERNO: LA COSTUMBRE EN LA TEORÍA COMUNICACIONAL DEL DERECHO

4. Las decisiones políticas, que, generalmente, para los analíticos son –en cuanto tomadas por la autoridad “legítima”, según el imaginario de la modernidad– el origen del derecho (de las normas) (Sánchez Hidalgo, 2019, p. 195), se toman por “consenso” y, en todo caso, siguiendo “protocolos de actuación” predeterminados (el determinismo de la sociedad moderna y postmoderna) por el “derecho del Estado” (Fernández-Escalante, 1991). Por esta razón, Kelsen continúa sosteniendo en su argumentación –que líneas atrás hemos referido– que

quien quiera que esté familiarizado con el proceso parlamentario reconocerá que los representantes parlamentarios votan a menudo una propuesta sin conocer su contenido, ni siquiera las partes esenciales. Es imposible querer algo cuyo contenido se desconoce. El problema es distinto cuando lo que se plantea es saber lo que de hecho desea un representante que vota por un proyecto cuyo contenido desconoce. Aquí nos contentaremos con decir que, cuanto menos, no desean los contenidos de la ley. Tampoco la constitución exige que todos los que voten una propuesta conozcan y deseen su contenido. Basta con que la voten. Normalmente, son muy pocos los representantes que conocen el contenido de una ley, si esta es muy extensa y complicada. Casi todos los que votan la propuesta lo hacen no por conocer y querer lo que propone, sino porque confían en los que la presentan o porque se sienten obligados a seguir las directrices del dirigente de su partido. A ello podría objetarse que es indispensable que haya alguien que desee el contenido de la ley. Lo cual es cierto. Pero los que conocen y desean el contenido de la ley a menudo no pertenecen a la categoría de aquellos cuya voluntad es decisiva según la constitución. (Kelsen, 1982, p.135)¹⁰

(cont. nota 9) mejor. Rechazan éstos lo político al sustituir de derecho o de hecho la representación por la mera delegación y al retrotraer y reducir la existencia política a la cuestión de la legitimidad o continuidad sin solución entre la Sociedad y el Estado, que se desprenden del consenso” (Negro, 1979, pp. 64-65).

10 No vamos a comentar, pues es tan evidente que nos parece innecesario, la insinuación o referencia que hace Kelsen al “poder oculto”, que suele inspirar la actividad legislativa en tantas ocasiones.

5. Así pues, concebido el derecho, y su creación, como el resultado de la decisión de quien tiene reconocida autoridad, y eliminado, de paso, a la hora de producir el derecho, el requisito de que la citada autoridad tenga más límite –en su facultad decretadora– que el puramente formal, podremos sostener, como hace Kelsen, que cualquier decisión de autoridad competente que haya cumplido en su promulgación (proceso declarativo) los requisitos formales y competenciales establecidos legalmente, deberá ser considerada incondicionalmente derecho.

6. Sin embargo, cualquier mínimo razonamiento, orientado por el sentido común, nos dice que el derecho encuentra su razón de ser (es decir, su origen) en un hecho social indiscutible, nos referimos al “conflicto social”. En consecuencia, se fundamenta en “hechos sociales” y también en “valoraciones sociales”¹¹, en la medida en que toda sociedad tiene la necesidad de mediar y poner instrumentos que permitan a sus componentes comunicarse y entenderse. El derecho, al igual que la lengua, es un mecanismo de comunicación social y tiene como cometido, fundamentalmente, hacer que las relaciones sociales fluyan (principalmente, el intercambio y la conservación de bienes¹²).

7. Frente al concepto del derecho como mero producto de la decisión normativa, cuanto menos, aparece con nitidez, y debemos admitirla, otra posibilidad: aquella referida al derecho como resultado de institucionalización de hábitos.

Existe un derecho creado por la repetición de conductas hasta dar lugar a la creación de una regla, de una normalidad, a la

11 Tanto es así, que autores como Miguel Reale han sostenido que el “momento normativo” del derecho no es más que el producto de la mutua interacción entre “hecho social” y “valor”. Sobre esta cuestión pueden consultarse, entre otros, los siguientes trabajos: (Reale, 1978a, pp. 105 y ss. y Reale, 1978b, pp. 331 y ss.). En este mismo sentido, recientemente ha sido recordado que, de la necesidad de una delimitación recíproca entre posibles acciones en contraste, encontramos el origen del derecho bajo la forma de delimitación de conductas, con el objetivo de instaurar un orden de posibilidades y, al mismo tiempo, de imposibilidades (Anzalone, 2019, p. 55).

12 Sobre el carácter instrumental del derecho y su función social, así como su parecida naturaleza comunicativa con la lengua, ya me he manifestado en diversas ocasiones. En este sentido, pueden verse mis trabajos: Medina (2015, pp. 557 y ss. y 2011, pp. 191 y ss.).

Gregorio
Robles Morchón

Rubén Alberto
Duarte Cuadros

EDITORES

82

APORTES

A LA TEORÍA
COMUNICACIONAL
DEL DERECHO (TCD),
FILOSOFÍA DEL DERECHO
Y TEORÍA JURÍDICA

Diego
Medina Morales

83

EL PAPEL DE LA
COSTUMBRE ANTE
LA POSITIVIDAD DEL
DERECHO MODERNO:
LA COSTUMBRE
EN LA TEORÍA
COMUNICACIONAL
DEL DERECHO

que la conciencia jurídica atribuye fuerza de obligar en virtud de que siempre se ha hecho así. Esta costumbre, este derecho consuetudinario, fue en las sociedades primitivas la forma más importante de la creación de derecho, previa a la existencia de un legislador, cuya primera función fue posiblemente la de codificar normas ya existentes en virtud de la costumbre. (Otto, 1989, p. 20)

Las instituciones surgen como productos, en gran parte no planeados, de la vida social. Las personas se agrupan para encontrar formas prácticas de hacer frente a sus necesidades; encuentran algunas pautas factibles que se cristalizan, mediante la repetición, en costumbres regulares. Conforme pasa el tiempo, estas pautas adquieren un cuerpo de tradiciones, creencias y costumbres de apoyo que las justifica y sanciona. (Horton y Hunt, 1991, p. 223)¹³

Como vemos, la forma de producción del derecho no es diferente al modo en que la sociedad que lo produce esté constituida; el derecho, como mecanismo de comunicación (al igual que la lengua), aparecerá, así, históricamente forjado, por repetición (hábitos populares) en las sociedades tradicionales y por decisión (actividad parlamentaria –en este caso, la decisión no opera como forma de producción de la lengua, que ha continuado produciéndose tradicionalmente–) en las sociedades modernas.

8. Al menos desde que Tönnies nos legó su *Gemeinschaft und Gesellschaft* (1887), tenemos muy presente, en términos sociológicos, que en las sociedades tradicionales el derecho tiene una forma de producción distinta al de las sociedades de tipo societario aparecidas con el contractualismo de la modernidad y, sobre todo, con los modelos sociales que aparecen tras la revolución burguesa. Tönnies insistió suficientemente en sus

13 En la página 222 se puede leer: “Una institución es un sistema de normas para alcanzar alguna meta o actividad que las personas consideran importante, o, más formalmente, un grupo organizado de costumbres y tradiciones centradas en una actividad humana importante”.

obras acerca de la necesidad, que tiene cualquiera que se ocupe de estudiar una sociedad, de atender al sentido sociológico que adquieren las “relaciones humanas” (Tönnies, 1947, p. 24) y, en consecuencia, no olvidando que cualquier sociedad se estatuye en virtud de relaciones recíprocas, es necesaria, para comprender toda sociedad y sus elementos, la forma en que se producen las “relaciones” y las “uniones” sociales.

Tönnies nos refiere dos tipos básicos de sociedades (que, según episodios de su obra, pueden aparecer como tipos más o menos reales o ideales): la comunidad (*Gemeinschaft*) y la sociedad (*Gesellschaft*)¹⁴. Efectivamente, el sociólogo alemán sostiene en su obra que “La relación misma, y también la unión, se concibe, bien como vida real y orgánica –y entonces es la esencia (*Wesen*) de la comunidad–, bien como formación ideal y mecánica –y entonces es el concepto (*Begriff*) de sociedad–” (Tönnies, 1947, p. 19). Podemos constatar la diferencia que establece el autor de Oldenswort entre “comunidad” y “sociedad”; claro está que estas coinciden en una tesis: ambas ideas expresan relaciones recíprocas que tienden a la “unidad”, o más exactamente a la “unión”. Como podemos comprobar, sin “relación”, o lo que es lo mismo, sin “unión”, no se puede concebir ninguna clase de vida en común y, en consecuencia, ningún tipo de lenguaje o de derecho. Esta es, consecuentemente, la primera condición para hablar de “comunidad o de sociedad”¹⁵.

14 De momento se suele traducir el término alemán *Gesellschaft* como “sociedad”, esto suele generar algunos problemas a la hora del significado sintáctico en castellano, pues decimos que “hay sociedades constituidas por modelos societarios y comunitarios” comprendiendo al género (sociedad) y la especie (comunidad y sociedad) con un mismo “término”. Yo a veces he considerado que el término acuñado por Tönnies como *Gesellschaft*, podría ser traducido con más acierto por (compañía), pudiéndose hablar, entonces, de sistemas sociales “comunitarios” y “convencionales”, que darían lugar, respectivamente, a “comunidades” o “compañías”. Esta denominación, creemos, podría evitar equívocos.

15 En el pensamiento de Tönnies se vislumbra la influencia de algunos de sus predecesores que, de algún modo, ya habían apuntado la diferencia entre el organicismo y el mecanicismo social, y en el fondo late cierto aristotelismo en toda su obra “El movimiento tendencial que según Maine experimentan las sociedades humanas del “status adscripto” al “status adquirido”, o bien, de la “tradición” al “contrato”, es tal vez el antecedente más inmediato de la transición histórica que Tönnies se representa mediante sus conceptos de comunidad y sociedad. En este sentido, otro antecedente importante lo constituye la famosa obra de Otto von Gierke, *Das Deutsche Genossenschaftsrecht* (1868-1913), donde el autor describe y analiza el carácter corporativo del derecho de la Edad Media, por oposición al espíritu individualista que prima en el derecho moderno” (Álvaro, 2010, p. 8).

Gregorio Robles Morchón

Rubén Alberto Duarte Cuadros

EDITORES

84

APORTES

A LA TEORÍA COMUNICACIONAL DEL DERECHO (TCD), FILOSOFÍA DEL DERECHO Y TEORÍA JURÍDICA

Diego Medina Morales

85

EL PAPEL DE LA COSTUMBRE ANTE LA POSITIVIDAD DEL DERECHO MODERNO: LA COSTUMBRE EN LA TEORÍA COMUNICACIONAL DEL DERECHO

9. En las comunidades el hombre –la persona– se ve como miembro integrante de un “todo” y ese “todo” es el elemento decisivo de la comunidad, adquiriendo así la comunidad un sentido orgánico que condiciona todas sus “partes”. Por supuesto que en la doctrina de Tönnies pervive un cierto aristotelismo, y como dijera Rafael Gamba (1972), “para el sociólogo alemán, la comunidad es voluntad orgánica en torno a un sobre-ti comunitario (una fe, un imperativo raíz). En ella, el todo es antes que las partes, y el pensamiento está envuelto por una voluntad” (pp. 55-56). La comunidad es siempre funcional. En ella, las personas no son individuos, sino miembros de un todo y se constituyen y comportan atendiendo al bien común de ese todo, por lo que en este tipo de sociedades lo primero que aparece no son las facultades individuales, sino, por el contrario, las obligaciones inherentes al “*officium*” de sus componentes¹⁶. La producción jurídica (*ius non scriptum*) se abastece de normas surgidas de la costumbre y va preconfigurando a las instituciones socio-jurídicas, favoreciendo, para ello, todos aquellos comportamientos que se demuestren valiosos para la subsistencia de la comunidad¹⁷. La costumbre, pues, es en la comunidad el principal modo de producción jurídica y aparece debido a una reproducción de conductas que,

16 Las personas que componen una comunidad no son individuos intercambiables entre ellas; cada una constituye una realidad funcional con su propio estatuto de obligaciones que, por cumplidas, confiere “derechos” al resto de los componentes de la comunidad. Aún hoy día en los sistemas societarios, como sostiene Francisco Carpintero, en las comunidades o instituciones que perduran desde el pasado, cuando las observamos no vemos tanto a seres individuales como a personas que cumplen, para bien de la institución, determinadas funciones: “El que entra en una Facultad universitaria no ve tanto «*personae ut personae*» como alumnos, bedeles, empleados de la cafetería, profesores, etc. Es decir, repara en unos conceptos normativos que le muestran unos seres en tensión hacia unas finalidades: las propias de los profesores, de los bedeles, etc. Y ambos planos son propios del derecho, que no se desinteresa –ni mucho menos– de las personas históricas, pero que ha de contar irremediabilmente con la realidad del *officium*” (Carpintero, 1996, pp. 37-38).

17 De ahí que el propio Montesquieu admita, en consideración de la importancia de las instituciones y del respeto que estas deben merecer por parte del legislador, que la reforma legislativa no es el mejor medio de cambiar las costumbres e instituciones de un pueblo, incluso llegando a catalogar a ese mecanismo de «tiránico» para el caso de que las costumbres se quieran modificar mediante leyes. “Hemos dicho que las leyes son instituciones particulares y expresas del legislador, mientras que las costumbres y maneras son instituciones de la nación en general. De aquí se sigue que cuando se quieren mudar las costumbres y maneras no debe hacerse por medio de leyes, lo que parecería demasiado tiránico; es preferible cambiarlas por medio de otras maneras y costumbres” (Montesquieu, 1906, p. 449).

como hemos dicho, se han demostrado por la experiencia beneficiosas para la comunidad¹⁸.

10. Lo cierto es que tanto el derecho consuetudinario como el derecho legislado son manifestaciones positivas del derecho, es decir, ambos modos de presentar el derecho (originado por la repetición o por la decisión) constituyen conjuntos de instrumentos normativos al servicio de los juristas para que estos puedan resolver los conflictos sociales. Ahora bien, la modernidad ha conferido al término derecho positivo cierta identidad con el término *derecho legislado*, cuasi excluyendo con ello la positividad de cualquier modo de producción tradicional o histórica y relegándola tan solo al acto legislativo¹⁹. Con razón, y muy acertadamente, Ignacio de Otto afirma que “aunque tanto el derecho consuetudinario como el decidido son derecho positivo, la expresión positividad alude a que el derecho moderno es fundamentalmente derecho decidido, y sobre todo *derecho legislado*”²⁰.

18 En este sentido, el derecho consuetudinario puede ser un derecho no estatal (como así lo fue durante toda la Edad Media, donde el Estado aún no había aparecido), y así lo ha expresado Paola Miceli (siguiendo a Rodolfo Stavenhagen). “Derecho consuetudinario: derecho originado en usos ancestrales orales que evolucionan de manera muy lenta y que se transmiten de generación en generación»; esta breve definición sintetiza el paradigma dominante en las ciencias sociales sobre el derecho consuetudinario. En la actualidad su vigencia se advierte por ejemplo en la perspectiva del pluralismo jurídico que la ha retomado para señalar la clara y problemática oposición entre el derecho estatal y el derecho indígena. Así, por ejemplo, Rodolfo Stavenhagen, referente fundamental de esta corriente de pensamiento, define al derecho consuetudinario como un derecho oral, generalmente no escrito, que suele ser compartido por una colectividad y que no está vinculado al poder estatal. El derecho consuetudinario, en estas aproximaciones, deviene rasgo identitario de los pueblos indígenas, en oposición a la ley, derecho de Estado, escrito y positivo” (Miceli, 2012, p. 17).

19 En este sentido, el papel del “pensamiento ilustrado” no ha resultado indiferente; el triunfo de una “razón” ordenadora capaz de establecer (y hasta de exigir) los parámetros “exactos” mediante los cuales se debe “comportar” el mundo excluyó cualquier tipo de fundamentación tradicional (no por ello menos racional), que fue no solo abandonada, sino denostada por sospecha de superchería, falsedad o fábula (Medina, 2015, pp. 563 y ss.).

20 “En la conciencia jurídica moderna, tanto científica como vulgar, en la experiencia jurídica, se considera que lo que confiere validez a las normas es la decisión de crearlas por parte de quien está habilitado para ello, y que la validez no deriva de ninguna otra cualidad. Y esto es un cambio de capital importancia respecto a la conciencia jurídica premoderna, para la cual el derecho vale, es tal, no en virtud de la decisión, del respaldo del poder, sino en virtud de la justicia o de la antigüedad: derecho es equivalente a justicia y no puede haber derecho allí donde hay normas injustas; o el derecho vale en virtud de su antigüedad, es mejor el derecho antiguo que el nuevo, el *ius vetum* que el *ius novum*” (Otto, 1989, pp. 20-21).

Gregorio
Robles Morchón

Rubén Alberto
Duarte Cuadros

EDITORES

86

APORTES

A LA TEORÍA
COMUNICACIONAL
DEL DERECHO (TCD),
FILOSOFÍA DEL DERECHO
Y TEORÍA JURÍDICA

Diego
Medina Morales

87

EL PAPEL DE LA
COSTUMBRE ANTE
LA POSITIVIDAD DEL
DERECHO MODERNO:
LA COSTUMBRE
EN LA TEORÍA
COMUNICACIONAL
DEL DERECHO

III. La analítica y el derecho decidido

1. Como tiene dicho Enrico Pattaro:

resulta usual distinguir, dentro del neoempirismo, entre el neopositivismo lógico y la filosofía analítica. Ambas corrientes neoempiristas participan de la creencia en que a la filosofía le incumbe el análisis del lenguaje, hasta tal punto que se reduce a ser análisis del lenguaje. (Pattaro, 1980, p. 58)

A esta aserción del bolognes, podemos, además, añadir que ambas corrientes neoempiristas –“preñadas” de modernidad– coinciden, igualmente, en considerar que el origen del derecho positivo radica fundamentalmente en una decisión legislativa, para la que resultan competentes los órganos que legalmente están reconocidos por el propio ordenamiento jurídico para ello. Ambas corrientes, como ha sostenido José Juan Moreso (2017), son, realmente, distintas en sus planteamientos –por lo que no parece conveniente establecer una conexión entre el positivismo lógico y la filosofía analítica–, pero sí que coinciden fundamentalmente en su posicionamiento antimetafísico contrario, por tanto, a los métodos filosófico-tradicionales del conocimiento de la “realidad” (en nuestro caso, jurídica).

2. La labor revisora que durante los siglos XIX y XX se produjo acerca de la metodología de conocimiento del derecho, sobre todo en la Alemania de la vocación *Jurisprudente*, en la Europa ya “ilustrada” (hija del pensamiento ilustrado), permitió a ciertos autores incorporar supuestos mecanismos científicos a sus propuestas metodológicas (Medina, 2002). Este es el caso de Kelsen, que, sin pertenecer al Círculo de Viena, participaba con aquel de una desconfianza absoluta hacia la razón práctica²¹; también otros autores como Alf Ross facilitaron la penetración

21 Sostiene Moreso que, pese a la coincidencia entre Kelsen y el Círculo de Viena, acerca de la necesidad de que el estudio se reduzca hacia la positividad (en el caso del derecho normativa), el camino que sigue para ello es un *percurso* kantiano que le aleja de las tesis del positivismo lógico (Moreso, 2017, p. 122).

del método analítico en el estudio del derecho, pues tras su experiencia como discípulo de Kelsen y su reingreso a Upsala, Ross contribuyó a introducir elementos del positivismo lógico en la ciencia jurídica²².

El llamado positivismo científico, en sentido estricto, surgió a partir del llamado “Círculo de Viena”, con Schlick –su fundador o guía–, Neurath Carnap, Frank, Kraft, Félix Kaufmann, Kurt Reidemeister, Herbert Feigl, y algunos otros, casi en su mayor parte especialistas en matemática y lógica (aunque también había matemáticos puros, como Karl Menger o Kurt Gödel). Su mayor preocupación fue la de dotar de un método empírico de conocimiento al campo tradicional de la filosofía. Pronto entraron en contacto con la llamada “Escuela de Berlín”, y empezó una estrecha colaboración con profesores de este otro círculo, entre ellos, Reichenbach, Hertzberg, Dubislav, Hempel, von Mises, etc. De tal colaboración se generó una importante producción doctrinal que fue difundida por la revista *Erkenntnis* (antiguos *Annalen der Philosophie*). Pronto esta corriente se extendió por toda Europa dando lugar a un muy considerable número de seguidores²³. Tras el nazismo y la Segunda Guerra, debido a la emigración de gran parte de sus componentes hacia EE.UU. (donde continuaron su labor de enseñanza y difusión), se empezó a identificar a esta corriente como una corriente americana, sobre todo debido a la actividad de Carnap, que imprimió un sesgo más radical a su doctrina, en colaboración al autóctono autor Charles Morris. Como ha sostenido Pattaro,

22 “Ross toma dos ideas del positivismo lógico y las aplica a la ciencia jurídica. Por un lado, acepta el principio de verificación, de acuerdo con el cual, aparte de las verdades analíticas, solo tienen significado las proposiciones empíricas, es decir, aquellas que pueden ser verificadas. De este modo, aunque las normas son expresiones directivas que tratan de influir en el comportamiento humano, las proposiciones jurídicas tienen como cometido describir el contenido de estas expresiones directivas (Ross, 1958, pp. 3-4). Por otro lado (p. 41), considera que estas proposiciones tienen carácter predictivo, dado que nos informan sobre los fundamentos que serán usados por los jueces en sus razonamientos al decidir los casos, o bien, tal como lo interpreta Bulygin (1981), las proposiciones jurídicas atribuyen a las normas una propiedad disposicional, la propiedad de ser vigente, con arreglo a la cual, si se dan determinadas condiciones, determinadas normas serán aplicadas por los jueces” (Moreso, 2017, p. 123).

23 Sobre el desarrollo y la evolución del positivismo: Urdanoz (1984, p. 234 y ss.).

Gregorio
Robles Morchón

Rubén Alberto
Duarte Cuadros

EDITORES

88

APORTES

A LA TEORÍA
COMUNICACIONAL
DEL DERECHO (TCD),
FILOSOFÍA DEL DERECHO
Y TEORÍA JURÍDICA

Diego
Medina Morales

89

EL PAPEL DE LA
COSTUMBRE ANTE
LA POSITIVIDAD DEL
DERECHO MODERNO:
LA COSTUMBRE
EN LA TEORÍA
COMUNICACIONAL
DEL DERECHO

en América, el neopositivismo lógico tomó contacto con tradiciones análogas, como la pragmatista de Charles S. Peirce, William James, John Dewey, o C.I. Lewis, que venían prestando atención tanto a la dimensión semántica y sintáctica del lenguaje como a su aspecto pragmático, aportando para su conocimiento (por ejemplo) obras de puro corte conductista. (Pattaro, 1980, p. 61)

3. El positivismo científico acoge diversos posicionamientos, pues aun teniendo en común la necesaria reducción de todo conocimiento a las ciencias positivas y, en consecuencia, negando cualquier valor a las tradicionales corrientes filosóficas por considerarlas pura metafísica, no todo el positivismo ha mantenido un mismo posicionamiento; por esta razón puede hablarse de un positivismo moderado, cercano a los planteamientos de Schick, y de un positivismo más radical que se sostiene sobre planteamientos puramente lógicos y lingüísticos, más propio de Carnap o Neurath. Por otra parte, el positivismo lógico y su obsesión por encontrar un método de conocimiento “del mundo” capaz de aislarse de toda impureza proveniente de cualquier ideología influyeron notablemente las corrientes de los años cincuenta hasta final de siglo, a más de la influencia que durante la segunda mitad del siglo XX adquirió el pensamiento del segundo Wittgenstein (Sánchez Hidalgo, 2019, p. 55), que produjo un acentuado impacto en la transformación de la filosofía analítica, dando, con ello, lugar a la formación de nuevas escuelas que adquirieron pronto gran notoriedad, como es el caso de las escuelas de Cambridge y Oxford, siendo esta última la que tuvo mayor influencia y duración. Precisamente es a esta última escuela a la que se ha dado en llamar por antonomasia Escuela Analítica, cuyos máximos iniciadores fueron Ryle y John Langshaw Austin²⁴.

4. Precisamente sería en el ambiente filosófico que reinaba en Oxford, donde H. L. A. Hart va a presentar al mundo uno de los

24 Nos referimos a John Langshaw Austin, que, junto con John Rogers Searle, es artífice del concepto de “actos de habla” como enunciados de acción o “performativos” que predeterminan la intención u objetivo de una frase o enunciado.

libros más influyentes en el mundo jurídico de nuestro tiempo, me refiero a *The Concept of Law*, en donde Hart trata de reconstruir, entre otros, los conceptos de derecho, de norma jurídica, de deber jurídico, que subyacen a su uso en el lenguaje y a la práctica de los juristas. Como todos sabemos, la influencia de Hart en el mundo del conocimiento del derecho ha sido muy notable, de manera que podríamos señalarlos a él y a Kelsen como los dos referentes más importantes del mundo jurídico en el siglo XX. Su obra ha dado lugar a grandes glosas y postglosas, creando un interesante debate a finales de siglo, que aún perdura en el XXI. Entre sus continuadores más destacados valga mencionar a Joseph Raz.

5. En cualquier caso, todas estas corrientes, en su multiplicidad y variedad, conciben al derecho, sobre todo su positividad, como algo normativo que surge de “la decisión”. Decisión que, o bien puede tener una naturaleza puramente formal, como explica Kelsen, o bien puede ser fruto del consenso, mediante la articulación de mecanismos de “comunicación” que permitan “concretar” de un modo u otro tal positividad. Incluso el reconocimiento del “hábito” como origen de derecho queda, de una forma u otra, supeditado a la “decisión de incluir”, en el ordenamiento, este tipo de fuente.

IV. La costumbre (el derecho tradicional) en la TCD

1. Robles, en su teoría comunicacional del derecho, manifiesta que a la hora de analizar la composición interna del ordenamiento jurídico hay cinco “conceptos llave” que no pueden ser ignorados: decisión, norma, institución, acción y relación (Robles, 2015a, p. 76). Cada uno de ellos cobra una especial relevancia al interior de la teoría de Robles, si bien los conceptos de decisión, norma e institución adquieren a lo largo del desarrollo de la TCD un papel de mayor significado. En el presente trabajo, ahora nos interesa la decisión, que, como luego se verá, es la que, a juicio de Robles, predetermina la existencia de los otros conceptos y, por supuesto, la que origina la aparición del derecho. Es decir que la TCD se nos presenta como

Gregorio
Robles Morchón

Rubén Alberto
Duarte Cuadros

EDITORES

90

APORTES

A LA TEORÍA
COMUNICACIONAL
DEL DERECHO (TCD),
FILOSOFÍA DEL DERECHO
Y TEORÍA JURÍDICA

Diego
Medina Morales

91

EL PAPEL DE LA
COSTUMBRE ANTE
LA POSITIVIDAD DEL
DERECHO MODERNO:
LA COSTUMBRE
EN LA TEORÍA
COMUNICACIONAL
DEL DERECHO

una teoría en la que el derecho preferentemente encuentra su origen en la decisión, y ello, fundamentalmente, porque para que exista derecho se requiere un mínimo de racionalidad y de positividad muy ligado, como hemos sostenido, a la filosofía analítica. De hecho, cada vez que la TCD, a lo largo de su desarrollo, se encuentra en su camino con la costumbre, suele pasar sobre este tema de una manera somera, breve y resumida, no confiriéndole especial importancia. No podemos decir, pues, que a lo largo de la TCD hayamos encontrado un tratamiento profundo o extenso acerca de la costumbre.

2. A lo largo del primer volumen de la *Teoría comunicacional del derecho*, se cita hasta 151 veces este término. Concretamente en el capítulo 1, epígrafe II (“¿Cómo ha surgido el derecho?”), viene citado en 4 ocasiones. En el capítulo 2, epígrafe III (“Decisión norma y autoridad”), en una ocasión. En el capítulo 3, epígrafe VII (“Derecho y lenguaje”), en dos ocasiones; en el epígrafe VIII (“Derecho como texto”), en cuatro ocasiones; en el epígrafe IX (“Caracteres del texto jurídico”), en una ocasión. En el capítulo 4, epígrafe X (“La decisión constituyente”), en una ocasión; en el epígrafe XII (“La constitución”), en tres ocasiones; en el epígrafe XIV (“Más sobre las decisiones intraordinamentales”), en 13 ocasiones.

En el capítulo 5, epígrafe XV (“Ordenamiento y sistema”), en seis ocasiones. En el capítulo 6, epígrafe XIX (“Un ejemplo de fuentes del derecho”), en tres ocasiones. En el capítulo 7, en el apéndice al capítulo 7 (“Normas y Principios Jurídicos”), en seis ocasiones. En el capítulo 8, epígrafe XXXI (“La idea de la jerarquía de las normas en el sistema jurídico”), en dos ocasiones. En el capítulo 9, epígrafe XXXVI (“La acción como texto”), en una ocasión; en el epígrafe XXXVII (“Acción causal, acción lógica y acción convencional”), en una ocasión. En el capítulo 10, epígrafe XLIV (“La concepción de la validez en el derecho natural clásico”), en una ocasión; en el epígrafe XLVII (“Eficacia como condición de validez”), en cuatro ocasiones; en el epígrafe LIV (“Invalidez de las normas jurídicas”), en cinco ocasiones. En el capítulo 13, epígrafe LXIII (“Los deberes jurídicos”), en una ocasión. En el capítulo 14, epígrafe LXVI (“Echando la vista atrás y

de paso introducir un nuevo concepto básico: El ámbito jurídico”), en una ocasión. En el capítulo 15, epígrafe LXVIII (“El uso comunicacional del término «situación»”), en una ocasión. En el capítulo 16, epígrafe LXXV (“Las relaciones jurídicas en la teoría comunicacional del derecho”), en una ocasión.

En el capítulo 17, epígrafe LXXXI (“La revisión del concepto de derecho subjetivo en el marco del positivismo jurídico”), en una ocasión. En el capítulo 18, epígrafe LXXXVIII (“Los límites del derecho subjetivo: el abuso del derecho”), en dos ocasiones; en el epígrafe XCI (“Derechos subjetivos constitucionales, fundamentales y ordinarios”), en una ocasión. En el capítulo 19, epígrafe XCVIII (“Las relaciones jurídicas entre el ordenamiento jurídico internacional y los ordenamientos jurídicos estatales”), en cuatro ocasiones; en el epígrafe XCIX (“El sistema jurídico de la Unión Europea: sus rasgos básicos”), en una ocasión; en el epígrafe CIII (“La norma de conflicto en el marco de la teoría comunicacional del derecho (I)”), en tres ocasiones.

En el capítulo 20, en el epígrafe de inicio (“Las relaciones jurídicas intersistémicas”), en una ocasión; en el epígrafe CV (“Los diversos órdenes normativos”), en dos ocasiones; en el epígrafe CVI (“¿Qué se entiende por «moral»?”), en cuatro ocasiones; en el epígrafe CVII (“La relación del derecho con los diversos tipos de moral”), en una ocasión; en el epígrafe CVIII (“La moral autonomía y el derecho”), en dos ocasiones; en el epígrafe CIX (“Los usos sociales: la moral social”), en cuatro ocasiones; en el epígrafe CX (“Usos sociales y usos (costumbres) jurídicos”), en 46 ocasiones; en el epígrafe CXII (“Las normas religiosas”), en dos ocasiones. En el capítulo 21, epígrafe CXIII (“El juego como orden normativo: la analogía con el derecho”), en dos ocasiones. En el capítulo 22, epígrafe CXVI (“Autonomía de la voluntad y dignidad de la persona: las tesis kantianas”), en cinco ocasiones. En el capítulo 23, epígrafe CXX (“Imputación y personificación”), en una ocasión. Finalmente, en el índice programático de materias, este término viene citado en siete ocasiones.

3. A lo largo del segundo volumen de la *Teoría comunicacional del derecho* (Robles, 2015b), se cita bastante menos este

Gregorio
Robles Morchón

Rubén Alberto
Duarte Cuadros

EDITORES

92

APORTES

A LA TEORÍA
COMUNICACIONAL
DEL DERECHO (TCD),
FILOSOFÍA DEL DERECHO
Y TEORÍA JURÍDICA

Diego
Medina Morales

93

EL PAPEL DE LA
COSTUMBRE ANTE
LA POSITIVIDAD DEL
DERECHO MODERNO:
LA COSTUMBRE
EN LA TEORÍA
COMUNICACIONAL
DEL DERECHO

término: 65 veces. Concretamente en el capítulo 1, epígrafe II (“Las diversas denominaciones de la ciencia de los juristas: 1) «Jurisprudencia»”), en dos ocasiones; en su epígrafe III (“Las diversas denominaciones de la ciencia de los juristas: 2) «Doctrina jurídica». 3) «Dogmática jurídica». 4) «Ciencia del derecho»”), en una ocasión; en su epígrafe V (“Caracterización general de la dogmática jurídica”), en seis ocasiones; en el epígrafe “Ejercicios”, en una ocasión. En el capítulo 2, epígrafe VIII (“La raíz aristotélica de la dogmática jurídica medieval”), en una ocasión; en el epígrafe IX (“Dogmática jurídica y «*iuris naturalis scientia*»”), en una ocasión. En el capítulo 3, epígrafe XI (“De la concepción legalista a la constructiva”), en tres ocasiones; en el epígrafe XII (“La «genealogía de los conceptos»”), en una ocasión. En el capítulo 4, epígrafe XXI (“La «investigación de los hechos jurídicos»”), en cuatro ocasiones; en el epígrafe XXII (“El movimiento del derecho libre: caracteres generales”), en dos ocasiones; en el epígrafe XXIII (“El movimiento del derecho libre y la sociología del derecho (i): La crítica de la dogmática jurídica”), en tres ocasiones.

En el capítulo 5, epígrafe XXVIII (“De los intereses a las valoraciones”), en una ocasión. En el capítulo 6, epígrafe XXX (“La dogmática jurídica y el comentario de textos literarios”), en tres ocasiones; en el epígrafe XXXI (“Caracteres de la dogmática jurídica como disciplina hermenéutico-analítica o comunicacional”), en una ocasión. En el capítulo 7, epígrafe XXXII (“Instituciones jurídicas: texto institucional ordinamental y texto institucional sistémico”), en tres ocasiones. En el capítulo 8, epígrafe XXXV (“¿Qué es un texto?”), en nueve ocasiones; en el epígrafe XXXVI (“Los mensajes jurídicos (I). Elementos personales: emisor, destinatario, receptor”), en una ocasión; en el epígrafe XXXVII (“Los mensajes jurídicos (II). El medio comunicacional. Los libros jurídicos”), en dos ocasiones; en el epígrafe XLVI (“Los textos legislativos”), en una ocasión. En el capítulo 9, epígrafe XLIX (“El problema del método”), en una ocasión; en el epígrafe L (“¿Método jurídico o métodos jurídicos?”), en una ocasión.

En el capítulo 10, epígrafe LIV (“La interpretación «del» derecho y la interpretación «en» el derecho”), en una ocasión (en notas

y comentarios); en el epígrafe LVI (“Interpretación dogmática e interpretación decisional. El horizonte casuístico”), en una ocasión; en el epígrafe LIX (“Clases de interpretación jurídica”), en siete ocasiones; en el epígrafe LXIII (“Los criterios de la interpretación sistemática”), en una ocasión; en el epígrafe LXIV (“Los cánones clásicos de la interpretación jurídica (iii). La interpretación histórica”), en dos ocasiones; en el epígrafe LXVI (“Los preceptos jurídicos interpretativos”), en dos ocasiones. En el capítulo 12, epígrafe LXXII (“Conjunto, orden y sistema (ii). Ordenamiento jurídico y sistema jurídico”), en una ocasión. Finalmente, en el índice programático de materias, este término viene citado en dos ocasiones.

4. Como puede observar el lector, del seguimiento que hemos realizado al término “costumbre” y de su aparición en la TCD, se puede comprobar que en la mayor parte de la obra este término aparece usado circunstancialmente al hilo del argumento que en cada momento se está utilizando, y sin que apenas tenga protagonismo, en la mayor parte de los casos, la referencia al derecho consuetudinario. Solo se presta una verdadera atención a la costumbre en el capítulo 20 del primer volumen, titulado “Las relaciones jurídicas intersistémicas”, y más particularmente en su epígrafe CX, titulado “Usos sociales y usos (costumbres) jurídicos”, donde el término se usa hasta en 46 ocasiones. Como podremos apreciar, la concentración del uso del término “costumbre” en ese epígrafe se debe a que es precisamente ahí donde Robles ha prestado mayor atención a la costumbre como fuente de producción jurídica; de ahí que vayamos a dedicar, en este trabajo, una mayor atención a esta parte de la obra. Por otra parte, y por razones que iremos señalando según convenga, en algunos otros epígrafes de la TCD se presta también atención a la costumbre (aun con menor atención respecto al epígrafe que hemos señalado), como es el caso del epígrafe XIV del capítulo 4 del volumen I (usado en 13 ocasiones) y del epígrafe XXXV del capítulo 8 del volumen II (usado en nueve ocasiones). Todavía se pueden contar hasta 10 epígrafes del volumen I y 3 epígrafes del volumen II, donde el término viene usado en cuatro o más ocasiones.

Gregorio
Robles Morchón

Rubén Alberto
Duarte Cuadros

EDITORES

94

APORTES

A LA TEORÍA
COMUNICACIONAL
DEL DERECHO (TCD),
FILOSOFÍA DEL DERECHO
Y TEORÍA JURÍDICA

Diego
Medina Morales

95

EL PAPEL DE LA
COSTUMBRE ANTE
LA POSITIVIDAD DEL
DERECHO MODERNO:
LA COSTUMBRE
EN LA TEORÍA
COMUNICACIONAL
DEL DERECHO

5. Llegados a este punto, hay que advertir que es muy significativo que donde a la costumbre se le va a dedicar un mayor tratamiento conceptual, dentro de la TCD de Robles, es precisamente en el capítulo 20 del primer volumen, capítulo que está dedicado a las “relaciones jurídicas intersistémicas”. En ese capítulo, el profesor Robles se encarga de estudiar los diversos ordenes normativos que, junto al derecho, aparecen en sociedad y que influyen sobre el comportamiento y las relaciones de los individuos que la componen²⁵. Queda absolutamente claro que lo que intenta poner de manifiesto el autor de la TCD a lo largo de ese capítulo es que, junto al orden normativo llamado “derecho” (ordenamiento jurídico), existen otros ordenes normativos que operan, asimismo, sobre los comportamientos sociales de los individuos y las relaciones entre ellos; concretamente, Robles se detiene en estudiar la moral, los usos sociales y las normas religiosas. En todos estos casos el autor nos trata de convencer, con laboriosos razonamientos y con una infinidad de ejemplos, de que en nuestra moderna sociedad todos estos ordenamientos constituyen parcelas diferentes y autónomas del comportamiento humano, y que, por tanto, desde un punto de vista teórico (pese a que en la realidad social puedan tener mutua relación, interactividad y, sin duda por ello, claras influencias), no se deben confundir unos ordenamientos con otros²⁶. Esta localización en la obra, donde estudia, junto con esos otros ordenes normativos, también a la costumbre jurídica, nos lleva a considerar que esta viene considerada por el autor de la TCD como una fuente de producción extraordinaria y, hasta cierto punto, ajena al propio ordenamiento jurídico, como, además, puede deducirse de las propias palabras de Robles:

En todo caso, siempre habrá una incorporación de normas generadas externamente al ordenamiento, pero que éste recibe y hace suyas. Se trata de un fenómeno similar al que tiene

25 Concretamente el estudio comprende el estudio de la Moral, los usos sociales, la costumbre, la eticidad jurídica y las normas religiosas (Robles, 2015a, pp. 807-870).

26 “Ahora bien, aunque coincidan en la valoración («matar es malo», «respetar la vida ajena es bueno»), cada orden normativo lo hace por razones diferentes, de distinta manera, atendiendo a motivaciones diversas. Puede afirmarse que cada orden normativo representa una perspectiva sobre las acciones y las conductas humanas” (Robles, 2015a, p. 810).

lugar cuando la norma de colisión (propia del derecho internacional privado) remite a otro ordenamiento jurídico para que el juez del foro decida según el derecho extranjero. (Robles, 2015a, p. 853)

Es decir, la TCD entiende, como se deduce de las propias palabras y del ejemplo que usa Robles, que en el caso de la costumbre estamos ante un sistema de producción normativa externo al propio ordenamiento jurídico, y que el ordenamiento excepcionalmente admite para muy concretos casos.

6. La forma de producción normativa considerada por la TCD correcta u ordinaria es, en todo caso, el mecanismo legislativo, lo cual, si atendemos al posicionamiento ontológico –débil, pero a fin de cuentas posicionamiento– del que parte Robles al definir al derecho como texto, nos parece muy normal, visto que la TCD se manifiesta como una tentativa de construcción teórico-analítica del derecho²⁷. De hecho, en el epígrafe XIII del capítulo 4 del primer volumen, se consideran lo que Robles llama “las decisiones jurídicas intrasistémicas”, a las que se refiere diciendo que:

Normalmente la constitución no sólo establece cuáles son las autoridades máximas del nuevo orden, sino también sus

27 Hermenéutico-analítica dice su autor: “Al caracterizar la teoría del derecho como análisis del lenguaje de los juristas, se pretende entender el Derecho como texto, analizable tanto en sus aspectos formales como pragmáticos y semánticos, con lo que no sólo se aborda el problema de la estructura formal del derecho, sino también los aspectos formales y materiales de las decisiones, lo cual conlleva un desarrollo de la teoría de la justicia, así como el análisis del modo de proceder de la dogmática en la construcción y presentación del sistema. El método de la teoría comunicacional del derecho es el método hermenéutico-analítico” (Robles, 2015a, p. 34). En el segundo volumen de la obra se añade: “El método hermenéutico puede ser entendido en dos sentidos: como «método hermenéutico simple» y como «método hermenéutico-analítico». En el primero de los sentidos, equivale simplemente a «método interpretativo», aplicable a cualquier realidad, pero especialmente a las ciencias humanas y sociales, y más en concreto a aquellas que se centran en comprender textos. La matización del «método hermenéutico-analítico» consiste en poner el acento en la idea de que en la interpretación hay dos lados que se necesitan y complementan: el analítico, que descompone la materia estudiada en sus elementos simples, y el constructivo, que construye a partir de los elementos simples el conjunto del edificio cognoscitivo. En la dogmática jurídica esto se concreta, respectivamente, en el análisis conceptual y en la construcción del sistema. La ciencia de los juristas es una ciencia conceptualizadora y sistematizante. En ambas labores la teoría del derecho le sirve de guía, pues le suministra los instrumentos necesarios para llevar a cabo ambas funciones” (Robles, 2015b, p. 374).

competencias y procedimientos para tomar nuevas decisiones. Haciendo uso de esas competencias y esos procedimientos, los «actores constitucionales» adoptarán sus decisiones intrasistémicas o intraordinamentales. Se produce así en las sociedades modernas todo un torrente de decisiones, muchas de las cuales adoptan la forma de decisiones normativas, esto es, generadoras de nuevas normas. A las decisiones generadoras de normas, incluyendo en este concepto tanto la decisión constituyente como las constituidas, la filosofía del derecho y la doctrina las ha denominado tradicionalmente «fuentes del derecho». (Robles, 2015a, p. 124)

Es decir que, según la TCD, la fuente de producción normativa propia del derecho es la legislativa, lo que no quiere decir que esta teoría no reconozca que fuera del “propio” ordenamiento jurídico también se pueden producir “decisiones” que terminen por ser parte (a través de los mecanismos de adopción oportunos) del texto ordinamental. De ahí que en el epígrafe XIV (“Más sobre las decisiones intraordinamentales”) Robles se ocupe del modo en que ciertas decisiones que nacen en otros ordenamientos, o fuera del propio ordenamiento o en otros ordenes normativos, pueden terminar por formar parte del texto ordinamental de un sistema concreto, y se refiere, entonces, a las normas de derecho internacional privado (como mecanismo de introducción de normas de otros ordenamientos), a los tratados internacionales (como mecanismo de introducción de la actividad “convencional” o “negocial” de los Estados) y, paradójicamente, al derecho consuetudinario, que por tanto considera una forma extraordinaria de producción normativa y al que en este caso (y en esta parte de la obra) se refiere diciendo:

La costumbre, por sí misma, es tan sólo una repetición de actos en la misma dirección. Puede ser individual o colectiva y en el caso de que sea colectiva su grado de obligatoriedad es muy variable. La costumbre colectiva implica un comportamiento fáctico del conjunto de los miembros de un grupo que, a medida que se consolida, va adquiriendo carácter vinculatorio. En sí, es una norma social. Se transforma en jurídica cuando se incorpora al texto jurídico bruto del ordenamiento, lo cual sucede

ordinariamente mediante un acto de decisión de algún órgano con competencia para hacerlo. (Robles, 2015a, p. 133)

7. Como vemos, la TCD confiere a la costumbre un papel muy secundario e irrelevante como fuente de producción normativa, tanto es así que el propio Robles al referirse a ella, si bien admite que esta tiene una cierta consideración en el derecho civil, y en derecho privado en general, a continuación, añade que: “en el derecho público estatal la costumbre, entendida como norma jurídica, tiene escaso papel, por no decir ninguno” (Robles, 2015a, p. 850). Ahora bien, si cierto es que en la doctrina que se elaboró después de la codificación en materia de derecho público (doctrina que básicamente aún perdura), al tomar como base del derecho al principio de legalidad, la costumbre queda relegada a pasar por una fuente menor y en cualquier caso subsidiaria, sin embargo, no es del todo cierto que este “venir a menos” de la costumbre como fuente de producción normativa en el ámbito del derecho público haya dejado a esta sin “papel alguno”²⁸. Ahora bien, el derecho considerado como hábito de comportamiento, es decir, surgido de la mera reiteración del comportamiento del pueblo (del tácito consenso del pueblo), tiene aún una presencia. Tal vez por este motivo, y visto lo necesario que para cualquier teoría del derecho de naturaleza positivo-analítica resulta ligar el derecho a la legalidad –es decir, al amparo de la ley y de la decisión legislativa–, Robles concluye –¿para dar “su sitio” a la costumbre?– que “las costumbres o los usos con carácter jurídico no son usos sociales simplemente sino que, además de que así se los pueda considerar, se incorporan al ordenamiento jurídico como un género de fuentes o decisiones generadoras de normas de derecho” (Robles, 2015a, p. 853).

8. Ahora bien, ¿qué distingue a este tipo de normas? Según la TCD, “lo que distingue a este tipo de normas jurídicas, es que son resultado de «decisiones sociales con efectos jurídicos»”

28 Acerca del “papel” que corresponde a la costumbre en el ámbito del derecho público, puede consultarse el minucioso trabajo de Ortega L. sobre la voz «costumbre» (Ortega, 2005).

Gregorio
Robles Morchón

Rubén Alberto
Duarte Cuadros

EDITORES

98

APORTES

A LA TEORÍA
COMUNICACIONAL
DEL DERECHO (TCD),
FILOSOFÍA DEL DERECHO
Y TEORÍA JURÍDICA

Diego
Medina Morales

99

EL PAPEL DE LA
COSTUMBRE ANTE
LA POSITIVIDAD DEL
DERECHO MODERNO:
LA COSTUMBRE
EN LA TEORÍA
COMUNICACIONAL
DEL DERECHO

(Robles, 2015a, p. 853). Como puede comprobarse, la referencia necesaria a la decisión aparece en el momento en el que se necesita conferirle a la costumbre naturaleza jurídica. Parece que no resultase suficiente en esta teoría (como en otras de porte analítico o positivo) el hecho de que un determinado comportamiento social sea inveterado para que tácitamente se considere que tiene el consenso popular mediante el cual la costumbre puede ser exigida como “derecho”, sino que se hace necesaria la decisión; aunque sea, como en este caso, una decisión algo especial y distinta a la legislativa, a la ejecutiva e incluso a la judicial, pues, como sostiene Robles:

a diferencia de las leyes, de los reglamentos o de las sentencias judiciales, que son decisiones normativas cuya naturaleza jurídica surge en el momento mismo de su generación –bien sea ésta la promulgación de una ley, la resolución administrativa o el acto de emitir una sentencia–. (Robles, 2015a, p. 853)

¿A qué clase de decisión se refiere, pues, Robles? Para concluir, entendemos que se refiere a algún tipo de decisiones al margen de las formuladas por las autoridades jurídicas establecidas en los ordenamientos, por tanto, decisiones tomadas fuera del ordenamiento jurídico y que se incorporan a este, según el autor de la TCD, porque cada ordenamiento

especifica explícitamente –y, en el supuesto de que no lo haga, de ello se encargará el sistema– si acepta como normas a él pertenecientes, y por tanto como jurídicas, pautas de comportamiento que se han generado al margen de las decisiones formuladas por las autoridades jurídicas establecidas. (Robles, 2015a, p. 853)

No parece entonces que quede absolutamente claro el requisito de que la costumbre sea creada por una decisión, más bien se nos antoja que en la TCD lo que Robles exige es que haya una decisión legislativa que confiera naturaleza de fuente productiva a la costumbre, que abra una puerta al ordenamiento mediante la cual la costumbre pueda resultar reconocida como sistema de producción jurídica. En este sentido, es cierto que

nuestro Código Civil cuando se refiere en su art. 1.1 a las fuentes establece que lo son “la ley, la costumbre y los principios generales del derecho”. Es decir, la costumbre, según la TCD, queda reconocida en el ordenamiento español merced a una decisión legislativa al momento de la promulgación del código civil vigente. Bien es cierto que, conforme a lo establecido en los párrafos sucesivos de ese mismo artículo, la costumbre tiene un papel de fuente subsidiaria, pero no por ello deja de ser un mecanismo de creación de derecho.

De hecho, como el propio Robles tiene reconocido en su TCD:

la doctrina jurídica tradicional estableció dos requisitos para que una costumbre o uso se convirtiera en norma jurídica o pudiera ser considerada como tal. Estos dos requisitos eran: el elemento externo de la repetición del mismo género de actos o actuaciones; y el elemento interno, consistente en que la colectividad humana en que había surgido esa práctica tuviera conciencia de ser ésta obligatoria. (Robles, 2015a, p. 854)

Por lo tanto, como se deduce de las propias palabras de Robles, la costumbre nace no tanto de una decisión, sino de una práctica muy reiterada y de la conciencia colectiva de que ese comportamiento constituye un “deber” jurídico que puede ser exigido ante los tribunales. Otra cosa es que en el derecho de la modernidad (heredera esta del contractualismo y fomentadora del individualismo –en derechos reconocidos por el Estado soberano–) se hagan necesarios la sanción estatal y el reconocimiento legal para que la costumbre ingrese “de pleno derecho” en el ordenamiento. Esto es lo que precisamente sostiene Robles con su tercer requisito:

que la autoridad de la comunidad política soberana (el Estado, o la entidad equivalente que fuere) refrendase el carácter jurídico de la costumbre o del uso por medio de su incorporación explícita, bien a través de sus normas generales, bien por medio de sus normas particulares –como las sentencias de los jueces–. (Robles, 2015a, p. 854)

Gregorio
Robles Morchón

Rubén Alberto
Duarte Cuadros

EDITORES

100

APORTES

A LA TEORÍA
COMUNICACIONAL
DEL DERECHO (TCD),
FILOSOFÍA DEL DERECHO
Y TEORÍA JURÍDICA

Diego
Medina Morales

101

EL PAPEL DE LA
COSTUMBRE ANTE
LA POSITIVIDAD DEL
DERECHO MODERNO:
LA COSTUMBRE
EN LA TEORÍA
COMUNICACIONAL
DEL DERECHO

Conclusión

Podemos concluir, a la vista del estudio realizado, que el sistema de producción jurídica y las formas de crear el derecho están íntimamente ligados a los tipos de sociedades que se han ido desarrollando a lo largo de nuestra historia. En este sentido, el derecho tradicional o consuetudinario perduró a lo largo de la historia hasta la irrupción del Estado y, en cierto modo, convivió con los nuevos modelos "contractualistas" hasta la llegada del Estado nacional-burgués, que originó un nuevo concepto de derecho ligado a su adscripción (exclusividad) estatal. Con la llegada de este último modelo de derecho, los sistemas de producción jurídica quedaron supeditados a la soberanía del Estado y a la capacidad legislativa de este. Por otra parte, el cientifismo moderno, que ha inspirado a los modelos epistemológico-jurídicos de los siglos XIX y XX, ha visto con simpatía el fenómeno de la estatalidad del derecho, o incluso, como en el caso de Kelsen, la plena identidad Estado-derecho, favoreciéndose, con ello, la aparición de métodos de estudio y sistematización del derecho que, bajo pretensiones de pureza metodológica, han ido abandonando de su entorno de estudio las cuestiones atinentes al ámbito axiológico jurídico, o incluso, al ámbito sociológico jurídico. Este es el caso de la teoría comunicacional del derecho, y esta es la fundamental razón, a nuestro parecer, de la limitación conceptual que hace respecto de las fuentes de producción jurídica, circunscribiéndose a reconocer amplias competencias a la decisión legislativa y a atribuir, en cambio y con fuertes restricciones, algún papel residual y secundario a la costumbre como forma de producción jurídica.

Referencias

- Álvaro, D. (2010). Los conceptos de "comunidad" y "sociedad" de Ferdinand Tönnies. *Papeles del CEIC*, (52), 2-24.
- Anzalone, A. (2019). Motivos espirituales de la evolución jurídica y meta del progreso jurídico: una visión desde la filosofía del derecho. *Revista Filosofía UIS*, 18(1), 51-66.

- Arias Ramos, J. (1986). *Derecho Romano*. Vol. I. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado.
- Carpintero Benítez, F. (1996). Persona y "officium": derechos y competencias. *Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto*, LXXIII, 3-59.
- Castán Tobeñas, J. (1936). *Derecho Civil español, común y foral*. Tomo I. Madrid: Gráfica Universal.
- Fernández-Escalante, M. (1991). ¿Estado de Derecho o derecho del Estado? En *"XII Jornadas de Filosofía Jurídica y Social: Obligatoriedad y derecho: del 28 al 30 de marzo de 1990"*, Oviedo, 183-192.
- Gambra, R. (1972). *Comunidad y coexistencia*. *Verbo*, (101-102), 51-59.
- Horton, P.B. y Hunt, CH.L. (1991). *Sociología*. México: McGraw-Hill.
- Iglesias, J. (1982). *Derecho Romano*. Barcelona: Ariel.
- Kelsen, H. (1982). Los juicios de Valor en la ciencia del derecho. En *¿Qué es Justicia?* 1ª ed. Barcelona: Ariel Derecho.
- Medina Morales, D. (2002). Metodología jurídica y validez del Derecho. En *Horizontes de la Filosofía del Derecho* (pp. 237-252), Universidad de Alcalá.
- Medina Morales, D. (2005). Orden e imperativismo en la visión kelseniana del derecho. En *Problemas actuales de filosofía jurídica y política* (pp. 189-208). Córdoba: Ed. SFD.
- Medina Morales, D. (2010a). Kelsen y el deber. En *El primer Kelsen y otros estudios* (pp. 105-114). Córdoba: Ed. SFD.
- Medina Morales, D. (2010b). El derecho como idea de orden permanente en H. Kelsen. *Persona y Derecho*, (62), 81-99.
- Medina Morales, D. (2011). Un enfoque del derecho más allá del positivismo. En *Teoria Comunicacional do direito* (pp. 171-199). Sao Paulo: Noeses.
- Medina Morales, D. (2015). El arte del Derecho. La ley como instrumento del operador jurídico. En *Una filosofía del derecho en acción. Homenaje al Profesor Andrés Ollero* (pp. 557-573). Madrid: Congreso de Diputados.
- Miceli, P. (2012). *Derecho consuetudinario y memoria*. Madrid: Dykinson. Disponible en <http://hdl.handle.net/10016/14294>

Gregorio
Robles Morchón

Rubén Alberto
Duarte Cuadros

EDITORES

102

APORTES
A LA TEORÍA
COMUNICACIONAL
DEL DERECHO (TCD),
FILOSOFÍA DEL DERECHO
Y TEORÍA JURÍDICA

Diego
Medina Morales

103

EL PAPEL DE LA
COSTUMBRE ANTE
LA POSITIVIDAD DEL
DERECHO MODERNO:
LA COSTUMBRE
EN LA TEORÍA
COMUNICACIONAL
DEL DERECHO

- Montesquieu, C.L.S. (1906). *El Espíritu de las leyes*. Madrid: Librería General de Vitoriano Suarez.
- Moreso, J. J. (2017). Positivismo jurídico y filosofía analítica. *Teoría y derecho*, (22), 118-136.
- Negro Pavón, D. (1979). Rousseau y los orígenes de la política del consenso. *Revista de Estudios Políticos*, (8), 63-114.
- Ordóñez, A. (2008). La ideología neoconstitucionalista y las transformaciones del derecho. *Verbo*, (463-464), 247-254.
- Ortega, L. (2005). Voz «costumbre». En *Diccionario de Derecho Administrativo*. Tomo I. (pp. 752-760). Madrid: Iustel.
- Otto, I. de (1989). *Derecho Constitucional. Sistema de fuentes*. Barcelona: Ariel.
- Pattaro, E. (1980). *Filosofía del Derecho. Derecho. Ciencia jurídica*. Madrid: Reus.
- Pérez Luño, A. E. (1997). *Teoría del Derecho. Una concepción de la experiencia jurídica*. Madrid: Ed. Tecnos.
- Reale, M. (1978a). *Teoría tridimensional del derecho*. Valparaíso: Edeval.
- Reale, M. (1978b). *Filosofía do Direito*. Sao Paulo.
- Robles Morchón, G. (2015a). *Teoría del Derecho. Fundamentos de Teoría Comunicacional del Derecho*. Vol. I. Sexta edición. Pamplona: Thomson Reuters.
- Robles Morchón, G. (2015b). *Teoría del Derecho Fundamentos de Teoría Comunicacional del Derecho*. Vol. II. Primera Edición. Pamplona: Thomson Reuters.
- Sánchez Hidalgo, A. (2019). *Epistemología y metodología jurídica*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- Tönnies, F. (1947). *Comunidad y sociedad*. Trad. de J. Rovira Armengol. Buenos Aires: Losada.
- Urdanoz, T. (1984). *Historia de la Filosofía*. Tomo VII. Madrid: BAC.
- Vallet de Goytisolo, J. B. (2004). *Manuales de metodología jurídica*. Vol. II. Madrid: Fundación Cultural del Notariado.
- Zagrebelsky, G. (1995). *El Derecho dúctil*. Madrid: Editorial Trotta.

Gregorio
Robles Morchón

Rubén Alberto
Duarte Cuadros

EDITORES

104

APORTES

A LA TEORÍA
COMUNICACIONAL
DEL DERECHO (TCD),
FILOSOFÍA DEL DERECHO
Y TEORÍA JURÍDICA

Ángela
Aparisi
Miralles¹

JUSTICIA Y DIGNIDAD HUMANA EN LA TEORÍA DE LAS DECISIONES JURÍDICAS

1. Introducción

En el marco de la teoría comunicacional del derecho², la teoría de las decisiones jurídicas (Robles, 2015, pp. 105 y ss.) tiene como objeto abordar los diferentes aspectos relativos a las decisiones que se toman en el derecho, desde la constituyente, la legislativa y la judicial, hasta las que generan los contratos o acuerdos entre partes. Por ello, en este nivel se sitúan los problemas relativos a la justicia y, en general, a los principios³ y valores que dichas decisiones jurídicas deben

¹ Catedrática de Filosofía del Derecho de la Universidad de Navarra.

² Sobre la teoría comunicacional del derecho, tal y como ha sido expuesta por el profesor Robles, pueden consultarse, entre otros textos, Robles (1996, pp. 195-226; 1998; 2008, pp. 907-942; 2009; 2010, pp. 13-48; 2011, pp. 195-230; 2015a; 2015b). También puede consultarse Ortiz de Bolaños y Robles (2018).

³ En relación con la distinción entre normas y principios no existe, en la actualidad, una postura unánime. Se podría afirmar que, en sentido estricto, los principios responden a exigencias de justicia, de equidad o, en general, morales. No tipifican comportamientos



encarnar. Entre estos principios, ocupa un lugar fundamental el de la dignidad humana⁴.

No obstante, podemos comprobar que en la actualidad y, en concreto, en el ámbito de las decisiones jurídicas, se recurre a dicho principio partiendo de concepciones muy distintas y, en consecuencia, atribuyéndole significados muy diversos. En este contexto, el objetivo de este trabajo es: a) intentar aproximarnos a lo que entiendo que es el significado propio y genuino del principio de la dignidad humana; b) aportar algunas posibles consecuencias de este principio en el ámbito de la teoría de las decisiones jurídicas.

Gregorio
Robles Morchón

Rubén Alberto
Duarte Cuadros

EDITORES

106

APORTES

A LA TEORÍA
COMUNICACIONAL
DEL DERECHO (TCD),
FILOSOFÍA DEL DERECHO
Y TEORÍA JURÍDICA

2. La dignidad humana en el contexto de la teoría de las decisiones jurídicas

Partimos de la existencia de un consenso bastante unánime en torno a la idea de que la dignidad humana es el fundamento último del derecho. Así ha sido reconocido a nivel positivo, tanto en el ámbito internacional como en el derecho interno de los diversos países.

En lo que se refiere al ámbito internacional, la Carta de las Naciones Unidas (1945) y la Declaración Universal de Derechos Humanos (1948), entre otros documentos, ya consagraron la dignidad humana, reconociéndola como fundamento último de los derechos humanos⁵. El preámbulo de dicha declaración afirma que “la libertad, la justicia y la paz en el mundo tienen por base el reconocimiento de la dignidad intrínseca y

(cont. nota 3) específicos, sino que, fundamentalmente, proporcionan razones objetivas para actuar en un determinado sentido. Por otro lado, a diferencia de las normas jurídicas, se identifican no por su origen, sino por su contenido y su fuerza argumentativa (Véase Dworkin, 1980, pp. 85-86; Esser, 1961). No obstante, hay autores que tienen a limar diferencias entre ambos conceptos. Así, por ejemplo, para Laporta (1985) un principio es “un enunciado normativo de carácter muy general o abstracto, pero que, dejando a un lado esa generalidad o abstracción, no tiene una estructura diferente de la norma concreta” (p. 5).

⁴ Véase, entre otros, Glendon (2012, pp. 253-262) y Franz (2011, p. 142).

⁵ Véase, entre otros, Glendon (2012, pp. 253-262) y Franz (2011, p. 142).

de los derechos iguales e inalienables de todos los miembros de la familia humana”.

Es importante destacar que, tanto en este texto como en el resto de las declaraciones y convenios internacionales que le seguirán, la dignidad se atribuye, expresamente, a todos los seres humanos. Por ello, y con independencia de diferentes desarrollos e interpretaciones ulteriores, tanto la Declaración Universal como los textos posteriormente aprobados responden, al menos implícitamente, a una mentalidad humanista, en cuanto asimilan expresiones como “todos”, “todo ser humano” y “persona” (Ballesteros, 2004)⁶.

La dignidad humana ha sido también reconocida a nivel interno, en los diversos países, como un principio fundamental (García, 2012, pp. 449 y ss.). Por ejemplo, podemos recordar que la Constitución española, en su artículo 10.1, sostiene que “la dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes... son fundamento del orden político y de la paz social”. Asimismo, nuestro Tribunal Constitucional ha considerado, en su STC 337/94, el principio de la dignidad humana como un “valor jurídico fundamental”, incluso como “pértico de los demás valores o principios allí consagrados”. Para Jiménez de Parga (2001), se trata del principio fundamental y último del ordenamiento jurídico español (pp. 17 y ss.).

⁶ Por su parte, la Declaración de Naciones Unidas sobre la eliminación de todas las formas de discriminación racial, proclamada por la Asamblea General de Naciones Unidas, el 20 de noviembre de 1963, afirma en su Preámbulo: “Considerando que la Carta de las Naciones Unidas está basada en el principio de *dignidad e igualdad de todos los seres humanos*...”. Y en su artículo 1, este texto sostiene que: “La discriminación entre los seres humanos por motivos de raza, color u origen étnico es un atentado contra la *dignidad humana*...”. En la misma línea, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, que entró en vigor el 3 de enero de 1976, afirma en su Preámbulo: “Reconociendo que estos derechos se desprenden de la *dignidad inherente de la persona humana*...”. En iguales términos se expresa el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, al afirmar que “estos derechos se derivan de la *dignidad inherente a la persona humana*”. Por su parte, la Conferencia Mundial de Derechos Humanos (Viena, junio de 1993) recoge, de nuevo, estas ideas en su Preámbulo: “Reconociendo y afirmando que todos los derechos humanos tienen su origen en la *dignidad y el valor de la persona humana* (...) Recordando el Preámbulo de la Carta de las Naciones Unidas, en particular la determinación de reafirmar la fe en los derechos fundamentales del hombre, en la *dignidad y el valor de la persona humana*”. En el párrafo primero de este texto también podemos leer que “los derechos humanos y las libertades fundamentales son *patrimonio innato de todos los seres humanos*; su promoción y protección es responsabilidad primordial de los gobiernos”.

Ángela
Aparisi Miralles

107

JUSTICIA Y DIGNIDAD
HUMANA EN LA TEORÍA
DE LAS DECISIONES
JURÍDICAS

En la misma línea, la Constitución alemana otorga a la dignidad humana un lugar prioritario. En su artículo 1.1, mantiene que “la *dignidad del hombre* es inviolable. Respetarla y protegerla constituye una obligación de todo poder del Estado”. Del mismo modo se manifiestan otras constituciones, como, por ejemplo, la portuguesa, italiana, griega, húngara, rusa... En concreto, este último texto, aprobado en 1993, establece, en su artículo 21.1, que “la *dignidad de la persona* es protegida por el Estado. Nada puede servir de fundamento para su menoscabo”.

En este contexto puede resultar sorprendente constatar la siguiente paradoja: por un lado, como he señalado, parece existir un consenso firme en entender que la dignidad humana debe ser el fundamento de las decisiones que se adopten en un sistema jurídico que aspire a la justicia; pero, por otro lado, se advierte la existencia de una gran discrepancia en relación con el significado de este principio y sus consecuencias prácticas. O, lo que es lo mismo, resulta llamativo, e incluso contradictorio, comprobar que gran parte de la actual cultura jurídica occidental está construida sobre una consideración ambigua del significado del principio de la dignidad humana. Ello ha llevado a algunos autores a afirmar que nos encontramos ante una noción vacía de contenido o, al menos, con poca operatividad en el campo jurídico⁷. Por ejemplo, en esta línea, afirma Norbert Hoerster (1992):

Cuan vacía es necesariamente la fórmula del principio de dignidad humana: no es nada más y nada menos que el vehículo de una decisión moral sobre la admisibilidad o inadmisibilidad de formas posibles de la limitación de la autodeterminación individual. (pp. 91 y ss.)

⁷ Véase González (1986, pp. 19-20), Melendo y Millán-Puelles (1996), García (2012, pp. 456 y ss.). En el ámbito del derecho constitucional también existe una gran indefinición sobre este tema. Von Münch (1982) pone de manifiesto que, de la redacción del art. 10.1 de la Constitución española, no surgen tantas dudas como ocurre con los artículos de la Ley Fundamental alemana que hacen referencia a la dignidad; pero ello no significa que todo esté perfectamente claro (pp. 9-33).

Frente a estas posturas, entiendo que el principio de la dignidad humana no es, en absoluto, un concepto vacío. Es cierto que, en la actualidad, se recurre frecuentemente a él desde parámetros exclusivamente retóricos, ideológicos, utilitaristas o políticos. No obstante, considero que la cuestión de fondo no es si el principio está siendo, o no, adecuadamente utilizado en la toma de decisiones jurídicas, sino si existe una cualidad real en el ser humano que requiera de un término lingüístico para ser designada. Dicho término puede ser el de dignidad o cualquier otro; pero si existe tal realidad en el ser humano, no podemos prescindir de él⁸. Por el contrario, si rechazamos el principio es cuando realmente nos encontraríamos con un vacío, con una realidad que carece de su correspondiente expresión lingüística. Además, creo que no es, en absoluto, indiferente situar el principio de la dignidad humana como fundamento de las decisiones jurídicas, que no hacerlo.

En definitiva, entiendo que la actual manipulación del principio de la dignidad humana no le priva, per se, de su trascendencia en el ámbito de la teoría de las decisiones jurídicas.

Si existe ambigüedad o el principio está siendo manipulado con diversos fines ideológicos, lo más adecuado no es prescindir de él, sino, por el contrario, profundizar en su significado, indagar en su sentido genuino, su origen y evolución, las concepciones y los contextos en los que se ha desarrollado, entre otros.

⁸ Es interesante hacer notar que la referencia a la noción de dignidad humana, entendida como fundamento de los derechos humanos, ha sido una constante en la doctrina social de la Iglesia, especialmente a partir del pontificado de Juan Pablo II. En concreto, afirmó que: “la dignidad de la persona humana es un valor trascendente, reconocido siempre como tal por cuantos buscan sinceramente la verdad. En realidad, la historia entera de la humanidad se debe interpretar a la luz de esta convicción. Toda persona, creada a imagen y semejanza de Dios (Gn. 1, 26-28) y por tanto radicalmente orientada a su Creador, está en relación constante con los que tienen su misma dignidad. Por eso, allí donde los derechos y deberes se corresponden y refuerzan mutuamente la promoción del bien del individuo se armoniza con el servicio al bien común” (Mensaje Papal para la Jornada de la Paz, 15 de diciembre de 1998). En el mismo sentido, la Encíclica *Evangelium Vitae* mantiene que “toda sociedad debe respetar, defender y promover la dignidad de cada persona humana, en todo momento y condición de su vida” (Juan Pablo II, 1995, p. 135).

Gregorio Robles Morchón

Rubén Alberto Duarte Cuadros

EDITORES

108

APORTES

A LA TEORÍA COMUNICACIONAL DEL DERECHO (TCD), FILOSOFÍA DEL DERECHO Y TEORÍA JURÍDICA

Ángela Aparisi Miralles

109

JUSTICIA Y DIGNIDAD HUMANA EN LA TEORÍA DE LAS DECISIONES JURÍDICAS

3. En torno al significado del principio de la dignidad humana

Referirnos a la dignidad humana supone abordar un tema sumamente complejo que, además, ha sido abundantemente tratado por la doctrina. Así lo muestra la rica bibliografía sobre el mismo⁹. Por ello, no dispongo del espacio necesario en este trabajo para abordar estas cuestiones con la profundidad que requieren. Solo quiero mencionar que, en la actualidad, y en el ámbito de la teoría de las decisiones jurídicas, cuando se recurre al principio de la dignidad humana, se emplea, en general, con tres significados: como sinónimo de autonomía moral, como equivalente a calidad de vida y entendiéndolo como el valor inconmensurable inherente a todo ser humano (García, 2012, pp. 456 y ss.). Tales significados responden, a su vez, a tres concepciones antropológico-filosóficas diferentes: la dualista, la utilitarista y la ontológico-jurídica¹⁰. Desde mi punto de vista, solo esta última nos permite comprender la dignidad humana en su sentido originario y genuino, sin caer en errores o reduccionismos.

9 Véase, entre otros trabajos: Díaz de Terán (2012, pp. 179-193; 2008a, pp. 215-238; 2008b, pp. 473-487); D'Agostino (2002); Ballesteros (2001, pp. 179-203); Pavía y Revet (1999); Andorno (1997 y 1996); González (1996); Melendo y Millán-Puelles (1996); Choza (1995); Hendin (1995); Arendt (1992); Bristow (1993); Sociedad Internacional Pro-Valores Humanos E. Fromm y S. Zubirán (1989); Gentles (1990); (Spaemann, 1988, pp. 13 y ss.); Annas (1988); Bartolomei (1987); González (1986); Freer (1984); Gaylin (1984); Von (1982, pp. 9-33); Millán-Puelles (1978); Maihofer (1972, pp. 37-62); Bon (1950).

10 He abordado el significado del principio de la dignidad humana en los trabajos Aparisi, A. (2009). En torno al principio de la dignidad humana. En Montoya, V. *Vida humana y Aborto. Ciencia, filosofía, bioética y derecho*. México: Porrúa; (2008). La dignidad humana como fundamento del orden jurídico positivo. *Auctoritas Prudentium* (1), Guatemala: Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad del Istmo; (2008). Human cloning and human dignity. En Weisstub, D. y Díaz G. *Autonomy and Human Rights in Health Care. An International Perspective, Series International Library of Ethics, Law, and the New Medicine* (36), pp. 271-291; (2006). Persona y dignidad ontológica. En Megías, J.J. *Manual de Derechos Humanos*, Pamplona: Aranzadi; (2004). *Biotecnología, dignidad y derecho: bases para un diálogo*, Pamplona: Eunsa; (2003). El significado del principio de la dignidad humana: un análisis desde la ley 41/2002 sobre derechos de los pacientes, en *La ley 41/2002 y la implantación de los derechos del paciente*, Pamplona: Eunsa; (2002). Clonación de embriones y dignidad humana, en *Revista de Derecho de la Universidad Católica del Norte* (9), pp. 137-164, Chile; (2002). La píldora del "día siguiente": aspectos científicos, éticos y jurídicos, en *La Caja*, Madrid; (2002). Genoma humano, dignidad y derecho, en *Revista de Derecho y Salud* 10(1), pp. 95-104; (2001). Clonación "terapéutica" de embriones humanos. Aproximación ético-jurídica. En *Libro homenaje a D. Antonio Hernández Gil III*, pp. 2251-2271, España: Editorial Centro de Estudios Ramón Areces; (1999). Alcance de los derechos del hombre a la luz del pensamiento cristiano, en *Fidelium Iura* (9), pp. 137-160; (1999). Manipulación genética, dignidad y derechos humanos, en *Persona y Derecho* (40), Pamplona.

Seguidamente, tal y como he señalado al principio de este texto, voy a intentar aproximarme, muy brevemente, a lo que entiendo que es el significado genuino del principio de la dignidad humana; luego, intentaré mencionar algunas consecuencias de este principio en el ámbito de la teoría de las decisiones jurídicas.

Como recuerda Robles (2015), ya Tomás de Aquino vinculó las nociones de persona, individuo racional y dignidad (pp. 890 y ss.). No obstante, posiblemente fue Kant (1992) el autor que mejor tradujo la conexión entre sujeto moral y dignidad. Como es bien conocido, en su obra *Fundamentación de la metafísica de las costumbres*, señaló que "aquello que tiene precio puede ser sustituido por algo equivalente; en cambio, lo que se halla por encima de todo precio y, por tanto, no admite nada equivalente, eso tiene una dignidad" (p. 92). Y, en otro lugar, afirmó que las personas

no son meros fines subjetivos, cuya existencia, como efecto de nuestra acción, tiene un valor para nosotros, sino que son fines objetivos, esto es, seres cuya existencia es en sí misma un fin, y un fin tal que en su lugar no puede ponerse ningún otro fin para el cual debieran ellas servir como medios... Los seres racionales se llaman personas porque su naturaleza los distingue ya como fines en sí mismos, esto es, como algo que no puede ser usado meramente como medio, y, por tanto, limitada en ese sentido todo capricho (y es objeto de respeto). (Kant, 1992, p. 83)

Como también destaca Robles (2005), Kant, al apelar a la dignidad humana, remite a un presupuesto esencial, el valor que todo ser humano tiene en sí mismo, con independencia de cualquier otro factor, lo cual le hace merecedor de un respeto incondicionado (p. 897)¹¹. Asimismo, nos sitúa ante una distinción básica: la existente entre seres humanos y cosas, sujetos y objetos. Todo ser humano es un sujeto, depositario

11 Asimismo, entre otros, véase Spaemann (1989, p. 94) y González (1996, pp. 45 y ss.).

Gregorio Robles Morchón

Rubén Alberto Duarte Cuadros

EDITORES

110

APORTES

A LA TEORÍA COMUNICACIONAL DEL DERECHO (TCD), FILOSOFÍA DEL DERECHO Y TEORÍA JURÍDICA

Ángela Aparisi Miralles

111

JUSTICIA Y DIGNIDAD HUMANA EN LA TEORÍA DE LAS DECISIONES JURÍDICAS

de un valor inherente e inconmensurable. Por ello, con la dignidad no se expresa la superioridad de un ser humano sobre otro, sino de todo ser humano, sin excepción, sobre el resto de los seres que carecen de razón.

Esto es precisamente lo que significa “dignidad”: “cualidad de ser fin en sí mismo, no susceptible de rebajarse a la categoría de medio bajo ninguna circunstancia, ni siquiera de carácter excepcional” (Robles, 1995, p. 47). Por ello, debe entenderse como un principio fundamental la primacía del ser humano frente a cualquier tipo de interés o deseo personal, social o económico (Aparisi, 2013, pp. 201-221). Solo de este modo el ser humano deja de ser un medio para transformarse en un fin en sí mismo (Robles, 2015, p. 897). El profesor Robles (2015) nos recuerda aquí el imperativo categórico de Kant (1992): “Actúa de tal modo que, tanto en tu persona como en la persona de cualquier otro, apliques la humanidad siempre como fin y nunca como medio” (p. 899).

Desde esta perspectiva, puede afirmarse que el ser humano es, en sentido real, la fuente y el centro de todo orden jurídico. En realidad, el fenómeno jurídico no es explicable sin la persona, entendida en sentido moral, y no meramente formal, ya que es de ella, y de su peculiar dignidad, de donde dimanan exigencias de justicia. La realidad es que el ser humano es el único ser viviente que se halla en contacto con el mundo de los valores y está llamado, desde la libertad y la racionalidad, a realizarlos. Tiene, en acto o en potencia, la capacidad de trascenderse a sí mismo, y posee la experiencia de una conciencia ética que le descubre la adecuación de sus actos con su propia dignidad. Por eso se ha llegado a decir que el ser humano es la única realidad a través de la cual el mundo de los valores puede transformarse en una fuerza real (Recasens, 1974).

De todo ello podemos deducir que el derecho debe estar al servicio del ser humano real, del individuo concreto y de sus necesidades más esenciales, siendo esta su función más

básica en la sociedad¹². En realidad, el derecho, como ocurre con tantas otras realidades (el arte, la religión, la ciencia...), alcanza su pleno sentido y se dirige a su horizonte último, si está conectado con el ser humano, si se orienta al servicio de este y de sus necesidades más esenciales (Aparisi, 2013, pp. 201-221). Por ello, debe entenderse como un principio fundamental la primacía del ser humano frente a cualquier tipo de interés o deseo personal, social o económico. Solo de este modo el ser humano deja de ser un medio para transformarse en un fin en sí mismo.

4. Consecuencias del principio de dignidad en la teoría de las decisiones jurídicas

Ello tiene muchas consecuencias en el ámbito de la teoría de las decisiones jurídicas. Paso a mencionar algunas de ellas:

1) Para el reconocimiento de la dignidad humana debería ser título suficiente, como señala la Declaración Universal de 1948, la pertenencia a la familia humana¹³. En consecuencia, no sería necesario ningún requisito adicional; como, por ejemplo, la independencia del seno materno, la racionalidad, la conciencia, la pertenencia a una determinada raza o clase social, la calidad de vida, etc. (Robles, 1995, p. 56). En realidad, solo si se acepta como premisa el reconocimiento de la universalidad

¹² En mi opinión, no se puede definir de manera no reductiva el derecho, incluso el derecho positivo, si no es diciendo que es un orden establecido con el sentido de servir a la persona y a las exigencias de justicia que de ella dimanan (Radbruch, 1999; Hervada, 2008; Ballesteros, 2007).

¹³ Por otro lado, es suficiente con que un ser vivo posea un genoma humano para ser considerado miembro de la familia humana. Ello, sin embargo, no implica la reducción de la persona al genoma. En este aspecto es especialmente clara la Declaración Universal sobre el Genoma Humano y los Derechos Humanos, ya citada, al resaltar que la dignidad de los individuos es independiente de sus características genéticas. En el mismo sentido, el artículo 2, apartado a) mantiene que “Cada individuo tiene derecho al respeto de su dignidad y derechos, cualesquiera que sean sus características genéticas”. Y en su punto b) afirma que “Esta dignidad impone que no se reduzca a los individuos a sus características genéticas y que se respete su carácter único y su diversidad”. Como destacó Juan Pablo II, en su Discurso a la Academia Pontificia de la Vida, de 24 de febrero de 1998: “el genoma humano no sólo tiene un significado biológico; el portador de una dignidad antropológica, que tiene su fundamento en el alma espiritual que lo impregna y vivifica”.

Gregorio Robles Morchón

Rubén Alberto Duarte Cuadros

EDITORES

112

APORTES A LA TEORÍA

COMUNICACIONAL DEL DERECHO (TCD), FILOSOFÍA DEL DERECHO Y TEORÍA JURÍDICA

Ángela Aparisi Miralles

113

JUSTICIA Y DIGNIDAD HUMANA EN LA TEORÍA DE LAS DECISIONES JURÍDICAS

y la exigencia de no exclusión, es posible hablar, en rigor, de dignidad humana¹⁴.

Ello es así porque la dignidad también presupone una igualdad esencial entre los miembros de la especie humana. Esta afirmación no refleja un dato fenomenológico, sino una legítima aspiración de justicia: remite a la exigencia de un idéntico respeto a todos los seres humanos, que se concreta, también, en el igual reconocimiento de los derechos humanos y fundamentales.

En realidad, definiendo quién tiene dignidad (y es merecedor de respeto) y quién no, se elimina, radicalmente, la operatividad del mismo principio, así como la garantía de igualdad, no discriminación y no exclusión, que, en definitiva, supone el reconocimiento de la dignidad¹⁵.

Por ello, para Spaemann (1989), los derechos humanos "se deben reconocer para todo ser que descienda del hombre y a partir del primer momento de su existencia natural, sin que sea lícito añadir cualquier criterio adicional" (p. 50)¹⁶. En la misma línea, para González (1996):

14 En esta línea, el preámbulo de la Convención sobre los Derechos Humanos y la Biomedicina del Consejo de Europa establece "la necesidad de respetar al ser humano, no sólo como individuo sino también en su pertenencia a la especie humana", reconociendo la importancia de garantizar su dignidad. Y en su artículo primero se refiere, también, a la protección de la dignidad de todo ser humano.

En contradicción con este criterio, el Tribunal Constitucional español ha seguido una línea jurisprudencial que, en la práctica, niega el carácter inherente de la dignidad. En este sentido, resulta suficientemente ilustrativa la ya mencionada Sentencia 53/85, en la que el criterio determinante para atribuir, o denegar, la dignidad es una regla jurídica (artículo 29 del Código Civil) cuyos orígenes, como es bien conocido, guardan estrecha relación con el derecho sucesorio. Esta línea argumentativa ha sido seguida en posteriores sentencias, como la STC 212/96 y la STC 116/99.

15 De Diego Lora (2002) mantiene que el Tribunal Constitucional realiza una aportación "inédita" hasta ese momento, ya que "mediante tal postura... niega que la Constitución española proteja toda vida humana por sí misma, sino solo a partir de encontrarse en el útero de la mujer, distinción que, desde luego, no está en la Constitución.

16 Para este autor: "si la pretensión de pertenecer a la sociedad humana quedara al juicio de la mayoría, habríamos de definir en virtud de que propiedades se posee dignidad humana y se pueden exigir los derechos correspondientes. Pero esto sería suprimir absolutamente la idea misma de los derechos humanos. Estos presuponen que todo ser humano, en tanto que miembro de la humanidad, puede hacer valer sus derechos frente a otros, lo cual significa a su vez que la pertenencia a la especie *homo sapiens* sólo puede basarse en aquella dignidad mínima que hemos llamado dignidad humana» (Spaemann,

precisamente esa dignidad se pone en juego cuando cualquiera se arroga el derecho de decidir qué seres merecen el nombre de personas y cuáles no. Porque entonces fácilmente se pasa a considerarlos como un puro medio, y se les somete a cálculos utilitaristas. Los débiles, los improductivos, los lisiados, los niños, los enfermos, podrían irse excluyendo progresivamente de la definición de persona, y la exclusión podría fácilmente justificarse atendiendo a razones de Estado y en última instancia de conveniencia. Frente a esto, no está de más recordar que la dignidad, a diferencia del valor, no es conmensurable. (pp. 54-55)

En mi opinión, de aquí se derivaría la necesidad de reconocer a todo ser humano el carácter de persona desde el punto de vista jurídico.

2) El principio de la dignidad humana también implica, en el ámbito de las decisiones jurídicas, la exigencia de no instrumentalización del ser humano y de no comercialización con sus partes. Ello supone la necesidad de defender la primacía del ser humano frente a cualquier tipo de interés social, político o económico. Solo de este modo el ser humano deja de ser un medio para transformarse en un fin en sí mismo. Esto es precisamente lo que significa "dignidad": "cualidad de ser fin en sí mismo, no susceptible de rebajarse a la categoría de medio bajo ninguna circunstancia, ni siquiera de carácter excepcional" (Robles, 1995, p. 47). En este sentido, merece destacarse que el artículo 2 de la Convención sobre los Derechos Humanos y la Biomedicina afirma que "El interés y el bienestar del ser humano prevalecerán frente al exclusivo interés de la sociedad o de la ciencia".

3) La dignidad humana también conlleva la necesaria protección del derecho humano a la vida¹⁷. En efecto, existe una

(cont. nota 16) 1988, p. 25). En esta línea, por ejemplo, la Declaración Americana de Derechos y Deberes del hombre, de 1948, afirma que: "Los Estados americanos han reconocido que los derechos esenciales del hombre no nacen del hecho de ser nacional de determinado Estado, sino que tienen por fundamento al ser humano".

17 El artículo 3 de la Declaración Universal de Derechos Humanos sostiene que "toda persona tiene derecho a la vida, a la libertad y a la seguridad". Por su parte, el artículo 4.1 de la Convención Americana de Derechos Humanos sostiene también que "toda persona

Gregorio
Robles Morchón

Rubén Alberto
Duarte Cuadros

EDITORES

114

APORTES

A LA TEORÍA
COMUNICACIONAL
DEL DERECHO (TCD),
FILOSOFÍA DEL DERECHO
Y TEORÍA JURÍDICA

Ángela
Aparisi Miralles

115

JUSTICIA Y DIGNIDAD
HUMANA EN LA TEORÍA
DE LAS DECISIONES
JURÍDICAS

estrecha relación entre dignidad y derecho a la vida (principio y consecuencia), ya que la lesión de este derecho implica la extinción radical de la dignidad inherente al ser. La agresión a cualquier otro derecho no supone, como en el caso de la vida, la eliminación de un ser que es digno. Además, el derecho a la vida es presupuesto y condición de posibilidad de cualquier otro derecho (Robles, 1995, p. 48), por lo que, en consecuencia, habría que reconocerle una posición jerárquicamente superior, de tal modo que no cabría admitir su ponderación con otros derechos. Por ello, el reconocimiento de la dignidad humana implica, en relación con el derecho a la vida, un deber de respeto y, en consecuencia, un límite a la actuación de los demás. Como apunta Robles,

parece que debe estar fuera de toda discusión que los principios constitucionales de la dignidad humana y del libre desarrollo de la personalidad no sólo expresan ámbitos de libertad para el individuo, sino también, y relevantemente, la obligación, por parte de todos, de respetarlos en las personas ajenas... implica reconocer que los demás son fines en sí mismos... (Robles, 1995)

El Tribunal Constitucional español, en la citada sentencia 53/1985, de 11 de abril, reconoció la estrecha relación existente entre la dignidad y el derecho a la vida:

Dicho derecho a la vida [...] constituye el derecho fundamental esencial y troncal en cuanto es el supuesto ontológico sin el

(cont. nota 17) tiene el derecho a que su vida sea respetada. Este derecho está protegido por la ley y, en general, desde el momento de la concepción. Nadie puede ser privado arbitrariamente de su propia vida". El artículo 6 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, aprobado por la Asamblea de Naciones Unidas el 16 de diciembre de 1966, sostiene que "el derecho a la vida es inherente a la persona humana. Este derecho estará protegido por la ley. Nadie podrá ser privado de la vida arbitrariamente". Asimismo, el artículo 2.1 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos del Hombre y las Libertades Fundamentales, adoptado por el Consejo de Europa, el 4 de noviembre de 1950, afirma que "el derecho de toda persona a la vida está protegido por la ley. Nadie podrá ser privado de su vida intencionadamente...". Por último, la Carta Africana de los Derechos Humanos y de los Pueblos, aprobada en 1981, declara en su artículo 4 que "los seres humanos son inviolables. Todo ser humano tendrá derecho al respeto de su vida y de la integridad de su persona. Nadie puede ser privado arbitrariamente de este derecho".

que los restantes derechos no tendrían existencia posible. Indisolublemente relacionado con el derecho a la vida en su dimensión humana se encuentra el valor jurídico fundamental de la dignidad de la persona, reconocido en el art. 10 como germen o núcleo de unos derechos "que le son inherentes". La relevancia y la significación superior de uno y otro valor y de los derechos que los encarnan se manifiesta en su colocación misma en el texto constitucional, ya que el artículo 10 es situado a la cabeza del título destinado a tratar de los derechos y deberes fundamentales, y el artículo 15 a la cabeza del capítulo donde se concretan estos derechos, lo que muestra que dentro del sistema constitucional son considerados como el punto de arranque, como el *prius* lógico y ontológico para la existencia y especificación de los demás derechos.

Sin embargo, el propio Tribunal posteriormente negó la consecuencia lógica de sus presupuestos, ya que subordinó la vida del *nasciturus* a la dignidad (entendida ahora como autonomía de la voluntad) de la mujer¹⁸.

En definitiva, y con relación a la vida humana, defender la dignidad de todo ser humano supone admitir que el derecho a la vida es el único inviolable, en sentido absoluto, en la medida en que nunca estaría justificada la acción directamente encaminada a producir la muerte de un ser humano inocente.

4) El principio de la dignidad aparece también estrechamente conectado con el principio del libre desarrollo de la personalidad. El artículo 10.1 de la Constitución española vincula la dignidad de la persona a los derechos inviolables que le son inherentes y al libre desarrollo de la personalidad, entendidos como "fundamento del orden político y de la paz social".

18 En realidad, y casi inadvertidamente –aunque con consecuencias decisivas en el fallo–, el Tribunal varió el significado del principio de la dignidad humana –el ser humano es un fin en sí mismo–, para sustituirlo por el principio de autonomía de la voluntad, entendido en un contexto claramente individualista, sin correlación con los deberes.

Gregorio
Robles Morchón

Rubén Alberto
Duarte Cuadros

EDITORES

116

APORTES

A LA TEORÍA
COMUNICACIONAL
DEL DERECHO (TCD),
FILOSOFÍA DEL DERECHO
Y TEORÍA JURÍDICA

Ángela
Aparisi Miralles

117

JUSTICIA Y DIGNIDAD
HUMANA EN LA TEORÍA
DE LAS DECISIONES
JURÍDICAS

Podría entenderse que el libre desarrollo de la personalidad constituye el aspecto dinámico de la dignidad. Remite a la exigencia de garantizar aquellas condiciones que permiten la realización integral del ser humano. En consecuencia, en un sentido integral y no reduccionista, debe entenderse el libre desarrollo de la personalidad no solo como una exigencia de respeto a la autonomía moral, libertad o racionalidad de la persona, sino también como una garantía de protección del desarrollo corporal del ser humano, lógica condición necesaria para poder llevar a cabo un proyecto vital. Por ello, en nuestro caso, el calificativo de "libre" no se traduciría solo como posibilidad de ejercicio de la propia autonomía de la voluntad, sino también como la obligación de garantizar que el desarrollo biológico de un ser humano esté libre de toda intervención que lo obstaculice gravemente. Ello es especialmente relevante en los primeros estadios de la vida, cuando el individuo humano se encuentra en una posición de mayor vulnerabilidad. En este sentido, siguiendo a Gabaldón, el principio del libre desarrollo de la personalidad, en lo que al embrión humano se refiere, implicaría:

la garantía de que ninguna acción se lleve a efecto en contra de su desarrollo biológico... del progreso de su gestación desde el primer momento y por tanto sin impedir que se complete; es decir, el principio esencial de conservación del desarrollo vital de un sujeto nuevo al que afecta aquél principio antes de que, según la ley positiva, adquiera la vestidura formal de la personalidad jurídica. (Gabaldón, 2001, p. 145)

Conclusión

La distinción entre lo justo y lo injusto¹⁹, función principal de la teoría de las decisiones jurídicas implica, entre otras cosas, una indagación dialéctica de lo que a cada uno corresponde según su propio estatuto ontológico. Por ello, se presupone que existen ciertas verdades sobre el ser humano y el orden social que deben

19 Véase Cotta (1987, pp. 235 y ss.).

ser buscadas en común a través del debate y del diálogo. Incluso se podría afirmar que la existencia de estas ciertas verdades previas es lo que da verdadero sentido al diálogo, entendido como algo más que la búsqueda de un mero consenso fáctico²⁰.

Entre esas verdades se encontraría la dignidad humana, considerada como un principio jurídico fundamental. En realidad, el principio de la dignidad humana constituye la referencia de todo el derecho, hasta el punto de que le revela su sentido último. Tomarse en serio la dignidad humana implica un compromiso social, político y jurídico, que va más allá de una mera fórmula retórica o política.

En la actualidad, el principio de la dignidad humana se emplea con distintos significados, con base en diferentes concepciones subyacentes a la misma. En concreto, es muy frecuente que, en un contexto utilitarista, se haga depender la dignidad y el valor de un ser humano de unas adecuadas condiciones psicofísicas, de la calidad de la vida, de la ausencia de patologías... También es muy habitual confundir el principio de la dignidad humana con la noción de autonomía de la voluntad. Ante esta confusión, algunos autores han llegado a considerar la dignidad como un concepto ambiguo y vacío.

Frente a estas visiones, reduccionistas y, por ello, excluyentes, la concepción ontológico-jurídica de la dignidad sostiene que todo ser humano es valioso por lo que es, no por las capacidades o cualidades que tiene. La dignidad humana solo se puede basar en la idea de que todo ser humano merece un respeto incondicionado aun en la mayor vulnerabilidad. Se presupone su valor inconmensurable que lo eleva (cuerpo y espíritu) por encima de los objetos. Por ello, no se traduce exclusivamente en ámbitos de autonomía de la voluntad, sino también en deberes de respeto a los demás y a la propia dignidad.

20 En este sentido, señala González (2000) que "si el derecho no es otra cosa que el resultado de una convención en la que se ha logrado un precario equilibrio de intereses particulares, con el único fin de lograr una convivencia más o menos pacífica, entonces... cualquier diálogo acerca de lo racional está de más" (pp. 174 y 175).

Gregorio
Robles Morchón

Rubén Alberto
Duarte Cuadros

EDITORES

118

APORTES

A LA TEORÍA
COMUNICACIONAL
DEL DERECHO (TCD),
FILOSOFÍA DEL DERECHO
Y TEORÍA JURÍDICA

Ángela
Aparisi Miralles

119

JUSTICIA Y DIGNIDAD
HUMANA EN LA TEORÍA
DE LAS DECISIONES
JURÍDICAS

Considero que en el contexto actual parece necesario, hoy más que nunca, demandar el carácter inherente a todo ser humano de la dignidad. Ello debe ir unido también a una revalorización de la reflexión sobre la dependencia y la vulnerabilidad humanas, como elementos intrínsecos a nuestra existencia. El desafío consiste en descubrir en la misma fragilidad la dignidad de la persona y el sentido profundo de toda vida humana, en admitir "la inseparabilidad entre desvalimiento biológico y excelencia espiritual" (Ballesteros, 2002). Como señala Marcel (1961), la calidad sagrada del ser humano "aparecerá más claramente cuando nos acerquemos al ser humano en su desnudez y en su debilidad, al ser humano desarmado, tal como lo encontramos en el niño, el anciano, el pobre" (p. 168). Por más deteriorado que esté un ser humano, nunca será una cosa, sino una persona, con un valor imponderable e insustituible no solo para él, sino también para todos los demás. Considero que en esto consiste, en esencia, el significado de la dignidad humana. Y estos presupuestos deberían ser tenidos en cuenta por la teoría de las decisiones jurídicas y también en el marco, más amplio, de la teoría comunicacional del derecho.

Referencias

- Andorno, R. (1996). *La distinction juridique entre les personnes et les choses à l'épreuve des procréations artificielles*. París: LGDJ.
- Andorno, R. (1997). *La bioéthique et la dignité de la personne*. París: PUF.
- Annas, G. (1988). Death Without Dignity for Commercial Surrogacy. The Case of Baby-M. *Hasting Center Report*, 21-4.
- Arendt, H. (1992). *La condición humana*. Barcelona: Paidós.
- Aparisi, A. (2013). El principio de la dignidad humana como fundamento de un bioderecho global. *Cuadernos de Bioética*, XXIV(81), 201-221.
- Ballesteros, J. (2002). Dignidad humana y biojurídica. *Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto*, (2), 177-208.

- Ballesteros, J. (2007). *Sobre el sentido del Derecho. Introducción a la Filosofía Jurídica* (3ª ed.). Madrid: Tecnos.
- Bartolomei, F. (1987). *La dignità umana come concetto e valore costituzionale*. Torino: Giapichelli.
- Bon, H. (1950). *La muerte y sus problemas*. Madrid: Fax.
- Bristow, P. (1993). *The moral dignity of man*. Dublín: Four Courts Press.
- Choza, J. (1995). El descubrimiento de la dignidad humana. En J. Arechederra, P. Ayuso, J. Choza y J. Vicente. *Bioética, psiquiatría y Derechos Humanos*. Madrid: I.M. & C.
- Cotta, S. (1987). *El derecho en la existencia humana*. Pamplona: Eunsa.
- D'Agostino, F. (2002). La dignidad humana, tema bioético. En A. González, E. Postigo, S. Aulestiarte. *Vivir y morir con dignidad*. Pamplona: Eunsa.
- De Diego Lora (2002). *Observaciones críticas a la Sentencia del pleno del Tribunal Constitucional 116/1999, de 17 de junio sobre técnicas de reproducción asistida*. Publicación online. Instituto Martín de Azpilicueta, Universidad de Navarra.
- Díaz de Terán, M. (2008a). Multiculturalismo e bioética. *Riflessioni di Filosofia del diritto. Archivio Giuridico Filippo Serafini CCXXVI-II(2)*, 215-238.
- Díaz de Terán, M. (2008b). De 1968 a 2008: consecuencias en bioderecho de la revolución sexual. *Persona y Derecho* (58), 473-490.
- Díaz de Terán, M. (2012). Bioética laica y bioética religiosa. Claves para una argumentación contemporánea. *Cuadernos de Bioética*, XXIII/1ª, 179-193.
- Dworkin, R. (1980). ¿Es el Derecho un sistema de normas? R. Dworkin. *La Filosofía del Derecho* (pp. 85-86). trad. J. Sáinz de los Terreros. México: FCE.
- Esser, J. (1961). *Principio y norma en la elaboración jurisprudencial del Derecho privado*. trad. E. Valentí. Barcelona: Bosch.
- Freer, J. (1984). Chronic vegetative States. Intrinsic Value of Biological Process. *Journal of Medicine and Philosophy*, (9), 395-407.

Gregorio
Robles Morchón

Rubén Alberto
Duarte Cuadros

EDITORES

120

APORTES

A LA TEORÍA
COMUNICACIONAL
DEL DERECHO (TCD),
FILOSOFÍA DEL DERECHO
Y TEORÍA JURÍDICA

Ángela
Aparisi Miralles

121

JUSTICIA Y DIGNIDAD
HUMANA EN LA TEORÍA
DE LAS DECISIONES
JURÍDICAS

- Franz, H. (2011). A paradigmatic change: Religious Liberty from Alfredo Ottaviani to Dignitatis humanae. *Persona y Derecho* 2(65), 141-158.
- Gabaldón, J. (2001). Libre desarrollo de la personalidad y derecho a la vida. *Persona y Derecho* (44), 133-172.
- Gaylin, W. (1995). In Defense of the Dignity of Being Human. *Hasting Center Report* (14), 18-22.
- García, A. (2012). Problemas constitucionales de la dignidad de la persona. *Persona y Derecho* (67,2), 449-514.
- Gentles, I. (1990). *A Time to Choose Life. Women, Abortion and Human Rights*. Toronto: Stoddart.
- Glendon, M. (2012). La soportable levedad de la dignidad. *Persona y Derecho* (67,2), 253-262.
- González, A. (2000). *En busca de la naturaleza perdida*. Pamplona: Eunsa.
- González, A. (1996). *Naturaleza y dignidad*. Pamplona: Eunsa.
- González, J. (1986). *La dignidad de la persona*. Madrid: Cívitas.
- Hendin, H. (1995), Selling Death and Dignity, en *Hasting Center Report*, (25,3), Estados Unidos: Wiley-Blackwell.
- Hervada, J. (2008). *Lecciones propedéuticas de filosofía del Derecho*. Pamplona: Eunsa.
- Hoerster, N. (1992). Acerca del significado del principio de la dignidad humana. En *En defensa del positivismo jurídico*. Barcelona: Gedisa.
- Jiménez, M. (2001). La refundamentación del ordenamiento jurídico. *Persona y Derecho* (44), 131-142.
- Juan Pablo II (1995). *Evangelium Vitae*, p. 81.
- Kant, E. (1983). *Fundamentación de la metafísica de las costumbres*. Madrid: Espasa-Calpe.
- Laporta, F. (1985). El principio de igualdad: introducción a su análisis. *Sistema Revista de ciencias sociales* (67), 3-32.
- Maihofer, W. (1972). Die Würde des Menschen als Zweck des Staates. *Anales de la Cátedra de Francisco Suárez* (12,2), 37-62.

Gregorio Robles Morchón

Rubén Alberto Duarte Cuadros

EDITORES

122

APORTES

A LA TEORÍA

COMUNICACIONAL DEL DERECHO (TCD), FILOSOFÍA DEL DERECHO Y TEORÍA JURÍDICA

- Marcel, G. (1961). *La dignité humaine*. Francia: Aubier M.
- Melendo, T. y Millán-Puelles, L. (1996). *Dignidad: ¿una palabra vacía?* Pamplona: Eunsa.
- Millán-Puelles, A. (1978). *Persona humana y justicia social*. Madrid: Rialp.
- Pavía, M. y Revet, T. (1999). *La dignité de la personne humaine*. París: Economica.
- Radbruch, G. (1999). *Filosofía del Derecho*. Granada: Comares.
- Recasens, L. (1974). *Introducción al estudio del Derecho*. México: Porrúa.
- Robles, G. (2009). *Comunicación, Lenguaje y Derecho. Algunas ideas básicas de la Teoría Comunicacional del Derecho (Discurso de Recepción como Académico de Número de la Real Academia de Ciencias Morales y Políticas)*. Madrid: Real Academia de Ciencias Morales y Políticas.
- Robles, G. (1998). *El Derecho como texto (cuatro estudios de teoría comunicacional del derecho)*. Madrid: Civitas.
- Robles, G. (1995). El libre desarrollo de la personalidad (Artículo 10.1 de la CE). En L. García San Miguel. *El libre desarrollo de la personalidad* (pp. 45-62). Madrid: Universidad de Alcalá.
- Robles, G. (2010). La teoría comunicacional del derecho (TCD): su estructura temática y sus niveles de análisis. En F. Arriola y V. Rojas. *La filosofía del derecho hoy* (pp. 13-48). México: Porrúa.
- Robles, G. (2011). La teoria comunicazionale del diritto: la sua struttura tematica e i suoi livelli d'analisi. *Rivista internazionale di filosofia del diritto* 88(2), 195-230.
- Robles, G. (2008). Las situaciones jurídicas: breves reflexiones desde la teoría comunicacional del derecho. En M. Elosegui y F. Galindo. *El pensamiento jurídico: pasado, presente y perspectiva: libro Homenaje al prof. Juan José Gil Cremades* (pp. 907-942). Zaragoza: El Justicia de Aragón.
- Robles, G. (2015a). *Teoría del Derecho. Fundamentos de Teoría Comunicacional del Derecho I*. Pamplona: Thomson Reuters.
- Robles, G. (2015b). *Teoría del Derecho. Fundamentos de Teoría Comunicacional del Derecho (Volumen II)*. Pamplona: Thomson Reuters.

Ángela Aparisi Miralles

123

JUSTICIA Y DIGNIDAD HUMANA EN LA TEORÍA DE LAS DECISIONES JURÍDICAS

Spaemann, R. (1989). *Lo natural y lo racional: Ensayos de antropología*. Madrid: Rialp.

Spaemann, R. (1988). Sobre el concepto de dignidad humana. *Persona y Derecho* (19), 13-33.

Sociedad Internacional Pro-Valores Humanos E. Fromm y S. Zubirán (1989). *El ser humano y su dignidad ante la muerte*. Instituto Nacional de la Nutrición Salvador Zubirán, México.

Ortiz de Bolaños, L. y Robles, G. (2018). *Comunicación, Derecho y lenguaje. Contribuciones a la teoría comunicacional del Derecho*. Pamplona: Thomson Reuters Aranzadi, Pontificia Universidad Javeriana.

Von Münch (1982). La dignidad del hombre en el Derecho Constitucional. *Revista Española de Derecho Constitucional* (5), 9-34.

Gregorio
Robles Morchón

Rubén Alberto
Duarte Cuadros

EDITORES

124

APORTES

A LA TEORÍA
COMUNICACIONAL
DEL DERECHO (TCD),
FILOSOFÍA DEL DERECHO
Y TEORÍA JURÍDICA

Napoleón
Conde
Gaxiola¹

HACIA UNA
PROPUESTA
COMUNICACIONAL
EN RELACIÓN
CON LA TEORÍA
DEL DERECHO Y
LA SOCIOLOGÍA
JURÍDICA

1. Planteamiento

En este trabajo, trataremos de acercarnos a la idea de derecho desde la perspectiva comunicacional del jurista ibérico Gregorio Robles Morchón. Abordaremos los contenidos primordiales de dicha propuesta estableciendo la especificidad de la ciencia jurídica, la filosofía del derecho y la jus-sociología. También relacionaremos el nexo entre el enfoque comunicacional y sus diferencias con Jürgen Habermas y el enfoque tridimensional del jurista brasileño Miguel Reale y el soviético Evgeni Pasukanis; esto, con la finalidad de hacer algunos comentarios y establecer una comparación sobre la actualidad de su propuesta, en un contexto cercano al mexicano, en particular, y al iberoamericano, en general. A su vez, comentaremos su

¹ Profesor de la Escuela Superior de Turismo y del Instituto Politécnico Nacional.



concepto de derecho y teoría del derecho, con el propósito de conocer su epistemología y poder aplicarla en consecuencia a la realidad concreta. Esta temática ha sido recurrente y constante en mi pensamiento jurídico en los últimos años, por lo que me acerco a una visión complementarista entre diversas propuestas de la ciencia del derecho, la filosofía y la sociología en el papel de abogado, filósofo y sociólogo. Es por esto que he buscado una de las posturas más completas en el derecho, como es, a mi parecer, la de Gregorio Robles Morchón.

2. Desarrollo

La idea de derecho en nuestro autor trata de superar el concepto positivista, esquivando las diversas corrientes teóricas como el relativismo, el univocismo o el derecho natural. Debido a esa cuestión, su conceptualización está más allá del esquema del normativismo, pues no se adhiere a la reducida categoría de racionalidad, ni a la separación entre filosofía y ciencia. Más que plasmar un concepto de derecho, trataremos en esta aproximación de entender su propuesta llamada "teoría del derecho" y la sociología jurídica en vínculo con el tejido comunicacional.

Uno de los problemas en Iberoamérica es la relación que separa el derecho de la filosofía y de la sociología, sobre todo en las escuelas privadas y públicas. A su vez, las universidades estatales y autónomas se han caracterizado, en su gran mayoría, por mantener posiciones normativistas, provocando una disyunción con el enfoque sociológico y filosófico. Tal posición encubre el derecho en tanto comunicación. Sobre esto, dice Robles:

Efectivamente parece que con ella bajo el título de derecho natural se quisiera designar algo distinto de la filosofía del derecho de manera tal que, sin abandonar el mismo planteamiento general, se podría tratar primero del derecho natural y después de la filosofía del derecho. (Robles, 2003, p. 29)

Con esto vemos que, para los iusnaturalistas, la filosofía y la sociología del derecho son el derecho natural, siendo este

de una u otra manera la ciencia o el saber jurídico. De manera contraria, el positivismo formalista reniega de la filosofía y la sociología del derecho. La propuesta comunicacional de Robles trata de recuperar la ciencia jurídica, la filosofía y la sociología del derecho (Robles, 2013, pp. 7-31). Todo esto, desde la orientación de la hermenéutica analítica y la teoría comunicacional, en aras de superar el impacto entre las dos corrientes hegemónicas del derecho: el jusnaturalismo y el positivismo en la época moderna y contemporánea.

Un punto de comparación sobre esta forma de entender la comunicación es la de Jürgen Habermas, quien plantea que el derecho se articula con la racionalidad en la comunicación. Trazaremos brevemente, sin detenernos en el autor alemán, la diferencia sustancial de ambos autores, ya que continuamente hay una confusión entre sus propuestas. Para este autor, la racionalidad:

[...] posee connotaciones que en última instancia se remontan a la experiencia central de la capacidad de aunar sin coacciones y de generar consenso, que tiene un habla argumentativa en que diversos participantes superan la subjetividad inicial de sus respectivos puntos de vista y merced a una comunidad de convicciones racionalmente motivada, se aseguran a la vez de la unidad del mundo objetivo y de la intersubjetividad del contexto en que se desarrollan sus vidas. (Habermas, 1995, p. 34)

Como se observa, lo racional es vertebral de la acción comunicativa, la cual tiene como pretensión establecer en el derecho las condiciones de racionalidad de los sujetos capaces de lenguaje y de acción. El pensador alemán tiene el mérito de ser uno de los pocos sociólogos y filósofos del derecho que reflexiona sobre esa temática. Desde Kant, Hegel y Weber, no se presentaba una individualidad de este tipo, al menos por la hondura de su reflexión. Sin embargo, no es un jurista en el sentido estricto de la palabra. En cambio, Gregorio Robles adopta un punto de vista desde la teoría del derecho, en tanto articulación de la ciencia jurídica y la jusfilosofía, para abordar su idea de derecho y comunicación. También mantiene una posición interesante

Gregorio
Robles Morchón

Rubén Alberto
Duarte Cuadros

EDITORES

126

APORTES

A LA TEORÍA
COMUNICACIONAL
DEL DERECHO (TCD),
FILOSOFÍA DEL DERECHO
Y TEORÍA JURÍDICA

Napoleón
Conde Gaxiola

127

HACIA UNA
PROPUESTA
COMUNICACIONAL
EN RELACIÓN CON
LA TEORÍA DEL
DERECHO Y LA
SOCIOLOGÍA JURÍDICA

acerca de la sociología del derecho. Si bien es cierto que Robles busca construir una teoría general del derecho, Habermas se niega a esta propuesta, indicando que tal pretensión implica una inclinación positivista. Mientras el alemán parte de Kant y Weber, nuestro autor emerge de Ernst Rudolf Bierling, Hans Kelsen, Theodor Geiger, Rudolf von Ihering, Francisco Viola, Giuseppe Zaccaria, Hans George Gadamer y otros. Habermas ubica el derecho entre la facticidad y la validez, donde el primero es lo óntico, o el ser, y lo segundo es lo deóntico, o el deber ser (Habermas, 2009). La idea de comunicación en el sociólogo alemán se vincula a la teoría weberiana de la acción, a partir de tres ideas centrales: generar un concepto de racionalidad más allá del relativismo y del positivismo; construir una idea de sociedad a partir de la propuesta fenoménica del mundo de la vida; y, finalmente, impulsar una teoría antipositivista del derecho.

En ese sentido, la filosofía del derecho jusnaturalista ubicaría al derecho desde una postura óntica, y no deóntica. Por otro lado, la filosofía del derecho positivista privilegia lo deóntico sobre lo óntico (Guastini, 2018). En el caso de este autor, la jusfilosofía tiene que ver con el estudio de la norma, en tanto concepto clave del derecho y su estudio desde el horizonte del lenguaje. A su vez, para él, el dispositivo del ordenamiento jurídico, desde la perspectiva de la normatividad, también plantea la instrumentalización de lo jurídico a través de la interpretación, es decir, la facticidad de la jusfilosofía se ubica en la metajurisprudencia donde se aborda el lenguaje de los jueces, los dogmáticos y los legisladores, y finalmente, en tanto marco categorial para ofrecer salidas a las complejas cuestiones de la jurisprudencia.

En esta vía, nuestro autor concibe el derecho desde hace tres décadas de manera comunicacional, sobre todo, a partir de la publicación de su texto *Epistemología y Derecho*, en 1982. Pero será a partir de 1988, en su libro *Introducción a la teoría del derecho*, donde aborda de la manera más amplia la problemática del derecho como lenguaje, y de forma integral en la investigación *Teoría del derecho. Fundamentos de teoría comunicacional del derecho*, publicado en 1998 (Robles, 2012). En este discurso trata de construir una teoría comunicacional del derecho: "Ten-

go que decir, además que, en general, todos mis trabajos vienen presididos por esta idea constante de construir una teoría comunicacional del derecho con base al modo de ver que estoy exponiendo aquí en esta obra" (Robles, 2012, p. 166).

Esta postura de Robles plantea su originalidad en el concepto "derecho", resaltando la pertinencia de la comunicación. No se conforma con la denominación del término positivista, formalista o neopositivista. Aunque algunas veces, su propuesta jurídica se sitúa en los límites del postpositivismo. Lo interesante radica en establecer la hegemonía de la comunicación en relación con la analítica y la hermenéutica. Más adelante indica: "mi propuesta concreta de teoría del derecho se basa en contemplar este último como un sistema de comunicación entre los hombres, cuya misión inmanente es dirigir la acción humana. Como sistema de comunicación, consiste en un sistema de signos" (Robles, 2012, p. 167).

Esta es la idea de teoría del derecho que propone nuestro autor, a diferencia del jurista soviético Evgeni Pasukanis, quien, en su *Teoría general del derecho y marxismo*, plantea la esencia del derecho como una forma jurídica enlazada a la forma económica:

Marx, pues, concebía el pasaje al comunismo desarrollado, no como pasajes a nuevas formas de derecho, sino como extinción de la época burguesa, destinada a sobrevivir a la burguesía misma. Al mismo tiempo Marx pone en claro la fundamental condición de existencia de la forma jurídica que hunde sus raíces en la economía misma: la unificación de las condiciones del trabajo efectuada sobre la base del principio del cambio de equivalentes. Así descubre el profundo nexo interno que une la forma jurídica a la forma de mercancía. (Pasukanis, 1976, p. 48)

No se puede decir de Robles que sea un defensor del marxismo, y que conciba el derecho al interior de las relaciones sociales de producción. No obstante, su postura mantiene alguna coincidencia con la idea de teoría general del derecho del mencionado jurista soviético. Pasukanis lo plantea de la siguiente manera:

Gregorio
Robles Morchón

Rubén Alberto
Duarte Cuadros

EDITORES

128

APORTES

A LA TEORÍA
COMUNICACIONAL
DEL DERECHO (TCD),
FILOSOFÍA DEL DERECHO
Y TEORÍA JURÍDICA

Napoleón
Conde Gaxiola

129

HACIA UNA
PROPUESTA
COMUNICACIONAL
EN RELACIÓN CON
LA TEORÍA DEL
DERECHO Y LA
SOCIOLOGÍA JURÍDICA

La teoría general del derecho puede definirse como el desarrollo de los conceptos jurídicos fundamentales, es decir, de los más abstractos. A esta categoría pertenecen, por ejemplo, las definiciones de "norma jurídica", "relación jurídica", "sujeto jurídico", etc. A consecuencia de su naturaleza abstracta estos conceptos son igualmente utilizables en todas las ramas del derecho y su significación lógica y sistemática permanece invariable con independencia del contenido concreto al que sean aplicados. (Pasukanis, 1976, p. 37)

Por su parte, Gregorio Robles indica:

Una teoría auténticamente general del derecho tiene que cumplir los tres objetivos señalados. En esto consiste su función pragmática y su justificación, en ser útil a los juristas en el cumplimiento de sus distintas funciones. En toda teoría general del derecho hemos de encontrar: una teoría del sistema jurídico, una teoría de los conceptos jurídicos fundamentales, una teoría de la dogmática jurídica y una teoría de la decisión jurídica. (Robles, 2013, p. 11)

Se observa que no se trata de un autor marxista, ya que, en *Teoría del derecho*, su postura es discursiva, lingual y comunicacional. El método es analítico e ideológicamente se considera un liberal. La diferencia con Pasukanis es que Robles construye paulatinamente una sociología jurídica, a medio plazo una filosofía del derecho y coherentemente una ciencia jurídica. En otro ángulo, el soviético, a mi juicio, aborda un enfoque externalista del derecho, sin tomar en cuenta su estructura normativa, es decir, ubicada al interior de la sociología jurídica, y no tanto de la ciencia del derecho.

Volviendo a Robles, sitúa el derecho a nivel normativista. En consecuencia, tampoco se puede decir que sea un positivista. No hay que olvidar que ha escrito una biografía de Hans Kelsen (Robles, 2014), y que ha sido un miembro relevante del Instituto Hans Kelsen de Viena. Igualmente, ha sido traductor y presentador de la *Teoría pura del derecho* (Kelsen, 2011), y ha escrito un libro sobre las limitaciones de esta teoría, donde

señala: "Por ese camino la *Teoría pura del derecho* no ha sabido resolver ni el problema de la heterogeneidad de las reglas ni tampoco el problema de la decisión y de la dogmática jurídica" (Robles, 2013, p. 65).

Ha sido históricamente un crítico del normativismo formalista, lo cual no le impide reconocer el amplísimo nivel teorético de Kelsen. El jurista español también reconoce el papel de la justicia y de los valores. No por eso se le pueda llamar jusnaturalista, más bien su planteamiento es una crítica a la ontologocidad, la esencia y la trascendencia en el derecho moderno y contemporáneo. Lo que he querido remarcar, acercándome a su marco conceptual, ha sido interpretar su propuesta. No es fácil entender su hermenéutica analítica, su crítica al normativismo y la idea misma sobre el enfoque comunicacional. Debido a estos factores, ha sido complejo abordar su pensamiento. En ese sentido, trato de establecer un cierto diálogo con otros autores representativos del derecho, con el propósito de penetrar un poco en su aparato categorial. Su postura, con relación a la axiología y la justicia, puede parecer de hechura normativista o postpositivista, pues la ubica en el marco de la teoría de la decisión, y no en la teoría formal del derecho.

En relación con los valores, la teoría pura del derecho no tiene nada que decir, y precisamente, de nuevo, porque se sitúa en el primero de los niveles señalados. Y, efectivamente, es preciso aceptar que en el marco del análisis formal está excluido el tema axiológico. Como he señalado en otro lugar, la teoría de la justicia hay que contemplarla para su correcta comprensión en el ámbito de la teoría de la decisión. Los criterios o principios materiales de justicia, sólo adquieren sentido si se les piensa en conexión con la decisión que ordena la vida social de los hombres. (Robles, 2013, pp. 22-23)

La manera de plantear el papel de la justicia en el esquema decisonal no excluiría ubicarla conceptualmente en la sintaxis o teoría formal, sobre todo si encuadra su pensamiento en la jushermenéutica; no hay que olvidar que Robles se considera un hermeneuta. Aunque sea un hermeneuta distinto al italiano

Gregorio
Robles Morchón

Rubén Alberto
Duarte Cuadros

EDITORES

130

APORTES

A LA TEORÍA
COMUNICACIONAL
DEL DERECHO (TCD),
FILOSOFÍA DEL DERECHO
Y TEORÍA JURÍDICA

Napoleón
Conde Gaxiola

131

HACIA UNA
PROPUESTA
COMUNICACIONAL
EN RELACIÓN CON
LA TEORÍA DEL
DERECHO Y LA
SOCIOLOGÍA JURÍDICA

Gianni Vattimo, que privilegia el debilismo (Vattimo, 2010); o Paul Ricoeur, que hegemoniza “El sí mismo” (Ricoeur, 1996); o Emilio Betti, que prioriza lo metodológico por encima de lo epistemológico (Betti, 2018), o el propio Mauricio Beuchot, en la analogía. De una u otra forma, el mérito en nuestro autor es el enlace entre la hermeneusis y lo comunicacional. Más adelante vinculará su sentido axiológico con las normas, lo cual nos podría parecer un punto de vista positivista, ya que articula la moral con el sistema de normas y reglas. Esto significa que sí toma en cuenta la moral, siempre y cuando se encuentre sujeta al corpus normativo: “... el deber moral es el concepto central y prácticamente único de la moral como orden normativo” (Robles, 2012, p. 815).

De esta manera, manifiesta su simpatía por las ideas liberales, y señala que la moral está ligada a los ordenamientos jurídicos de las formaciones sociales del liberalismo, oponiéndose, de una u otra manera, a las dictaduras o los gobiernos totalitarios. En ese sentido, su teoría del derecho es adecuada a las sociedades enmarcadas en la democracia representativa y participativa. El hecho de volver constantemente a la moral nos recuerda un poco su tejido hermeneutizante. Es ahí donde se observa el nexo entre lo analítico y la hermenéutica.

La moral individual o personal es, pues, tenida en cuenta y respetada por los ordenamientos jurídicos de aquellos países en los que han triunfado las ideas liberales. No sucede así en aquellos otros que se encuentran sometidos a poderes dictatoriales o tiránicos, o simplemente intervencionistas (como es el caso de lo que se llamó “despotismo ilustrado”). (Robles, 2012, p. 827)

No obstante lo dicho anteriormente, no es un partidario del derecho natural en el sentido de Javier Hervada, quien defiende el papel de la justicia, la equidad, la proporción, la moral, la naturaleza humana, al margen del ordenamiento y del sistema jurídico para configurar, en consecuencia, una corriente jusnaturalista de corte idealista, distinguiéndose de la univocidad del positivismo jurídico (Hervada, 2001). Robles nunca ha estado

cerca del justicionalismo objetivista y subjetivista, señalando de manera innovadora una crítica radical a las posturas del derecho natural. El jurista naturalista mencionado señala:

[...] la historia de la ciencia jurídica enseña, sin duda, la constante permanencia en ella de la idea del derecho natural, hasta el punto de que, desde los juristas romanos, casi dos milenios de sucesivas generaciones de juristas muestran inalterada la división entre derecho natural y derecho positivo [...]; pero a partir del siglo XIX la expansión del positivismo introdujo la necesidad de esa demostración, aunque sólo sea por la elemental actitud científica de dar razón de los que se afirma. (Hervada, 2001, p. 82)

Dentro de su marco conceptual, Robles toma en cuenta la justicia, la moral y los principios. Concibe el derecho como una malla comunicacional que delimita los procedimientos y las competencias, para configurar los vínculos decisionales orientados a distribuir los valores de uso, intercambiarlos o finalmente mantenerlos y resguardarlos. Se concibe el derecho en su origen como un dispositivo resolutivo de problemas. Es decir, es un instrumento de resolución de conflictos, mediante decisiones que buscan la permanencia de la convivencia humana. A su vez, el derecho como comunicación, es la malla en la que la formación social se regula. Configura el mandato a través de procedimientos específicos para intercambiar los productos, especificar de qué manera se consiguen o se transfieren.

Desde un horizonte comunicacional, el derecho es un quehacer vinculado con la producción, el intercambio, la distribución y el consumo de mercancías, aunque no lo diga Robles exactamente así. En ese sentido, su concepto de derecho va más allá de la norma positivista o de la justicia jusnaturalista, ya que su tarea consiste en distribuir valores de cambio mediante la atribución de títulos. Veamos cómo lo dice: “La función que primariamente cumple todo derecho subjetivo es la de atribuir títulos o titularidades. Dicha función consiste en determinar a qué sujeto jurídico pertenece o corresponde algo (un objeto, entendido en su sentido más amplio)” (Robles, 2012, p. 644).

Gregorio
Robles Morchón

Rubén Alberto
Duarte Cuadros

EDITORES

132

APORTES

A LA TEORÍA
COMUNICACIONAL
DEL DERECHO (TCD),
FILOSOFÍA DEL DERECHO
Y TEORÍA JURÍDICA

Napoleón
Conde Gaxiola

133

HACIA UNA
PROPUESTA
COMUNICACIONAL
EN RELACIÓN CON
LA TEORÍA DEL
DERECHO Y LA
SOCIOLOGÍA JURÍDICA

Así, el derecho es un dispositivo comunicacional, cuyo objeto central es la transmisión de bienes. Es importante señalar que Robles establece un trinomio lingual para caracterizar al derecho. Está construido por la teoría formal del derecho, en donde el concepto central es el de "norma jurídica". Un segundo horizonte es el de la llamada "teoría de la dogmática jurídica", cuya noción cardinal es la institución jurídica, y termina con un tercer dispositivo denominado "teoría de la decisión jurídica", en el que su concepto vertebral es la decisión jurídica. Robles plantea tal trinomio discursivo al interior de la "teoría comunicacional". Sin embargo, no se podría considerar su "teoría del derecho" desde una óptica tridimensional al estilo del jurista brasileño Miguel Reale (1910-2006), ya que, para él, norma, hecho y valor constituyen el eje primordial de su concepto de derecho, llamado enfoque tridimensionalista. Veremos a continuación algunas ideas típicas del tridimensionalismo, en general, y del abogado Reale, con el propósito de profundizar a nivel comparativo con el abogado español.

Gregorio
Robles Morchón

Rubén Alberto
Duarte Cuadros

EDITORES

134

APORTES

A LA TEORÍA
COMUNICACIONAL
DEL DERECHO (TCD),
FILOSOFÍA DEL DERECHO
Y TEORÍA JURÍDICA

Los tridimensionalistas, en general, acepten o no esta calificación, se han limitado a afirmar el carácter fáctico axiológico-normativo del derecho, sin extraer de este planteamiento del problema todas las consecuencias implícitas en él y que, en mi opinión, son de gran importancia para la ciencia del derecho. No sólo para esclarecer y determinar mejores viejos problemas, sino para situar nuevas cuestiones, reclamadas por las coyunturas histórico-sociales de nuestro tiempo. En rigor, única y exclusivamente cuando se coloca el tridimensionalismo en dicho contexto problemático, puede hablarse propiamente de «teoría tridimensional», cuya base inamovible no es una mera construcción o concepción de la mente, sino el resultado de una verificación objetiva de la consistencia fáctico-axiológica-normativa de cualquier porción o momento de la experiencia jurídica ofrecido a comprensión espiritual. (Reale, 1997, p. 69)

El hecho de que abordemos a Miguel Reale es porque históricamente ha sido un jurista relevante en el ámbito de lo jurídico, y su propuesta teórica ha tenido un inconmensurable peso epistémico y empírico en el contexto latinoamericano. El

brasileño ha tratado de superar el unidimensionalismo formalista a la manera de Kelsen, el axiologicismo jusnaturalista y la facticidad del empirismo. La diferencia de Robles con este autor consiste en que la dimensionalidad es entendida como el alcance que adquiere un evento, por lo cual recurre a la semiótica en la vía de Charles Morris (1994), la cual es concebida en tanto sintaxis, semántica y pragmática. Es obvio que Reale no adopta una postura semiótica, y aquí radica la diferencia con Robles. Nuestro autor privilegia la vinculación de lo semiótico y lo hermenéutico con su enfoque comunicacional. Reale, por su parte, no plantea una perspectiva comunicacional del derecho, a pesar de que no se desliga del aspecto ético del mismo:

Asentado que el carácter específico y dialéctico de mi teoría tridimensional del derecho resulta de la comprensión ontognoseológica de la experiencia jurídica, cabe apreciar ahora el problema bajo otro aspecto, ya no gnoseológico, sino ético, o de la *praxis*, cuando el proceso ontognoseológico se presenta como objetivación histórica, en términos de *experiencia axiológica o histórico-cultural*. A dicho aspecto o momento de la comprensión ontognoseológica lo denomino «historicismo axiológico». (Reale, 1997, p. 89)

Aquí habría otra diferencia: Robles niega la perspectiva ontológica, pues entiende el derecho de manera antiesencialista, y se opone a ofrecernos una definición unívoca del mismo. Reale plantea que el sujeto y el objeto están enlazados en el plano gnoseológico. Para él, el derecho es un hecho histórico-cultural siendo también producto de vida humana objetivada, ya que existe un nexo entre los actos humanos integrados a normas y en vínculo con los valores. Él ubica tres estructuras jurídicas: la estructura del derecho natural, la estructura del ordenamiento jurídico-positivo y la estructura hermenéutica.

Podemos aseverar, en conclusión, que tres estructuras jurídicas fundamentales se correlacionan y se desdoblan en una protección sucesiva: la del *derecho natural*, como esquema normativo de exigencias trascendentales; la del *derecho positivo*, como ordenamiento normativo de hechos y valores en

Napoleón
Conde Gaxiola

135

HACIA UNA
PROPUESTA
COMUNICACIONAL
EN RELACIÓN CON
LA TEORÍA DEL
DERECHO Y LA
SOCIOLOGÍA JURÍDICA

el plano experiencial; y la de la *hermenéutica jurídica*, la cual, además de esclarecer el significado de las reglas positivas, les asegura una continua actualización y operatividad. (Reale, 1997, p. 116)

Al menos, como es visible, el brasileño es partidario de las exigencias trascendentales, en su comprensión axiológica del derecho. Por otro lado, menciona a la hermenéutica, pero su idea de derecho no es interpretacional. Su propuesta es de carácter funcional, ya que recurre frecuentemente a la idea de operación e instrumentalización. De manera opuesta, Robles rescata los aspectos hermeneutizantes, incluso le llama a su propuesta "hermenéutica jurídica analítica". Reale señala:

Derecho no es sólo norma, como quiere Kelsen, derecho no es sólo hecho como opinan los marxistas o los economistas del derecho, porque derecho no es economía. Derecho no es producción económica, aunque compromete la producción económica y en ella interfiere. El derecho no es tampoco principalmente *valor*, como piensan los adeptos al derecho natural tomista, por ejemplo, porque el derecho al mismo tiempo es norma, es hecho y es valor. Y por primera vez, en la introducción del libro *Teoría do Direito e do Estado*, dijo aquello que generosamente uno de los mayores discípulos de Kelsen, Josef Kunz, calificó como «fórmula realeana»: «*el derecho es una integración normativa de hechos según valores*» Ésa es la fórmula que Josef Kunz calificó de «fórmula realeana». El derecho, repito, es una integración normativa de hechos según valores. (Reale, 1997, p. 120)

Reale tiene una propuesta integracionista, donde los aspectos primordiales del derecho no existen de manera aislada. Se rehúsa a concebir el derecho de manera monista o unidimensional, como lo plantea el positivismo, el jusaxiologismo o el mismo marxismo. Su crítica a este último, como vemos, es definitiva; simplemente lo ubica como un juseconomicismo. Históricamente se ha mantenido fiel al Estado, ya que fue secretario de justicia para el Estado de Sao Paulo, en los años cuarenta y sesenta. En ese sentido, su postura trivalente es

sumamente reduccionista, ya que excluye lo económico, lo político y lo social.

El derecho es una realidad, digámosle así, trivalente, o, en otras palabras, tridimensional. Tiene tres sabores que no pueden ser separados unos de los otros. El derecho es siempre hecho, valor y norma, para quien quiera que lo estudie, dándose tan sólo una variación en el ángulo o prisma de investigación. La diferencia es, pues, de orden metodológico, según el objetivo que se tenga en mente alcanzar. (Reale, 1997, p. 122)

Por lo visto, su idea de método no coincide con Robles, ya que su propuesta es normativa-factual y axiológica, mientras que nuestro autor se autodenomina analítico. A mí juicio, Robles es post-analítico, ya que su propuesta metodológica no se podría considerar próxima al neoconstitucionalismo principialista del español Manuel Atienza (2008), o al garantismo del italiano Luigi Ferrajoli (2011), o al jus-idealismo del australiano John Finnis (1992), quienes se consideran analíticos. Su metodología analítica es una notable contribución, ya que se aleja de la analítica clásica al estilo del Círculo de Viena, o de autores del tipo de Hilary Putnam (1991) o Saúl Kripke (1995). Su idea de ciencia, sintaxis, semántica, pragmática, teoría del derecho y sociología jurídica, a mi juicio, no se aproximan ni al positivismo filosófico, ni a la analítica.

Estoy de acuerdo en que es desechable todo sincretismo metódico, el cual no puede conducir más que al triunfo del confusionismo. Para mí, el problema de la teoría general de derecho es encontrar un método que, sin ser sincrético, sea capaz de dar cuenta de las parcelas problemáticas señaladas. Esto es lo que entiendo que puede resolver lo que he llamado el análisis del lenguaje de los juristas. (Robles, 2013, p. 13)

En ese camino, Reale no da cuenta de las parcelas del derecho mismo, ya que su oferta metodológica está distante de la ubicación de los contenidos jurídicos. Para él, la norma jurídica implica integración entre el universo societal y el tejido nomotético.

Gregorio
Robles Morchón

Rubén Alberto
Duarte Cuadros

EDITORES

136

APORTES

A LA TEORÍA
COMUNICACIONAL
DEL DERECHO (TCD),
FILOSOFÍA DEL DERECHO
Y TEORÍA JURÍDICA

Napoleón
Conde Gaxiola

137

HACIA UNA
PROPUESTA
COMUNICACIONAL
EN RELACIÓN CON
LA TEORÍA DEL
DERECHO Y LA
SOCIOLOGÍA JURÍDICA

Una norma jurídica es la integración de algún elemento de la realidad social en una estructura reguladora obligatoria. Vamos a examinar, por ejemplo, el hecho económico, pues cualquier hecho puede ser tomado como referencia. Sobre ese hecho incide un complejo de intereses o valoraciones que exigen una disciplina normativa, y la edición, por ejemplo, de una norma legal. (Reale, 1997, p. 125)

Como se observa, el concepto de norma jurídica, en tanto estructura obligatoria, es propia de la jurisprudencia analítica y del kelsenismo. Así las cosas, hay una perspectiva reglamentarista del señor Reale, oculta en un horizonte tridimensional. En cambio, Robles sugiere ir más allá del horizonte formalista, al proponer una teoría general de las normas más completa que la teoría kelseniana, ya que replantea lo que es norma en función de lo deóntico a nivel afirmativo o negativo. Cuestiona la norma entendida como orden o mandato: "No tiene razón Austin al identificar norma y orden, una orden sólo puede tener carácter normativo si realmente proviene de una autoridad competente" (Robles, 2012, p. 179).

En esta ruta, una norma no puede prever una sanción o amenaza, ya que la sanción no es un componente ineludible de toda norma. Habría una complejidad del fenómeno normativo. Esto significa que las normas están más allá del deber. Pero la norma no se queda en el simple deber, también hay normas potestativas y permisivas. El brasileño nos muestra su concepción limitada de la norma en el siguiente enunciado: "La norma es, así, la forma que el jurista usa para expresar lo que debe o no debe ser hecho para la realización de un valor, o impedir la ocurrencia de un desvalor" (Reale, 1997, p.125).

Esta definición de norma está relacionada con el trinomio que propone Reale de caracterizar a la teoría del derecho en tanto jusfilosofía, jus-sociología y ciencia del derecho. Veamos cómo lo esquematiza:

En la filosofía del derecho: Comprensión axiológica de hechos en función de normas. *En la sociología del derecho:* Comprensión

sión factual de normas en función de valores. *En la ciencia del derecho:* Comprensión normativa de hechos en función de valores. (Reale, 1997, p. 145)

Como vemos, Reale confunde la sociología con la filosofía y delimita la ciencia del derecho a la norma, los hechos y los valores. En cambio, para Robles, la sociología del derecho tiene una articulación específica:

Mi propuesta es precisamente ésta: presentar un programa de investigación de sociología del derecho, cuyas tres partes denominaré sociología formal del derecho, sociología de las instituciones jurídicas y sociología de la decisión jurídica. Como puede apreciarse fácilmente, estas partes en que dividió la sociología jurídica, son paralelas a las que he presentado referidas a la teoría del derecho: la sociología formal del derecho es el contrapunto de la teoría formal del derecho, la sociología de las instituciones lo es de la teoría de la dogmática jurídica y, por fin, la sociología de la decisión jurídica lo es de la teoría de la decisión jurídica. (Robles, 1997, p. 78)

En este orden de ideas, hay una correspondencia entre la sociología del derecho y la teoría del derecho. De esta forma observamos que la problemática de la jus-sociología es la dificultad para explorar un horizonte de indagación y no puede invadir el campo concreto de la ciencia jurídica. En esa ruta, para Robles solo los juristas están preparados para desarrollar la sociología del derecho, entendiendo por juristas los que abordan los saberes jurídicos específicos. De esta manera, no hay concordancia con los sociólogos sin formación jurídica.

El hecho de que la jus-sociología haya avanzado históricamente es debido a la exploración minuciosa elaborada por juristas. Señala la antipatía de los sociólogos generales hacia la ciencia del derecho (Robles, 1997, p.79). De hecho, en la mayor parte del plan de estudios de la carrera académica de Sociología no se aborda a la Sociología del Derecho. A mi juicio, esto significa que muchos sociólogos ignoran por completo la ciencia del derecho. Cuando un sociólogo imparte, por una u otra causa, la

Gregorio
Robles Morchón

Rubén Alberto
Duarte Cuadros

EDITORES

138

APORTES

A LA TEORÍA
COMUNICACIONAL
DEL DERECHO (TCD),
FILOSOFÍA DEL DERECHO
Y TEORÍA JURÍDICA

Napoleón
Conde Gaxiola

139

HACIA UNA
PROPUESTA
COMUNICACIONAL
EN RELACIÓN CON
LA TEORÍA DEL
DERECHO Y LA
SOCIOLOGÍA JURÍDICA

materia de sociología jurídica, es frecuente su falta de dominio conceptual de los principales temas jurídicos, como es el caso de la teoría de las normas, el ordenamiento y el sistema jurídico. Igual sucede con los licenciados en Derecho que no conocen la sociología; ignoran los tópicos fundamentales no solo de la sociología del derecho, sino de la sociología misma. Esto se vuelve problemático puesto que revela una falta de consideración sobre el entramado social. Dicha falta, como dice Robles, no sucede en ámbitos técnicos como el arte y la medicina, donde no es necesario que quien haga sociología sobre estas artes sea forzosamente diestro instrumentalmente en aquellas, puesto que el análisis social escapa a la habilidad manual.

En síntesis, para Robles, la sociología del derecho implica una formación jurídica determinada. También se opone al relativismo jurídico de Ehrlich, quien sostiene que la verdadera ciencia del derecho es la sociología jurídica. Él entendía la sociología jurídica como la única ciencia posible para estudiar el derecho (Ehrlich, 1967). La veía, concretamente, como el estudio de la doctrina científica del derecho basada en la observación directa de la vida. Propone estudiar de manera científica las fuentes del derecho, en tanto ejes centrales empíricos que propician el avance de las instituciones jurídicas. De ahí que proponga entender el papel del uso, la dominación y el poder para caracterizar el derecho, que entenderá como hecho social generador de reglas y procedimientos de la acción del hombre y de las instituciones. Se trata de un sociologismo equivocista que no entiende la relación entre sociología y ciencia del derecho. Por otro lado, Hans Kelsen ignora por completo la propuesta de Ehrlich sobre la sociología jurídica:

El intento de Ehrlich de fundamentar la sociología de derecho –concluye– se debe considerar como completamente frustrado, sobre todo como consecuencia de una falta de claridad del planteamiento de los problemas y una ausencia de método preciso. Lo que se desprende de sus explicaciones caóticas y contradictorias no es ciertamente otra cosa que el lugar común aceptado [...] a saber, el enunciado que afirma que lo

esencial del desarrollo jurídico radica en la sociedad. Pretender que ahí está contenido el sentido de toda una fundamentación de la sociología del derecho, sería tanto como suponer que se puede aprehender el sentido de toda la biología a través del enunciado que dijera que el desarrollo de los organismos radica en la naturaleza. (Kelsen, 1915, p. 843)

Kelsen niega por completo el papel de la sociología en el estudio del derecho. Ante esto, Robles subraya:

Kelsen ha dedicado alguno de sus escritos a situar el problema de la sociología del derecho, y si bien le reconoce su papel, siendo en este sentido no un negador, como a veces se dice, sino un defensor de la misma, lo cierto es que no le atribuye ninguna relevancia para las tareas propias del jurista. (Robles, 2013, p. 28)

Robles plantea que hace falta una mayor ligazón entre la sociología del derecho y las tareas propias de los juristas. También dice que no pone en tela de juicio que la sociología ha de ser hecha por los sociólogos y, por consiguiente, también la sociología del derecho (Robles, 2013, p. 28). Esto, aunque a primeras luces parecería ser una contradicción con lo dicho anteriormente, en donde se afirmaba que la sociología del derecho debía ser hecha por juristas, es más bien una precisión conceptual: no es que se prescindiera de los sociólogos, al contrario, se necesita su instrumental metodológico afianzado a la visión de los problemas sociales, pero hace falta que ese instrumental sea calibrado con la comprensión de la jurisprudencia, no solo en lo general, sino también en lo particular.

La sociología del derecho debe ser hecha, entonces, por sociólogos-juristas que comprendan la naturaleza de las relaciones sociales, las prácticas políticas, las relaciones económicas y sus legislaciones, a la luz de las sociedades concretas. El propio Robles señala esta distinción en su análisis sobre el jurista inglés Herbert Hart. Critica que el derecho pueda ser visto desde el punto de vista interno y desde el punto de vista externo. En donde uno indica la perspectiva del involucrado, y el otro,

Gregorio
Robles Morchón

Rubén Alberto
Duarte Cuadros

EDITORES

140

APORTES

A LA TEORÍA
COMUNICACIONAL
DEL DERECHO (TCD),
FILOSOFÍA DEL DERECHO
Y TEORÍA JURÍDICA

Napoleón
Conde Gaxiola

141

HACIA UNA
PROPUESTA
COMUNICACIONAL
EN RELACIÓN CON
LA TEORÍA DEL
DERECHO Y LA
SOCIOLOGÍA JURÍDICA

la perspectiva del observador, respectivamente. El involucrado ubica la regla del derecho como una cuestión de sometimiento donde las normas lo sitúan. Por otro lado, el observador externo lo visualiza en tanto concreción que no lo padece, puesto que está ubicado fuera de la acción. Dice en su texto llamado Hart: algunos puntos críticos: "se ha dicho que esta distinción corresponde a la diferencia entre ciencia normativa y sociología del derecho. El punto de vista interno correspondería al jurista, y el externo al sociólogo" (Robles, 1988, pp. 377-378).

Posteriormente, critica esta diferenciación como tajante, ya que no se trata solamente de ámbitos sincrónicos y distintos, sino de situaciones complejas en las que los entramados sociales pueden ser atravesados de ambos modos.

Aunque el paralelismo tiene mucho de verdad, nos parece que la diferenciación entre punto de vista interno y externo no encaja exactamente con la distinción entre ciencia jurídica y sociología del derecho, y eso porque es una distinción no estrictamente epistemológica o metodológica, sino <situacional>, en el sentido más puramente natural de este término. (Robles, 1988, p. 378)

Pese a todo, Robles plantea la necesidad de mirar el punto de vista interno en función de la ciencia jurídica, y el externo en relación con la sociología del derecho, sin verlo de manera mecanicista o reduccionista; esto no quiere decir que la diferencia sea categórica, sino que la situación de la que parten tanto el jurista como el sociólogo del derecho es compartida desde circunstancias diferentes. Desde dentro no solo lo realiza el jurista, sino también el ciudadano. Es obvio que dicha mirada no es siempre normativa, sino también empírica. El punto de vista externo no pretende adoptar una postura no normativista, aunque desde fuera también se puede contemplar el derecho como un tejido reglamentarista. Aún más, el punto de vista interno sitúa no solo el derecho como un corpus de normas, sino también de principios y valores; en cambio el sociólogo mira con relación a su universo social con el propósito de visualizar los hechos y la facticidad:

Así, el estudio del derecho romano lo realizamos como un estudio de normas jurídicas, adoptando el punto de vista de la ciencia normativa, pero no por ello adoptamos un punto de vista interno en el sentido de que nos vemos como <partícipes> del sistema jurídico que examinamos. (Robles, 1988, p. 379)

En síntesis, a nuestro juicio, y a manera de interpretación de Robles, el punto de vista interno estaría vinculado a la teoría del derecho en tanto articulación de la ciencia jurídica y la jusfilosofía. El externo, entonces, estaría representado por la sociología del derecho.

Para Robles, la teoría del derecho no se equipara con la doctrina general del derecho, ya que la primera se opone al positivismo, y la segunda es el fundamento del positivismo. Es por eso que en los últimos años en nombre de la teoría del derecho se pretende hallar un sendero distinto del normativismo. Ahora bien, tratar la teoría del derecho, tal como se lo ha propuesto la doctrina del derecho mencionada, supone cierta insuficiencia para entender la situación actual en la que se encuentra la teoría contemporánea. Robles dice:

[...] la teoría del derecho adopta un punto de vista inmanente al derecho mismo, mientras que la sociología jurídica contempla el derecho en su inserción social. Aquella tiene por objeto el derecho posible, si bien para construirse precisa tener los ojos puestos en los ordenamientos jurídicos históricamente existentes. La sociología tiene como objeto el derecho socialmente vigente o, para ser más exactos, las condiciones sociales de la existencia de este. Si la teoría del derecho nos dice cómo es el derecho, la sociología se propone explicar por qué es como es. (Robles, 2003, p. 14)

Como es visible, la sociología no entra en la teoría del derecho. Para Robles, la teoría del derecho no desplaza a la filosofía del derecho, como pretenden los positivistas, sino que la filosofía es parte primordial de la teoría del derecho. Así las cosas, la teoría del derecho es filosofía. Pero se trata de una filosofía que solo puede hacer un individuo con formación jurídica. Igual,

Gregorio
Robles Morchón

Rubén Alberto
Duarte Cuadros

EDITORES

142

APORTES

A LA TEORÍA
COMUNICACIONAL
DEL DERECHO (TCD),
FILOSOFÍA DEL DERECHO
Y TEORÍA JURÍDICA

Napoleón
Conde Gaxiola

143

HACIA UNA
PROPUESTA
COMUNICACIONAL
EN RELACIÓN CON
LA TEORÍA DEL
DERECHO Y LA
SOCIOLOGÍA JURÍDICA

para ser teoría del derecho es necesario conocer el derecho. En ese sentido, es imposible la teoría del derecho sin filosofía y sin ciencia del derecho.

La sociología jurídica tiene su propio camino si se la concibe como un programa de investigación paralelo a la teoría del derecho y que todo intento de pensar lo jurídico sólo con categorías jurídico-sociales, excluyendo el método jurídico, conduce a un sociologismo que ciega el conocimiento inmanente del derecho que es el propio de los juristas. (Robles, 2003, p. 17)

Por lo anterior, la teoría del derecho incluye el análisis del lenguaje de los juristas, la teoría de los textos jurídicos, la teoría hermenéutico-analítica del derecho y la teoría comunicacional del derecho. En ese sentido, no se puede aspirar a que el filósofo piense como jurista y viceversa. El jurista interpreta y aplica exhaustivamente los esquemas jurídicos configurados por los miembros del Poder Judicial o por la misma jurisprudencia. En cambio, el jusfilósofo tiene por tarea explorar las razones universales de los esquemas jurídicos del pasado, del presente y del futuro. Sobre esta cuestión, me parece necesario mencionar de nuevo a Miguel Reale, quien señala lo siguiente: "El objeto de estudio del jusfilósofo es la experiencia jurídica en la integridad de su estructura fáctico-axiológico-normativa, en cuanto generadora de modelos y de significados jurídicos" (Reale, 1997, p. 37).

Como vemos, para el brasileño lo importante del filósofo es que estudie la experiencia del derecho. Por lo mismo no es de gran relevancia la sociología, sino la filosofía del derecho, que amplía el marco de análisis a los ámbitos axiológicos y ontológicos.

Volviendo al profesor Robles, la sociología del derecho implica una sociología formal del derecho, en la que se estudian sus conceptos fundamentales, tales como vigencia, positividad, eficacia, acción, las normas, las sanciones, los derechos fundamentales y los valores jurídicos, entre otros. Dice:

Entendemos la sociología formal del derecho como una parte de la sociología del derecho. Su objeto es investigar *las formas sociales básicas* cuyo *sentido* sólo es comprensible por su *referencia* al derecho, y de esta manera establecer los *conceptos sociológico-jurídicos* formales (o generales). (Robles, 1997, p. 87)

Él ha tratado de definir y conceptualizar las nociones fundamentales del derecho, como las que hemos mencionado anteriormente, y es importante precisar:

[...] la sociología del derecho es sociología y no ciencia jurídica. Es una ciencia sobre el derecho, pero no una ciencia del derecho. Mientras que esta última estudia inmanentemente el derecho, esto es, adoptando un punto de vista interno, la sociología del derecho lo estudia desde el punto de vista externo. (Robles, 1997, p. 87)

En ese sentido, sucede lo mismo que en la arquitectura. La teoría arquitectónica es la ciencia y la filosofía de la arquitectura. Ambas subsumen el punto de vista interno de la arquitectura, mientras que la sociología de la arquitectura estudia la relación entre sociedad y arquitectura; el llamado punto de vista externo. Esta caracterización del derecho en el ámbito de lo interno y lo externo es, indudablemente, una aportación significativa del abogado Robles. Precisa la especificidad y la concreción de la jus-sociología:

[...] lo que estudia la sociología del derecho no es la sociedad ni el derecho en sí mismos, sino la inserción social del derecho, su estar social, su existencia social; si se nos permite utilizar una expresión alemana que expresa precisamente lo que queremos decir, la sociología del derecho estudia *das soziale Dasein* del derecho, su <estar-ahí social>. (Robles, 1997, p. 84)

Como vemos, el jurista español muestra su conocimiento de Martin Heidegger y su rescate jurídico. Pues para el autor de *Ser y Tiempo*, el *Dasein* es la condición existencial de lo humano. En este sentido, el *Dasein* social sería entendido como la condición existencial que media todas las relaciones tanto

Gregorio
Robles Morchón

Rubén Alberto
Duarte Cuadros

EDITORES

144

APORTES

A LA TEORÍA
COMUNICACIONAL
DEL DERECHO (TCD),
FILOSOFÍA DEL DERECHO
Y TEORÍA JURÍDICA

Napoleón
Conde Gaxiola

145

HACIA UNA
PROPUESTA
COMUNICACIONAL
EN RELACIÓN CON
LA TEORÍA DEL
DERECHO Y LA
SOCIOLOGÍA JURÍDICA

sociales como jurídicas. De esta manera, la sociología de las instituciones jurídicas tiene por objeto:

[...] el estudio sociológico de las instituciones que componen un ordenamiento jurídico determinado (o de varios, haciendo uso, en este caso del derecho comparado) [...] Pues bien, la sociología de las instituciones lo que hace es investigar la conexión de las instituciones jurídicas con la realidad social, esto es, estudia el mundo del derecho. (Robles, 1997, p. 147)

Este mundo investiga la conexión de las instituciones reales con el universo concreto. Es importante precisar que la institución es un corpus normativo, que se puede ver en la familia; por eso, el desafío de la jus-sociología es investigar la función de las instituciones en la sociedad. En ese sentido, es necesario señalar que no estudia las instituciones en sí mismas, sino fundamentalmente el horizonte societal donde estas instituciones se recrean. En relación con la sociología de la decisión jurídica, indica:

[...] la sociología de la decisión jurídica es, por tanto, paralela a la teoría de la decisión jurídica, de la misma manera que la sociología formal del derecho es paralela a la teoría formal del derecho, y la sociología de las instituciones es paralela a la dogmática jurídica. (Robles, 1997, p. 227)

Por otro lado, la sociología de la decisión jurídica estudia la problemática del poder, el derecho y la tipología, las decisiones jurídicas en la vida privada, en la política, en la economía; el derecho como sistema autopoietico, la sociología del proceso constituyente, la democracia, la decisión legislativa, la sociología de la decisión judicial, donde se estudia el rol de los jueces, su origen social; la sociología del proceso, la justicia y otras temáticas. La sociología del derecho es una propuesta sumamente original ya que plantea una visión muy amplia de dicho saber. Para continuar con esta reflexión, abordaremos de manera muy sucinta algunos puntos considerables sobre el derecho en otros autores, con la finalidad de compararlos con el pensador de Bilbao. Ya anteriormente hemos revisado los puntos fundamentales de la propuesta tridimensionalista de Miguel Reale, para establecer una comparación con Robles.

En lo que sigue, trataremos algunas conceptualizaciones del jurista peruano Carlos Fernández Sessarego, del argentino Carlos Cossio, del alemán Werner Goldschmidt y del italiano Norberto Bobbio, con el propósito de comprender de mejor manera a Gregorio Robles.

El primero elaboró en 1950 una tesis universitaria a la que llamó "Bosquejo para una determinación ontológica del derecho", en la que hacía referencia a tres elementos constitutivos del derecho: conducta humana, norma y valor (Fernández Sessarego, 1994, pp. 83-84). Este autor también habla de tres dimensiones para la comprensión del derecho: la existencial sociológica, la axiológica y la normativa. Nos damos cuenta de que para él la sociología del derecho se vincula con la estructura existencial en tanto paradigma del ser humano. Además, relaciona lo axiológico con la filosofía del derecho, y la ciencia jurídica bajo el imperativo de la normatividad. La sociológica, la filosófica y la juscientífica están articuladas, por lo cual es imposible que falte alguna de ellas. A diferencia del peruano, Robles ubica el derecho desde un horizonte hermenéutico, analítico y comunicacional. Otro autor que abordaremos es el jurista alemán Werner Goldschmidt (1910-1987), asentado en Argentina, quien publica en 1973 su "Teoría trialista del derecho" (Goldschmidt, 2005), aunque en sus clases, a fines de los años cuarenta, en la Universidad de Nacional de Tucumán, lo muestra objetivamente. Planteaba una postura jusnaturalista que tenía como base la conducta, la norma y los valores. En cambio, el jurista brasileño Miguel Reale plantea desde 1940 en su libro Fundamentos del Derecho su "Teoría bidimensionalista del derecho" criticando, aunque nos parezca extraño, el enfoque tridimensionalista:

El derecho sólo puede ser comprendido como síntesis de ser y deber ser. Es una realidad bidimensional de sustrato sociológico y de forma técnico jurídico. No es, pues, un puro derecho o pura norma, sino el hecho social en la forma que le da una norma racionalmente promulgada por una autoridad competente según un orden de valores. (Reale, 1968, p. 24)

Gregorio
Robles Morchón

Rubén Alberto
Duarte Cuadros

EDITORES

146

APORTES

A LA TEORÍA
COMUNICACIONAL
DEL DERECHO (TCD),
FILOSOFÍA DEL DERECHO
Y TEORÍA JURÍDICA

Napoleón
Conde Gaxiola

147

HACIA UNA
PROPUESTA
COMUNICACIONAL
EN RELACIÓN CON
LA TEORÍA DEL
DERECHO Y LA
SOCIOLOGÍA JURÍDICA

En esta época histórica el brasileño arroja la bidimensionalidad vinculada al ser y al deber, aunque no renuncia a su idea de tridimensionalidad del derecho. El pensador argentino Carlos Cossio (1903-1987) dice:

[...] con la teoría egológica se despliega en forma absolutamente rigurosa, por primera vez, la problemática del conocimiento jurídico, y para ello reclama simplemente el juego concordante de una intuición y una significación, es decir, reclama la *conducta*, que es el objeto óntico y ontológicamente intuible, y reclama la norma, que es la significación intelectualmente mencionada. (Cossio, 1957, p. 748)

Es un autor que ha rechazado históricamente ser considerado dentro de los tridimensionalistas, aunque ubica la experiencia jurídica integrada por tres componentes:

Una estructura, que consiste en la lógica [...] su contenido dogmático recogido por aquella estructura, consistente en elementos empíricos con soporte sensorial [...] y, en tercer lugar, una valoración jurídica de justicia o injusticia, que siempre estará realizada en los contenidos dogmáticos, cualesquiera fueren. (Cossio, 1948, p. 74)

Carlos Cossio publica en 1944 el libro *La teoría egológica del derecho y el concepto jurídico de libertad* (Cossio, 1964). Como muestra en esta obra, el citado autor relaciona la lógica jurídica como filosofía, la dogmática vinculada a la ciencia del derecho y, finalmente, la sociológica en relación con la justicia. Como nos percatamos, Robles tiene una idea distinta. Por otro lado, el jurista italiano Norberto Bobbio (1909-2004) plantea la existencia de tres componentes: la filosofía del derecho, cuyo objeto de análisis es la metodología jurídica y la teoría de la justicia; la sociología jurídica, cuya tarea es el estudio de los medios que han de ser empleados para alcanzar de mejor manera tales fines; y la teoría general del derecho, que establece la forma a que deben atenerse los medios para alcanzar los fines propuestos (Bobbio, 1950). Es visible que Bobbio tiene una postura limitada, ya que, a diferencia de Robles, excluye la

visión semiótica de la ciencia del derecho y deja al libre arbitrio el rol metodologicista de la jusfilosofía, resaltando el papel empírico de la jus-sociología.

Hay un tridimensionalismo genérico o abstracto, representado por Gustav Radbruch (1878-1949), Hans Welzel (1904-1977) y el propio Norberto Bobbio. Su tridimensionalismo no toma en cuenta la relación entre norma, hecho y valor, ni accede a la experiencia jurídica.

Hans Kelsen no es tridimensionalista, es monista. Robles, en cambio, ubica tres componentes específicos. Visualiza la sociología del derecho como una rama de la sociología en general, entiende la jus-sociología como un punto de vista externo y la teoría del derecho en tanto punto de vista interno. Entonces, ¿qué estudia la sociología del derecho? Sin duda alguna, el vínculo entre la sociedad y el derecho. Aborda su instauración societal, los requisitos de la actualidad de lo jurídico, eficacia de la normatividad y de las instituciones, así como también la visión sociologicista de lo formal, lo institucional y lo decisional.

He presentado el punto de vista de varios juristas, tales como Reale, Pasukanis, Kelsen, Fernández Sessarego, Cossio, Goldschmidt y Bobbio, con el afán de tratar la tridimensionalidad del derecho en su programa de investigación. Lo anterior nos proporciona un mapa general en donde la contribución de Robles se inserta. Dicha aportación complementa la consideración sobre la filosofía y la sociología del derecho, así como de la misma ciencia jurídica. El autor que guía estas reflexiones muestra con su plataforma ideacional su importancia en la configuración de una teoría del derecho de factura personal superando las concepciones típicas del positivismo y del derecho natural.

3. Recopilación

El propósito de esta exploración ha consistido en elaborar una cartografía de diversos autores que den cuenta del estado de la investigación sobre la ciencia del derecho y su relación con

Gregorio
Robles Morchón

Rubén Alberto
Duarte Cuadros

EDITORES

148

APORTES

A LA TEORÍA
COMUNICACIONAL
DEL DERECHO (TCD),
FILOSOFÍA DEL DERECHO
Y TEORÍA JURÍDICA

Napoleón
Conde Gaxiola

149

HACIA UNA
PROPUESTA
COMUNICACIONAL
EN RELACIÓN CON
LA TEORÍA DEL
DERECHO Y LA
SOCIOLOGÍA JURÍDICA

la filosofía y la sociología; también se ha estudiado el enfoque tridimensional y el papel de la comunicación. Hemos seguido el hilo conductor del pensamiento de Gregorio Robles, reflexionando sobre su propuesta epistemológica. Se ha oscilado conscientemente entre Miguel Reale, Jürgen Habermas, Carlos Cossio, Norberto Bobbio y otros más, para mostrar la fuerza de sus argumentos. La idea ha consistido en demostrar la sólida investigación históricamente elaborada por el abogado ibérico.

Entre las características básicas de su propuesta, se resalta el papel de la ciencia del derecho en relación con la sociología y la filosofía jurídicas. Se ha evaluado la apuesta por una perspectiva comunicacional del derecho con el fin de relacionarla con algunos pensadores normativistas, axiologicistas y jusfactuistas. Es obvio que toma en consideración las aportaciones de los juristas en cuestión. Aborda la normatividad y la axiologicidad en el esquema de su teoría del derecho y la facticidad en la sociología. Existen diferencias obvias entre Robles y los autores examinados, por lo que su propuesta no se podría llamar, exacta y unívocamente, tridimensionalista, al menos en sentido estricto. Tal vez podría llamarse enfoque comunicacional y las tres dimensiones de lo jurídico. O más bien: teoría comunicacional, en tanto actividad de comunicación, para enfatizar las dimensiones internas y externas del derecho.

En conclusión, el derecho no puede existir sin la sociología ni la filosofía. En esa vía, nos percatamos de que el abogado afianza cada día más que, si no sabe más que ciencia del derecho e ignora aquellos saberes, en lo concreto no comprende ni el derecho mismo.

Nuestra investigación no ha pretendido ser exhaustiva, sino que se mantiene como un horizonte abierto, sobre el cual se pueden seguir haciendo elaboraciones teóricas, que puedan ofrecer un punto de vista sobre los problemas fundamentales del derecho. La indagación ha sido poca, pero suficiente para darnos una idea de la pertinencia teórica y metodológica del autor que hemos escogido para analizar.

Gregorio
Robles Morchón

Rubén Alberto
Duarte Cuadros

EDITORES

150

APORTES

A LA TEORÍA
COMUNICACIONAL
DEL DERECHO (TCD),
FILOSOFÍA DEL DERECHO
Y TEORÍA JURÍDICA

Referencias

- Atienza, M. (2008). *Introducción al derecho*. México: Editorial Fontamara.
- Betti, E. (2018). *Interpretación de la ley y de los actos jurídicos*. Madrid: Olejnik Ediciones.
- Bobbio, N. (1950). *Teoría della Scienza Giurídica*. Milán: Editorial Giuffrè.
- Cossio, C. (1948). Panorama de la Teoría Ecológica del Derecho. *Revista Trimestral de Cultura Moderna*, Universidad Nacional de Colombia, Colombia, 66-94.
- Cossio, C. (1957). La polémica anti-egológica. *Revista La Ley*, t. 76, Buenos Aires, 740-760.
- Cossio, C. (1964). *La teoría ecológica del derecho y el concepto jurídico de libertad*. Buenos Aires: Abeledo Perrot.
- Ehrlich, E. (1967). *Grundlegung der Soziologie des Rechts*. Berlín: Duncker un Humboldt.
- Ferrajoli, L. (2011). *Principia iuris. Teoría del derecho y de la democracia*. Tomo III. La sintaxis del derecho. Madrid: Editorial Trotta.
- Fernández Sessarego, C. (1994). *El derecho como libertad*. Lima: Editorial de la Universidad de Lima.
- Finnis, J. (1992). *Absolutos morales*. Madrid: Ediciones Internacionales Universitarias EIUNSA.
- Goldschmidt, W. (2005). *Introducción filosófica al Derecho. La Teoría Trialista del mundo jurídico y sus horizontes*. Buenos Aires: Séptima Edición, Editorial LexisNexis.
- Guastini, R. (2018). *Filosofía del Derecho Positivo*. Lima: Palestra Editores.
- Habermas, J. (1995). *Teoría de la Acción Comunicativa*. Madrid: Taurus.
- Habermas, J. (2009). *Facticidad y validez*. Madrid: Trotta.
- Hervada, J. (2001). *Introducción crítica al Derecho natural*. Pamplona: EUNSA.

Napoleón
Conde Gaxiola

151

HACIA UNA
PROPUESTA
COMUNICACIONAL
EN RELACIÓN CON
LA TEORÍA DEL
DERECHO Y LA
SOCIOLOGÍA JURÍDICA

Kelsen, H. (1915). Eine Grundlegung der Rechtssoziologie. *Archiv Für Sozialwissenschaft und Sozialpolitik*, t. XXXIX, Alemania, 839-876.

Kelsen, H. (2011). *Teoría pura del derecho*. Madrid: Trotta.

Kripke, S. (1995). *El nombre y la necesidad*. México: Universidad Nacional Autónoma de México.

Morris, C. (1994). *Fundamentos de la teoría de los signos*. Madrid: Paidós.

Pasukanis, E. (1976). *Teoría general del derecho y marxismo*. Barcelona: Labor Universitaria.

Putnam, H. (1991). *El significado y las ciencias morales*. México: Universidad Nacional Autónoma de México.

Reale, M. (1968). *O Direito como Experiencia*. San Pablo: Sarava.

Reale, M. (1997). *Teoría Tridimensional del Derecho*. Madrid: Tecnos.

Ricoeur, P. (1996). *Sí mismo como otro*. Madrid: Siglo XXI.

Robles, G. (1988). Hart: Algunos puntos críticos. *Revista Doxa*, 2(21), Universidad de Alicante, 371-402.

Robles, G. (1982). *Epistemología y Derecho*. Madrid: Ed. Pirámide.

Robles, G. (1997). *Sociología del derecho*. Madrid: Civitas.

Robles, G. (2003). *Introducción a la teoría del derecho*. Barcelona: Ed. Debate.

Gregorio
Robles Morchón

Rubén Alberto
Duarte Cuadros

EDITORES

152

APORTES

A LA TEORÍA
COMUNICACIONAL
DEL DERECHO (TCD),
FILOSOFÍA DEL DERECHO
Y TEORÍA JURÍDICA

Encarnación
Fernández
Ruiz-Gálvez¹

POSITIVIDAD COMO
INTERPRETACIÓN:
VIOLA-ZACCARIA Y
GREGORIO ROBLES.
UN ANÁLISIS
COMPARATIVO

Introducción ²

El derecho se manifiesta siempre en forma positiva. Esta es una tesis en la que coincidirían la teoría comunicacional del derecho (TCD), de Gregorio Robles, y las teorías hermenéutico-jurídicas, en particular, la versión de las mismas formulada por Francesco Viola y Giuseppe Zaccaria.

Así, de acuerdo con la TCD, “el derecho, todo lo que se cubre con esta palabra, se manifiesta por medio del lenguaje” (Robles, 2018, p. 20), y más concretamente a través de la

¹ Catedrática de Filosofía del Derecho y Filosofía Política - Universitat de València (España).

² Agradezco a todos los participantes en el Seminario celebrado en la Facultad de Derecho de la Universidad CEU San Pablo en Madrid, los días 8 y 9 de octubre de 2018, por todas las observaciones que le hicieron a mi ponencia. Dichas observaciones fueron incorporadas al texto escrito y contribuyeron en su mejoría.



pluralidad de actos y procesos comunicacionales que se generan en cada ordenamiento jurídico y en sus correspondientes sistema y ámbito jurídicos. Así pues, el derecho se manifestaría por medio del derecho positivo, esto es, a través de la pluralidad de derechos positivos, de acuerdo con el principio de relatividad del derecho (Robles, 2015a, pp. 719-726; Robles, 2018, pp. 89-94).

Por su parte, para Viola (1991), la positividad aparece como un atributo esencial e irrenunciable del derecho (p. 305). Para él, no hay más derecho que el derecho positivo. Ahora bien, como el propio autor destaca, mantener esta postura no implica necesariamente ser positivista: “sono personalmente convinto –declara– che non vi sia altro diritto che quello positivo, eppure mi sento più vicino, proprio per quanto riguarda l’approccio al diritto e la teoría, ai giusnaturalisti che ai giuspositivisti” (p. 304). Y es que la positividad puede ser entendida de diversos modos, de donde resultan concepciones del derecho también diferentes. Y así Viola subraya que la noción de positividad es problemática, que no puede darse por supuesta (pp. 301-305), y habla de tres formas distintas de entender la positividad en el derecho: la positividad-producción, la positividad-observancia y la positividad-interpretación.

Las dos primeras serían las concepciones de la positividad propias del positivismo jurídico, o más exactamente, cada una de ellas sería característica de cada una de las dos grandes corrientes dentro del positivismo jurídico, puesto que las diversas modalidades de iuspositivismo tienen visiones distintas de la ‘positividad’ (p. 304). La positividad-producción sería defendida por el positivismo jurídico formalista y, de modo paradigmático, por Kelsen. La positividad-observancia sería la mantenida por el realismo jurídico y, de modo paradigmático, por Ross.

El primero vincula la positividad a la validez: El derecho positivo tiene existencia jurídica solo si es válido, esto es, conforme a una norma de grado superior (y, en última instancia, a la norma fundamental).

De acuerdo con la segunda concepción, la positividad se reduce a la efectividad: el derecho positivo tiene existencia jurídica si es de hecho reconocido, observado, seguido y operante en los comportamientos sociales.

La última forma de entender la positividad como interpretación es la que defiende el propio Viola, como también Zaccaria, y sería una concepción no positivista de la positividad. Por mi parte, considero que también Gregorio Robles concibe la positividad como interpretación. La TCD se autodefine como analítico-hermenéutica. El objetivo de mi trabajo es resaltar la vertiente hermenéutica de la misma y su proximidad con la visión del derecho de quienes pueden ser considerados como los dos principales representantes de la hermenéutica jurídica en Italia. A tal fin, comenzaré por exponer las grandes líneas de la concepción del derecho como práctica social interpretativa propuesta por Viola y Zaccaria. A continuación, llevaré a cabo un análisis comparativo entre esta concepción del derecho y la del profesor Robles.

El derecho como práctica social interpretativa versus el imperativismo

Viola destaca que las visiones de la ‘positividad’ como producción y como observancia, a pesar del aparente contraste entre ellas, serían complementarias, pues cada una de ellas remite a la otra. “La teoría de la validez no puede eximirse de apelar a la efectividad al menos para la norma fundamental” (1991, p. 306). Y la teoría de la eficacia presupone en todo caso la existencia de normas, pues, como destaca Lombardi (1981, pp. 155-161), la efectividad es la conformidad del comportamiento a una norma. Como mínimo requiere que existan normas de competencia, que son las que establecen cuáles son los sujetos cuyo comportamiento dota de efectividad al derecho.

Además, estas dos concepciones tendrían muchos aspectos en común, participarían, en palabras de Viola (1991), de “un horizonte común de pensamiento” (p. 309). En ambos casos

Gregorio Robles Morchón

Rubén Alberto Duarte Cuadros

EDITORES

154

APORTES

A LA TEORÍA COMUNICACIONAL DEL DERECHO (TCD), FILOSOFÍA DEL DERECHO Y TEORÍA JURÍDICA

Encarnación Fernández Ruiz-Gálvez

155

POSITIVIDAD COMO INTERPRETACIÓN: VIOLA-ZACCARIA Y GREGORIO ROBLES. UN ANÁLISIS COMPARATIVO

–sostiene– la positividad remite a la facticidad. Y ello, debido al afán de cientificidad y al deseo de inscribir la jurisprudencia entre las ciencias sociales empíricas (p. 308). En ambos casos se partiría de presupuestos imperativistas (p. 307).

La diferencia consistiría en que, para Kelsen, los hechos relevantes son los hechos de producción, los actos de voluntad (mandatos) creadores del derecho³. Y los sujetos tomados en consideración serían los ‘productores de mandatos’, esto es, los legisladores en sentido amplio. En cambio, para Ross, los hechos relevantes serían los actos de aplicación de los destinatarios del derecho y, en particular, de los jueces, siendo por tanto los sujetos tomados en consideración no los que mandan, sino ‘los que obedecen’ (Viola, 1991, p. 317).

La referencia necesaria a la facticidad en el caso de Ross (1997) es clara y explícita. Para él, “el fin del jurista es exponer el derecho como un hecho”.

Y, por lo que respecta a Kelsen, se puede argumentar que también la validez pertenece a la facticidad, puesto que la conformidad de una norma a otra de grado superior es un hecho que se puede verificar (Lombardi, 1981, p. 160).

Pero más allá de esto, lo relevante es destacar que, en última instancia, en Kelsen la validez descansa en la facticidad, en una facticidad acorde con la concepción imperativista del derecho (Viola, 1991, pp. 309-316).

Para Kelsen, el derecho no es algo dado, sino creado. El derecho positivo es creado por el hombre. Se trataría de una creación a partir de la nada jurídica. Y además de una creación por sí mismo, de una autocreación o autoproducción, de

3 Pese a sus reservas anti-imperativistas, la concepción kelseniana del derecho es inequívocamente voluntarista: “crear una norma –escribe– no es una función del conocimiento. Crear una norma no es conocer un objeto ya dado tal como es, sino exigir algo que debe ser. En este sentido, crear normas es una función de la voluntad, no del conocimiento” (Kelsen, 1966, p. 119).

manera que “el derecho no tiene otro fundamento fuera de sí mismo” (Viola, 1991, p. 312. Destacado en el original). El derecho se crea a sí mismo, regula su propia producción y así se autoproduce (Selbsterzeugung). La idea central que preside toda la construcción kelseniana es la de producción jurídica (Viola, 1991, p. 311).

Cada norma es producida por un acto de voluntad. Tanto es así que eso impide que las normas jurídicas puedan ser deducidas unas de otras, puesto que cada una debe ser el resultado de un acto de voluntad creativo que, en plena sintonía con la tradición imperativista, reviste la forma de mandato. Ese mandato sería el punto de apoyo empírico del *Sollen* normativo (Viola, 1991, p. 310).

Y cuando nos remontamos a la norma o al acto productivo primigenio (antes del cual no había derecho en absoluto), nos encontramos con que la norma fundamental (norma que autoriza la voluntad constituyente), primer anillo de la cadena normativa y fundamento de la misma, descansa en un hecho: la existencia de un ordenamiento jurídico coercitivo que sea eficaz en su conjunto, el cual, a su vez, descansa en la existencia de un poder supremo efectivo que lo respalde. De este modo –escribe Viola (1991, p. 311)– podemos considerar como el fundamento de la cadena normativa a la norma fundamental, o bien, al poder efectivo que la sostiene. Así sería tan correcto afirmar que es la norma fundamental la que transforma el poder en derecho, como afirmar que es el poder efectivo el que se transforma a sí mismo en derecho.

Este continuo paralelismo entre poder y norma en el pensamiento de Kelsen fue puesto de manifiesto por Bobbio (1981).

Una teoría rigurosamente positivista no puede prescindir del concepto de producción jurídica, y el concepto de producción jurídica no puede prescindir del concepto de poder [...] En este sentido para una teoría positivista del derecho la noción de la norma no puede ser disociada de la noción de poder. Norma y poder son las dos caras de la misma moneda. (p. 562)

Gregorio Robles Morchón

Rubén Alberto Duarte Cuadros

EDITORES

156

APORTES

A LA TEORÍA COMUNICACIONAL DEL DERECHO (TCD), FILOSOFÍA DEL DERECHO Y TEORÍA JURÍDICA

Encarnación Fernández Ruiz-Gálvez

157

POSITIVIDAD COMO INTERPRETACIÓN: VIOLA-ZACCARIA Y GREGORIO ROBLES. UN ANÁLISIS COMPARATIVO

Se ponen así de manifiesto las dos vertientes de la noción kelseniana de positividad: de un lado, el aspecto empírico de la fuerza, y de otro, la autoproducción y autolegitimación. En suma, “[e]l uso de la noción de creación sirve para vincular el derecho a un acto de poder y de voluntad” (Viola, 1991, p. 312).

Para Ross, como antes apuntábamos, la positividad consistiría en que el derecho sea aplicado por parte de sus destinatarios y, en especial, por parte de los jueces. Pero los jueces aplican ciertas normas –subraya Viola, interpretando a Ross– no porque sean racionales o porque sean compartidas, sino porque las consideran obligatorias, porque están convencidos de estar obligados a seguirlas. El hecho determinante sería precisamente ese sentimiento de obligatoriedad o de validez que el juez tiene respecto de ciertas directivas. Ahora bien, ese sentirse obligado implica en todo caso la convicción de que la fuente de la obligación reside fuera de nosotros. “La estructura de la positividad sigue estando, por tanto, ligada –concluye Viola (1991)– a la idea de una relación externa y causal entre voluntades separadas” (pp. 317-318. Cita de la p. 318).

En claro contraste con esa visión del derecho, Viola y Zaccaria lo conciben como una práctica social interpretativa, y no como un mero conjunto de normas estatales. La realidad del derecho “sólo aparece completa mediante la constante reinterpretación de esas reglas dentro de las situaciones vitales en las que se insertan; ese contacto proporciona razones y sentidos para justificar la decisión jurídica” (Rodríguez Puerto, 2018, p. 101).

El derecho pertenecería al lenguaje de la interacción social y de la convivencia humana. Consistiría en un conjunto complejo de procesos intersubjetivos de acción (Viola, 1991, p. 322). En palabras de Viola y Zaccaria (2007),

cuando se considera el desarrollo del derecho en el tiempo, o sea, el hecho de que puede mantener su base, pero asimismo enriquecerla y cambiarla continuamente, frente a las variaciones en los distintos períodos, la comunidad se vuelve el sujeto protagonista de este proceso, comunidad que comparte de-

terminados principios y que aplica un conjunto de reglas y de materiales jurídicos en los que se reconoce. (p. 131)

Por lo demás, la vida de la comunidad jurídica consistiría en una “incesante e incansable praxis interpretativa”. La comunidad jurídica sería, por consiguiente, una *comunidad interpretativa* (Viola y Zaccaria, 2007, pp. 79-84), en cuyo seno tendrían lugar diversos tipos de prácticas interpretativas ejercitadas por una multiplicidad de sujetos que desempeñan roles institucional y funcionalmente diferentes (pp. 140-145). Centrales entre estos roles son sin duda los del juez y el legislador (pp. 147-166). Es, asimismo, relevante el papel de la doctrina (pp. 166-173), existiendo un nexo funcional bastante estrecho entre legislador, juez y jurista doctrinal: “la ley debe ante todo ser puesta, pero después para ser eficaz tiene necesidad de aplicación, y a su vez para ser aplicada tiene necesidad de ser comprendida”. Prescribir comportamientos, resolver controversias y suministrar al material jurídico orden y racionalidad serían operaciones interdependientes (p. 165). Pero más allá de esto, la interpretación judicial, que es la más característica interpretación jurídica, y que adquiere un relieve decisivo y preeminente en el ámbito jurídico, se encuentra continuamente condicionada, “en un juego circular de recíprocas influencias”, por otras actividades interpretativas provenientes de sujetos distintos no solo de la doctrina, sino también de los juristas profesionales y de los simples ciudadanos que de alguna forma, interpretando las normas o incluso desaplicándolas, influyen en su significado. Todos ellos “fuerzan al intérprete autorizado por el derecho a enfrentarse a lo que ellos sostienen” (p. 140).

Y ello sin perjuicio de reconocer que el derecho tiene que ver estructuralmente con el elemento de la autoridad, esto es, con las decisiones asumidas por la autoridad legitimada. El derecho –escriben Viola y Zaccaria– “precisa de la autoridad porque su necesaria efectividad depende de decisiones que pongan término a la búsqueda en común de la regla justa”. Ahora bien, hablan de una transformación en el modo de pensar la autoridad jurídica, “no ya como único centro de producción del derecho”, que es como la concebía el modelo vertical de la so-

Gregorio
Robles Morchón

Rubén Alberto
Duarte Cuadros

EDITORES

158

APORTES

A LA TEORÍA
COMUNICACIONAL
DEL DERECHO (TCD),
FILOSOFÍA DEL DERECHO
Y TEORÍA JURÍDICA

Encarnación
Fernández Ruiz-Gálvez

159

POSITIVIDAD COMO
INTERPRETACIÓN:
VIOLA-ZACCARIA Y
GREGORIO ROBLES. UN
ANÁLISIS COMPARATIVO

beranía, típico del Estado moderno, sino que hoy reconocemos que en el interior de la sociedad existen diferentes instancias de autoridad y una pluralidad de fuentes del derecho. Y describen la mencionada transformación en los siguientes términos:

en el modelo de la soberanía, la autoridad jurídica se ponía fuera de la comunidad interpretativa y aplicativa. Producía el derecho que la comunidad interpretaba y aplicaba. Hoy por el contrario se reconoce que la autoridad es interna a la práctica jurídica y que interpretaciones y decisiones se entrelazan a veces de modo indistinguible. El juez asume una importancia parecida (si no a veces superior) a la del legislador, porque el momento decisivo no es el momento en que la regla se emite, sino aquel en el que se realiza su razón de ser, es decir, cuando se practica y se aplica. (Viola y Zaccaria, 2007, p. 82)

De acuerdo con su perspectiva, la comunidad se dota de instituciones investidas de autoridad “—precisamente para preservar la continuidad y la identidad de sentido de la praxis jurídica— y de roles funcionalmente diferentes, que, considerados en su conjunto, contribuyen a regir y a orientar la práctica interpretativa de los ciudadanos” (p. 143). De este modo se reconoce la relevancia de la distinción entre intérpretes autorizados e intérpretes genéricos (p. 144).

El derecho sería una práctica compleja de sucesivos momentos de interpretación y de actualización, sin que ninguno de los distintos y sucesivos actos interpretativos pueda considerarse definitivo y completo, sino que, por el contrario, todos ellos, cumpliendo diferentes funciones, necesitan integrarse de modo complementario (Viola y Zaccaria, 2007, pp. 143-144).

Todo derecho existente —sostiene Viola (1991, pp. 323-327)— encierra unas potencialidades que no se agotan con las formulaciones positivas y que explican la necesidad de procesos interpretativos. En el interior del derecho positivo habría una reserva de juridicidad que no se agota con su emergencia en el mundo empírico. Ningún acto de determinación jurídica, ni siquiera el del legislador, puede considerarse definido y completo,

tanto como para no necesitar ser interpretado. Sin actos interpretativos, ninguna ley podría mostrar su real alcance normativo, esto es, su capacidad de ser guía para la acción. A su vez, el acto interpretativo captura solo una parte del derecho potencial explicitándolo y actualizándolo, pero sin cerrar la puerta a sucesivos actos de interpretación y actualización. Así el derecho sería, conjuntamente, lo que se interpreta y la propia actividad de interpretar, puesto que lo que se interpreta es, a su vez, el resultado de una precedente actividad interpretativa. No obstante, se mantiene la diferencia entre el productor y el intérprete, que sería semejante a la que existe entre el artista y el crítico de arte. El primero interpreta mientras crea y el segundo crea mientras interpreta. Pero subsiste el hecho de que la actividad propia del primero es crear, mientras que la actividad específica del segundo es interpretar (Dworkin, 1983, pp. 261-262).

Por lo que respecta a la complementariedad entre los diferentes tipos de prácticas interpretativas, Viola y Zaccaria (2007, pp. 160-173) la presentan en los siguientes términos. El legislador ‘pone’ y produce tan solo los tenores literales de los textos jurídicos normativos, pero no pone verdaderas y propias normas. En cuanto fundantes de las decisiones, las normas jurídicas solo pueden ser producidas en el caso concreto por los órganos encargados de la aplicación del derecho y, en particular, por los jueces. De este modo, el legislador no tendría una posición de monopolio absoluto en la producción del derecho, sino solo una posición de prioridad. Además, esa preeminencia del legislador (o sea, de quien produce la legislación ordinaria e incluso la misma constitución), para ser real, para ser eficaz de una forma concreta, necesita de la mediación de los aplicadores del derecho.

En suma, el legislador no puede prescindir del rol de mediador del juez. Pero, a su vez, la aportación del juez a la formación del derecho no es completamente libre, sino que está sometida a la ley. La relación entre ley y decisión judicial puede expresarse en el lenguaje de la teoría de sistemas de Luhmann como la conexión entre decisiones *programadoras* y decisiones *programadas*. Para Viola y Zaccaria, el vínculo que liga entre sí al juez y al le-

Gregorio Robles Morchón

Rubén Alberto Duarte Cuadros

EDITORES

160

APORTES

A LA TEORÍA COMUNICACIONAL DEL DERECHO (TCD), FILOSOFÍA DEL DERECHO Y TEORÍA JURÍDICA

Encarnación Fernández Ruiz-Gálvez

161

POSITIVIDAD COMO INTERPRETACIÓN: VIOLA-ZACCARIA Y GREGORIO ROBLES. UN ANÁLISIS COMPARATIVO

gislador es recíproco y funcional, y no puede ser reducido a una relación de tipo jerárquico unidimensional y monodireccional.

Por otra parte, los tribunales de justicia en su tarea de aplicación del derecho necesitan apoyarse en las estructuras elaboradas por la dogmática jurídica. Y, a su vez, no es raro que se verifiquen relevantes influjos de la jurisdicción sobre la ciencia jurídica. Por lo demás, la doctrina ejerce una sólida influencia no solo en la jurisprudencia, sino también en la legislación, al mismo tiempo que, en cuanto dogmática, está fundamentalmente orientada al derecho positivo, considerado por el jurista doctrinal como norma válida para regir los comportamientos sociales. Además, no hay que olvidar que, más allá de la hermenéutica específica llevada a cabo por los órganos institucionalmente encargados de esta función, existe también una hermenéutica menos técnica y menos específica, pero no menos relevante para la efectividad del ordenamiento, de todos los miembros de la sociedad que con su 'respuesta' deciden si 'reconocen' las normas y cómo las 'reconocen' (p. 135), de manera que la labor de los juristas y el aporte hermenéutico de los miembros de la comunidad también se complementan recíprocamente (p. 144). Por todo lo anterior, Viola y Zaccaria concluyen que el derecho es interpretación, pero también relación entre sujetos interpretativos que interactúan y entrelazan sus prácticas; relaciones de las que no estaría ausente el litigio, el debate, la tensión y el contraste, pero que serían fundamentalmente cooperativas (pp. 165 y 174-175).

Por lo que respecta a las características de la interpretación jurídica, Viola y Zaccaria subrayan la naturaleza compuesta del acto interpretativo que contiene en sí mismo un aspecto cognitivo y un aspecto reformulativo y reproductivo. Así pues, no se trataría de una actividad meramente cognitiva o reconocitiva, sino que incluye aspectos de conocimiento, pero también de decisión (y, por tanto, de voluntad). Y ello tanto en la determinación del significado de los textos normativos como en la aplicación de las normas generales a los casos individuales. La finalidad, esencialmente práctica, de la interpretación jurídica es suministrar la máxima, sea para decidir, sea para actuar (Viola y Zaccaria, 2007, pp. 122-123).

Todo 'objeto' de interpretación consiente interpretaciones diversas (Viola y Zaccaria, 2007, pp. 124-128). En el ámbito jurídico esto se manifiesta en el hecho de que, partiendo de un mismo enunciado legislativo, la actividad interpretativa puede dar lugar a una pluralidad de normas diferentes entre sí. De ahí la distinción fundamental entre disposición y norma, ampliamente aceptada en el campo de la teoría del derecho, y en la que ha insistido especialmente Guastini (1990, 1993 y 1998). La 'disposición' sería el texto jurídico normativo que hay que interpretar. La 'norma', por su parte, sería el significado de la disposición, una vez que ha sido interpretada y por tanto reformulada por el intérprete, siendo este segundo enunciado el que sirve de guía para la decisión en el caso concreto. Es la actividad interpretativa la que hace posible el paso de la disposición a la norma, de manera que las normas jurídicas propiamente dichas serían producidas por los tribunales de justicia, y no por el legislador. En definitiva, la hermenéutica jurídica pone de manifiesto el carácter creativo de la actividad del juez. De ahí su crítica (Viola y Zaccaria, 2007, pp. 177-187) de la postura iuspositivista tradicional, para la cual quien aplica el derecho tiene que limitarse a operaciones lógico-cognoscitivas. La idea, propia de este formalismo interpretativo, según la cual todo texto normativo admitiría una interpretación, y solo una, hoy se encuentra ampliamente superada.

Ahora bien, Viola y Zaccaria subrayan que la interpretación es también un acto de conocimiento, y no solo de decisión. De este modo rechazan el escepticismo interpretativo, que sería la tesis contrapuesta a la anterior (al formalismo interpretativo). La tesis escéptica afirma el carácter radicalmente creativo de la interpretación. De acuerdo con ella, toda individualización de significado constituye en realidad una creación de significado nuevo. Desde esta perspectiva, se sostiene la plena y absoluta libertad de las interpretaciones. Esta tesis ha sido defendida en el ámbito de la crítica literaria (*reader response criticism*) y también en el campo del derecho por algunas concepciones del realismo jurídico, por Guastini, desde una posición analítica y realista, y también por el deconstructivismo de Stanley Fish, para el cual la única intención realmente significativa es la del destinatario de la ley.

Gregorio
Robles Morchón

Rubén Alberto
Duarte Cuadros

EDITORES

162

APORTES

A LA TEORÍA
COMUNICACIONAL
DEL DERECHO (TCD),
FILOSOFÍA DEL DERECHO
Y TEORÍA JURÍDICA

Encarnación
Fernández Ruiz-Gálvez

163

POSITIVIDAD COMO
INTERPRETACIÓN:
VIOLA-ZACCARIA Y
GREGORIO ROBLES. UN
ANÁLISIS COMPARATIVO

Frente a este escepticismo interpretativo, Viola y Zaccaria (2007, p. 128) nos recuerdan que la interpretación es siempre interpretación de 'algo' (lo que se interpreta, la 'cosa' a interpretar). Ese algo es distinto de la actividad interpretativa. Está más allá del discurso interpretativo y no se reduce a este; tiene un significado que hay que comprender y que no depende de la voluntad del sujeto que interpreta. Este 'algo' pone límites a la interpretación. El texto y también los comportamientos humanos que hay que interpretar imponen límites a la interpretación. "La pluralidad de interpretaciones funciona dentro de un espacio interpretativo que consiente interpretaciones razonablemente diversas" (p. 125), pero no cualquier interpretación. No se puede leer *Crimen y Castigo* –ejemplifican– como si fuera un horario de trenes.

Gregorio
Robles Morchón

Rubén Alberto
Duarte Cuadros

EDITORES

164

APORTES

A LA TEORÍA
COMUNICACIONAL
DEL DERECHO (TCD),
FILOSOFÍA DEL DERECHO
Y TEORÍA JURÍDICA

En sede jurídica la tesis escéptica supondría una completa disolución de la disposición normativa como texto que precede y condiciona la norma y su interpretación. La atribución de significado a los enunciados sería fruto de operaciones subjetivas, de manera que cabrían tantas formulaciones normativas como intérpretes. De esa forma se minimiza la correspondencia entre las premisas y el producto del procedimiento. En suma, se anularía el límite representado por el texto jurídico (que constituye precisamente la especificidad del discurso jurídico) (Viola y Zaccaria, 2007, pp. 126 y 156).

Por lo demás, es importante recordar que Kelsen, para ser coherente con su visión de la cadena de delegaciones del poder productor de normas, sostiene la plena libertad del juez y su independencia de criterios metodológicos jurídicamente vinculantes en el acto de elección entre los diversos significados posibles de una norma general. De este modo puede decirse que acoge la tesis de la creatividad de la interpretación respecto de los jueces y funcionarios. En este supuesto la interpretación no sería un problema de conocimiento, sino de voluntad. La sentencia y también el acto administrativo se configurarían como normas individuales producidas por el juez y el funcionario, respectivamente, por delegación del legislador. Netamente distinto sería el modo de proceder de los científi-

cos del derecho, a los cuales Kelsen les recomienda esclarecer todas las posibles interpretaciones de la norma jurídica sin escoger de antemano una como más idónea o más auténtica. De este modo se introduciría una insalvable contraposición entre una ciencia del derecho, exclusivamente descriptiva, de un lado, y la legislación y la jurisdicción, que serían puro decisionismo, de otro. Esta tesis plantearía además el problema de la dificultad para hallar criterios creíbles que permitan sustraer el comportamiento judicial a la arbitrariedad, o peor aún, a la casualidad (Viola y Zaccaria, 2007, pp. 123 y 173).

Las teorías hermenéuticas ocuparían una posición intermedia entre las dos teorías extremas y contrapuestas de la interpretación (el formalismo y el escepticismo) que acabamos de examinar. Las teorías hermenéuticas reconocerían la preexistencia de los textos normativos respecto de la actividad interpretativa y el carácter vinculante de los mismos. Pero junto a ello pondrían también en valor las prácticas interpretativas de cuantos participan en el discurso jurídico. El sentido de las disposiciones sería la base de partida de la práctica interpretativa. Pero los textos jurídicos, esto es, los modelos de orden que el intérprete encuentra, no resultarían inteligibles como imperativos, sino como fines normativos que el intérprete se encargaría de actuar y de reactualizar continuamente. Es decir que el sentido de las disposiciones, los fines normativos se completarían y se harían efectivos en la 'concretización' de la norma que cada vez efectúa el intérprete.

La obediencia del juez al legislador sería una obediencia 'pensante', que no se limita a aplicar los parámetros legislativos, sino que introduce también valoraciones en su esfuerzo por realizar los fines del ordenamiento en los casos particulares. Como señala Viola, el derecho no estaría nunca 'dado' como un objeto completo, acabado y definido, sino como un conjunto de presupuestos y de materiales normativos, como un horizonte contextual dentro del que operar. El derecho no sería nunca 'creado' en el sentido de producido de la nada jurídica, pero sí en el sentido de una permanente actualización interpretativa de los principios jurídicos (Viola, 1991, p. 322). "El orden carac-

Encarnación
Fernández Ruiz-Gálvez

165

POSITIVIDAD COMO
INTERPRETACIÓN:
VIOLA-ZACCARIA Y
GREGORIO ROBLES. UN
ANÁLISIS COMPARATIVO

terístico del derecho –escriben Viola y Zaccaria (2007)– no se encuentra en el lenguaje como un dato preliminar ya adquirido, sino que se crea y recrea de continuo por medio del trabajo práctico de los juristas” (p. 152).

El límite insuperable [continúan diciendo] de las doctrinas normativistas ortodoxas, para las que el derecho consiste sólo en imperativos y en nada más que imperativos, está en no haber cultivado el momento teleológico del derecho, permaneciendo así en el plano superficial de la exterioridad del imperativo jurídico [y reconocen el innegable avance que supuso en esa línea la jurisprudencia de intereses]. (p. 152)

Para Viola y Zaccaria (2007, pp. 133-135), en la actividad interpretativa el significado de las disposiciones sería, en parte, reconocido y, en parte, reformulado a la luz de la especificidad de los casos particulares. La exigencia de ofrecer, dentro del vínculo representado por los textos normativos, la solución al caso concreto representaría una de las motivaciones más relevantes para la adaptación de la ley a los cambios que se producen en el contexto social. Poner en correspondencia hechos y normas es un procedimiento complejo. Se trataría, en suma, de la concreción y el hallazgo del derecho existente. Y aunque se mantiene la distinción entre identificación del derecho existente y creación de nuevo derecho (ya que la creatividad del intérprete es siempre derivada y jamás originaria), no se debe ignorar que una cierta creatividad es connatural al hallazgo del derecho existente, pues para identificar/hallar el derecho existente no se puede prescindir de la evolución impuesta por la inagotable novedad de las circunstancias históricas de hecho.

Insistiendo en la naturaleza compuesta de la interpretación jurídica es importante recordar que si, por un lado, “el momento de la decisión no puede ser suprimido del ámbito de la interpretación específicamente jurídica”, por el otro, “ninguna decisión es, en la interpretación jurídica, mero decisionismo, sino elección, o más bien sucederse de actos de elección que se van tomando dentro de un proceso interpretativo” (Viola y Zaccaria, 2007, p. 123) guiado por la razón práctica. En efecto, de

acuerdo con la concepción de la positividad como interpretación, la fuente del dinamismo de los procesos jurídicos sería la razón práctica, no la voluntad ni las motivaciones psicológicas. Sería la razón práctica la que dirigiría y animaría los actos interpretativos. De este modo se puede afirmar que la positividad pertenece a la naturaleza del derecho y a su dinamismo interno sin caer por ello en la reducción del derecho al poder y a la pura facticidad (Viola, 1991, pp. 324-328). Y es que, como puso de relieve el realismo clásico aristotélico-tomista, desde el punto de vista de la razón práctica, las acciones humanas son tanto operaciones de la razón como actos de voluntad. A diferencia del razonamiento puramente teórico que intenta lograr un conocimiento científico-filosófico de la realidad, la razón práctica busca el mejor modo de mover a la acción, de orientar la voluntad (Sánchez Hidalgo, 2019, pp. 38-45).

Conviene destacar por último que la visión del derecho como práctica social interpretativa supone concebirlo, al modo propuesto por Dworkin (1982, pp. 262 y ss., y 1986), como una narrativa en la que cada operador jurídico tiene la tarea de continuar una historia que comenzó sin él, que tiene su lógica interna y que quedará de algún modo marcada por su obra (Viola, 1991, p. 324); como un proceso histórico en el que los sucesivos actos interpretativos de una multiplicidad de sujetos que interactúan entre sí van positivando, actualizando y contextualizando el derecho. En lugar de la categoría de la facticidad se introduce la de la historicidad⁴, que sería mucho más adecuada para representar la positividad jurídica (p. 328).

Ordenamiento, sistema y ámbito jurídicos en la teoría comunicacional del derecho

Una vez expuestas las grandes líneas de la concepción del derecho como práctica social interpretativa propuesta por Viola y Zaccaria, me propongo a continuación llevar a cabo un análisis

⁴ Sobre la historicidad de la experiencia jurídica, Kaufmann (2000) y Ollero (1996, especialmente pp. 316-335).

Gregorio
Robles Morchón

Rubén Alberto
Duarte Cuadros

EDITORES

166

APORTES

A LA TEORÍA
COMUNICACIONAL
DEL DERECHO (TCD),
FILOSOFÍA DEL DERECHO
Y TEORÍA JURÍDICA

Encarnación
Fernández Ruiz-Gálvez

167

POSITIVIDAD COMO
INTERPRETACIÓN:
VIOLA-ZACCARIA Y
GREGORIO ROBLES. UN
ANÁLISIS COMPARATIVO

sis comparativo entre esta visión del derecho y la del profesor Robles, a fin de destacar la vertiente hermenéutica de la TCD y su proximidad con la perspectiva acerca del derecho de los mencionados autores italianos.

Como apuntábamos al principio, para Robles, el derecho (entendiendo por tal el derecho positivo) se manifestaría a través de la pluralidad de actos y procesos comunicacionales que se generan en cada ámbito jurídico relacionados con el ordenamiento y el sistema jurídicos. Pues bien, el análisis del modo en el que se articulan estas tres dimensiones de la positividad del derecho (ordenamiento, sistema y ámbito) en la TCD nos proporciona elementos que nos permitirían verificar nuestra hipótesis de partida: la de que Gregorio Robles concibe la positividad del derecho como interpretación. Así se desprendería de sus desarrollos sobre la espiral hermenéutica entre ordenamiento y sistema, y de la ampliación de la comunidad interpretativa que puede inferirse de su concepto, más englobante que los dos anteriores, de ámbito jurídico.

En su esfuerzo por dar cuenta de la complejidad del derecho, además de la distinción de tres partes dentro de la TCD (la teoría formal del derecho, la teoría de la dogmática jurídica y la teoría de las decisiones jurídicas), y en paralelo con ella, Robles habla de tres niveles o dimensiones de la realidad jurídica: el ordenamiento, el sistema y el ámbito jurídicos.

El análisis propio de la TCD permite [...] comprender que la realidad del derecho no puede equipararse a la del ordenamiento jurídico, mucho menos a las leyes [como proclamó el llamado positivismo legalista]. La realidad del derecho es mucho más compleja y conlleva la actuación de múltiples protagonistas. (Robles, 2018, p. 37)

El ordenamiento jurídico sería un texto global, o lo que es lo mismo, una 'totalidad textual' correspondiente a un derecho vigente. Está compuesto por un conjunto de textos parciales o concretos contenidos en la constitución, los tratados internacionales, el derecho de la Unión Europea, las leyes, los reglamentos de

las administraciones, los convenios colectivos, la jurisprudencia de los tribunales, las costumbres, etc. Incluso los contratos formarían parte del ordenamiento jurídico, ya que, como dice el Código Civil español⁵, los contratos tienen fuerza de ley entre las partes contratantes, esto es, son ley para estas últimas.

En la misma línea de la distinción entre disposición y norma subrayada por Guastini y acogida por Viola y Zaccaria, Robles (2018, p. 27) destaca que los textos ordinamentales no son propiamente normas, sino textos *potencialmente normativos* que constituyen el punto de partida para la construcción del sistema jurídico, en su doble vertiente de (i) sistema didáctico-expositivo elaborado por la dogmática jurídica, la cual formula *propuestas* de interpretación de las disposiciones del ordenamiento y, con ello, propuestas de normas; y (ii) sistema jurídico propiamente dicho, o en sentido estricto, formado por las normas y los principios que las autoridades competentes, en especial los jueces, incorporan a sus decisiones, normalmente aceptando algunas de las tesis propuestas por la doctrina. Esto significa que las normas jurídicas no se encuentran en el ordenamiento, sino en el sistema. Esto es, que las normas jurídicas son siempre posteriores a la interpretación de las disposiciones, si bien el ordenamiento ('texto jurídico en bruto') proporciona el material para la elaboración del sistema (texto jurídico elaborado).

Ahora bien, como destacan Viola y Zaccaria (2007, p. 126), dentro de esta perspectiva común son posibles notables diferencias de acento. Como antes veíamos, el escepticismo interpretativo defiende la plena y absoluta libertad de las interpretaciones y, por tanto, el carácter radicalmente creativo de la interpretación. En esta línea se situaría la posición analítica y realista de Guastini, la cual supondría, para Viola y Zaccaria, una completa disolución de la disposición normativa como texto que precede y condiciona la norma y su interpretación.

⁵ Artículo 1091 del Código Civil español: "Las obligaciones que nacen de los contratos tienen fuerza de ley entre las partes contratantes, y deben cumplirse a tenor de los mismos".

Gregorio
Robles Morchón

Rubén Alberto
Duarte Cuadros

EDITORES

168

APORTES

A LA TEORÍA
COMUNICACIONAL
DEL DERECHO (TCD),
FILOSOFÍA DEL DERECHO
Y TEORÍA JURÍDICA

Encarnación
Fernández Ruiz-Gálvez

169

POSITIVIDAD COMO
INTERPRETACIÓN:
VIOLA-ZACCARIA Y
GREGORIO ROBLES. UN
ANÁLISIS COMPARATIVO

Por el contrario, las teorías hermenéutico-jurídicas reconocerían el valor vinculante de los textos normativos que hay que interpretar, de manera que el sentido de las disposiciones se mantendría como base de partida de la práctica interpretativa.

Cabe preguntarse qué acento va a prevalecer, si el analítico o el hermenéutico, en la teoría de las decisiones jurídicas cuyo desarrollo está elaborando en la actualidad el profesor Robles. No obstante, su constatación acertada de que los juristas en general, tanto teóricos como prácticos, contemplan el derecho desde dentro (Robles, 2018, p. 20, nota 7) y, por tanto, desde la convicción de su validez, de su carácter normativo, vinculante y obligatorio, hace esperar que las decisiones a través de las cuales se construye el sistema jurídico serán comprendidas por él en clave hermenéutica, y no en términos de puro decisionismo. Por lo demás, como antes apuntábamos y veremos enseguida, la relación entre ordenamiento y sistema es presentada por Robles como una relación hermenéutica en espiral.

Por su parte, el ámbito jurídico sería el concepto más comprensivo. Integra el ordenamiento y el sistema, pero es algo más amplio que el ordenamiento y el sistema juntos. Incluye todo lo que 'tiene que ver con el derecho', todo lo que se refiere o está relacionado con el ordenamiento jurídico, o más exactamente, con la dualidad ordenamiento/sistema. Así abarcaría no solo el ordenamiento, el sistema didáctico-expositivo y el sistema propiamente dicho, sino también otros textos jurídicos que no pertenecen ni al ordenamiento, ni al sistema en ninguna de sus dos modalidades, pero que serían textos jurídicos, pues están referidos al ordenamiento y/o al sistema jurídicos, y desde ellos, adquieren su sentido jurídico (por ej., la demanda con la que se inicia un proceso, el dictamen de un abogado, el asesoramiento que una agencia inmobiliaria proporciona al propietario de una vivienda en alquiler acerca de sus derechos, los debates parlamentarios que preceden a la aprobación de las leyes, un documento que se presenta como prueba en juicio, etc.).

Asimismo, formarían parte del ámbito jurídico todas las personas que interactúan en él y todos los actos (acciones u

omisiones), situaciones y relaciones con sentido y significado jurídico (como, por ej., la ocupación de una *res nullius*, la celebración de un contrato o la comisión de un delito). En definitiva, el ámbito se correspondería con la totalidad de la *práctica jurídica* (Robles, 2015a, pp. 485-494). Como nos recuerda Cotta (1993), prácticamente la totalidad de las realidades humanas, desde el nacimiento hasta la muerte, tienen implicaciones jurídicas y, por tanto, formarían parte del ámbito jurídico. Por todo ello, tal como Robles describe la noción de ámbito jurídico, podría considerarse como un concepto próximo al de experiencia jurídica elaborado por Capograssi y desarrollado por sus numerosos discípulos tanto en Italia como en España⁶.

De lo anteriormente expuesto se desprende que, para Robles, la realidad del derecho (entendiendo por tal el derecho positivo, y más exactamente cada derecho positivo, de acuerdo con el principio de relatividad en el derecho) consistiría en la conjunción de ordenamiento, sistema y ámbito, en el juego y el dinamismo entre estos tres niveles o dimensiones de lo jurídico. El derecho "no puede equipararse al ordenamiento, ni al sistema, ni siquiera a la conjunción de ambos", sino que más bien se correspondería con el ámbito jurídico, aunque no es menos cierto que, para Robles (2018), el eje central del ámbito jurídico es la dualidad ordenamiento/sistema, de manera que el ámbito jurídico abarcaría "todos los actos y procesos comunicacionales que se generan en relación con la dualidad ORD/SIS" (p. 37).

Ahora bien, cabe preguntarse en qué consiste este dinamismo, este juego entre ordenamiento, sistema y ámbito. El profesor Robles (2015a, pp. 106-107) sostiene que las decisiones aparecen en todos los procesos que se generan dentro del ámbito jurídico. De este modo, las decisiones serían, para él, el motor del dinamismo del derecho. Sin negar que esto sea así, mi objetivo es poner de manifiesto que esas decisiones son también, y al mismo tiempo, actos interpretativos, hermenéuticos.

⁶ Ver, entre otros, Ballesteros (1973, especialmente capítulos IV y V) y Pérez Luño (2018).

Gregorio
Robles Morchón

Rubén Alberto
Duarte Cuadros

EDITORES

170

APORTES

A LA TEORÍA
COMUNICACIONAL
DEL DERECHO (TCD),
FILOSOFÍA DEL DERECHO
Y TEORÍA JURÍDICA

Encarnación
Fernández Ruiz-Gálvez

171

POSITIVIDAD COMO
INTERPRETACIÓN:
VIOLA-ZACCARIA Y
GREGORIO ROBLES. UN
ANÁLISIS COMPARATIVO

De manera que, como trataré de argumentar en los siguientes apartados, pienso que Robles concibe el dinamismo del derecho no solo como decisión, sino también como interpretación, o más exactamente, como resultado de decisiones que son al mismo tiempo actos interpretativos.

La espiral hermenéutica entre ordenamiento y sistema

De acuerdo con la TCD, tanto para la dogmática jurídica como para las autoridades jurídicas (en particular, los tribunales de justicia) que aplican el derecho, el ordenamiento es el punto de partida para la elaboración del sistema jurídico a través de una actividad que en ambos casos implicaría la adopción de decisiones, pero que es también una actividad interpretativa. En ambos casos se partiría de algo dado: el ordenamiento, que es lo que se interpreta, y simultáneamente se llevaría a cabo una tarea creativa. Para Viola (1991, pp. 321-328), estos serían los dos rasgos característicos de la actividad interpretativa que tiene lugar en el ámbito jurídico a todos los niveles, tanto por parte del legislador como por parte del intérprete propiamente dicho. Y en eso consistiría la naturaleza compuesta de la práctica interpretativa en la que insisten Viola y Zaccaria, y a la que antes me he referido.

En efecto, no cabe duda de que el ordenamiento jurídico, esto es, los textos ordinamentales, se presenta para la ciencia de los juristas como el punto de partida para efectuar su labor, que consiste, precisamente, en interpretar y explicar el ordenamiento jurídico, en sistematizarlo y presentarlo de forma ordenada, y en completarlo, supliendo sus lagunas y resolviendo sus contradicciones (Robles, 2015b, *passim* y 2018, pp. 28-30).

Ahora bien, a partir del presupuesto que representan los textos ordinamentales, la ciencia de los juristas desarrolla una actividad creativa cuyo resultado es el sistema didáctico-expositivo, el cual supone una reconstrucción del material textual ordinamental transformándolo en un sistema elaborado. El sistema didáctico-expositivo es una obra colectiva en la que los diversos autores presentan *propuestas* de construcción her-

menéutica de los textos ordinamentales, posturas que suelen ser muy variadas y en ocasiones contrapuestas. Para Robles, detrás de cada propuesta habría siempre una decisión, una *decisión doctrinal de proponer* tal o cual doctrina, interpretación o solución. Decisión que, además, tiene que ser una decisión razonada, “de acuerdo con los criterios que, en opinión de su expositor, son propios del ordenamiento jurídico de referencia” (Robles, 2018, p. 30).

La ciencia jurídica –continúa diciendo Robles– no sería descriptiva, sino *propositiva*: “propone o hace propuestas para que las autoridades competentes las incorporen al ordenamiento jurídico”. La ciencia jurídica –afirma en otro lugar– “no es descriptiva, porque no puede serlo, sino *constructiva e interpretativa*. Empleando una palabra ya vieja, pero que está muy de moda últimamente: la ciencia jurídica es *hermeneutica*” (Robles, 2015a, p. 146). Esta visión de la ciencia del derecho supone el abandono explícito de lo que Bobbio (1960, p. 165) consideró y el propio Robles considera como el rasgo básico del positivismo jurídico: a saber, el positivismo jurídico metodológico, esto es, la convicción de que toda ciencia debe ser descriptiva y abstenerse de valoraciones y, por tanto, que la ciencia del derecho debe limitarse a describir asépticamente el derecho, respetando el canon metodológico que Weber (1974, pp. 5 y ss.) denominó la *Wertfreiheit*. “Frente a esto – escribe Robles (2015a)– hay que subrayar que es imposible ‘describir’ cualquier fenómeno de la cultura. El derecho no es una realidad describible, sino interpretable” (p. 160). La ciencia jurídica, continúa diciendo, no describe el derecho, sino que lo construye. El derecho no sería el ordenamiento, sino el sistema. Este se construye sobre la base del primero, pero no se identifica con él.

Debido a este doble carácter de la ciencia de los juristas, circunscrita al análisis del ordenamiento jurídico (e incluso de un determinado ordenamiento jurídico), pero al mismo tiempo creativa, pues reelabora el ordenamiento convirtiéndolo en sistema, Robles (2015b) la concibe como una disciplina hermenéutico-analítica (pp. 232-238, y cap. 9, pp. 369 y ss.).

Gregorio
Robles Morchón

Rubén Alberto
Duarte Cuadros

EDITORES

172

APORTES

A LA TEORÍA
COMUNICACIONAL
DEL DERECHO (TCD),
FILOSOFÍA DEL DERECHO
Y TEORÍA JURÍDICA

Encarnación
Fernández Ruiz-Gálvez

173

POSITIVIDAD COMO
INTERPRETACIÓN:
VIOLA-ZACCARIA Y
GREGORIO ROBLES. UN
ANÁLISIS COMPARATIVO

Esta visión de la tarea de la dogmática jurídica es ampliamente coincidente con la que sostienen Viola y Zaccaria (2007), quienes subrayan que la sistematización dogmática de los materiales jurídicos (legislación y pronunciamientos judiciales), en la que estarían implícitas su ponderación y su valoración, es en sí misma un proceso interpretativo y comprensivo (p. 167). Asimismo, en línea con la teoría del derecho más reciente (entre otros, Guastini, 1993), coinciden en considerar que la actividad científica del jurista doctrinal está orientada a elaborar propuestas de conclusiones jurídicas en atención a los jueces y legisladores (Viola, 1994 y 1996; Viola y Zaccaria, 2007, pp. 166-168). El juez –escriben– decide interpretaciones, mientras que el jurista propone interpretaciones. A su vez, el legislador puede decidir una interpretación, como sucede en el supuesto, poco frecuente, de la interpretación auténtica (que en realidad más que un acto interpretativo sería un acto de producción de una nueva ley), pero, en general, tiene que limitarse a concebir su obra como una “propuesta normativa destinada a los órganos de aplicación”. E incluso la decisión del juez, que indudablemente decide entre diversas interpretaciones, puede ser también leída como una propuesta de interpretación dirigida a los órganos superiores de aplicación.

Volviendo a la TCD y ya por lo que respecta a la actividad de las autoridades jurídicas –y sobre todo de los jueces– a las que les compete la resolución de los casos concretos con base al derecho, estas cuentan para ello básicamente con dos instrumentos: el ordenamiento jurídico (los textos ordinamentales) y las elaboraciones de la dogmática (los textos del sistema didáctico-expositivo), pues nadie duda de su deber de observar las disposiciones del ordenamiento jurídico, pero, por otra parte, las leyes plantean muchas veces cuestiones interpretativas para cuya resolución las autoridades suelen apoyarse en la doctrina de los autores, normalmente en la doctrina mayoritaria o en la de los autores de mayor prestigio. Cuando las autoridades toman alguna de las propuestas doctrinales para incorporarla a sus propias decisiones, la propuesta en cuestión cambia de estatus: ya no sería meramente una propuesta doctrinal, sino que se convierte en jurisprudencia, esto es, en derecho vivo o vigente (Robles, 2018, pp. 30-33).

Ahora bien, no se trata de que el derecho esté dado de antemano al modo de un objeto preexistente, completo, acabado y definido, que solo habría que aplicar de forma automática sin tener que decidir nada, sino como un conjunto de presupuestos, de principios jurídicos, de materiales normativos, como un horizonte contextual dentro del que operar (Viola, 1991, p. 322); como un conjunto de instrumentos jurídicos que auxilian al jurista en la actividad que le es propia (Medina, 2017, p. 28). Como destaca Diego Medina (2017, p. 29), en la comprensión de este aspecto de la TCD resulta fundamental la distinción categorial entre ‘decisión’ y ‘aplicación’.

Y es que, en efecto, para Robles la tarea de las autoridades jurídicas no es una actividad aplicativa mecánica, sino una labor creativa. Las autoridades jurídicas han de decidir qué contenidos concretos hay que adscribir a los textos ordinamentales, esto es, han de decidir la formulación de normas jurídicas para los casos contemplados. Para ello pueden apoyarse en las soluciones propuestas por la doctrina, o bien, tendrán que decidir por sus propios medios la respuesta a la cuestión planteada. Sus decisiones son decisiones jurídicas productoras de textos normativos. Son las que Robles (2018, pp. 31-32) denomina decisiones sistémicas, pues son estas decisiones tomadas en su conjunto las que generan el sistema jurídico en sentido estricto.

De lo anteriormente expuesto resulta que, de acuerdo con la TCD, y como antes apuntábamos, las normas no se encuentran en el ordenamiento, sino en el sistema, y que el ordenamiento (esto es, el texto jurídico en bruto) no es en sí mismo un sistema, pues carece de la unidad y de la coherencia que se atribuyen a un sistema (Robles, 2015a, pp. 144-147). Tanto las normas jurídicas como el sistema que las integra son el resultado de la construcción hermenéutica del material textual que proporciona el ordenamiento por parte de la jurisprudencia y de la doctrina científica. Por esta vía, Robles llega necesariamente a la conclusión de que el derecho es sobre todo la actividad de los juristas (Medina, 2017, pp. 30 y 32), incluyendo aquí a la doctrina y a la jurisprudencia, que por medio de una interpretación constructiva del ordenamiento generan el sistema.

Gregorio
Robles Morchón

Rubén Alberto
Duarte Cuadros

EDITORES

174

APORTES

A LA TEORÍA
COMUNICACIONAL
DEL DERECHO (TCD),
FILOSOFÍA DEL DERECHO
Y TEORÍA JURÍDICA

Encarnación
Fernández Ruiz-Gálvez

175

POSITIVIDAD COMO
INTERPRETACIÓN:
VIOLA-ZACCARIA Y
GREGORIO ROBLES. UN
ANÁLISIS COMPARATIVO

En conclusión, el sistema jurídico propiamente dicho sería el resultado de un complejo proceso comunicacional cuyos protagonistas serían no solo el legislador, sino también los juristas dogmáticos y las autoridades jurídicas (en especial, los tribunales de justicia). Este proceso implicaría en todas sus fases actos de decisión (decisiones ordinamentales generadoras de textos potencialmente normativos, decisiones doctrinales que formulan propuestas de textos normativos y decisiones sistémicas generadoras de textos normativos). Ahora bien, esas decisiones serían también, y al mismo tiempo, actos interpretativos, hermenéuticos. He intentado justificar esta afirmación referida a la actividad tanto de la dogmática como de las autoridades jurídicas. A continuación, abordaré esta misma cuestión en lo que respecta a la actividad del legislador.

Gregorio Robles Morchón

Rubén Alberto Duarte Cuadros

EDITORES

176

APORTES

A LA TEORÍA
COMUNICACIONAL
DEL DERECHO (TCD),
FILOSOFÍA DEL DERECHO
Y TEORÍA JURÍDICA

Es claro que la labor del legislador, y en general la tarea de producción de textos ordinamentales, es una actividad creativa que implica la adopción de decisiones. Ahora bien, cabe preguntarse si los actos del legislador son también, y al mismo tiempo, actos interpretativos, hermenéuticos.

Al respecto, Francesco Viola señala que la acción del legislador presenta sin duda un aspecto creativo, que es al mismo tiempo una actividad interpretativa que opera en un contexto preexistente en el que existen condiciones previas que se sitúan en diversos niveles y que no pueden ser ignoradas. Por de pronto, la finalidad general de asegurar y facilitar la interacción entre las personas (Viola, 1991, pp. 315-316). Un ejemplo muy ilustrativo de esto sería la ordenación de la circulación de vehículos de motor. Ciertamente es contingente y depende de la decisión del legislador establecer que se circulará por la derecha o, por el contrario, por la izquierda. Pero el presupuesto que no puede ser ignorado por el legislador es el de que hay que establecer una cosa u otra, y que no se puede permitir que cada uno circule por donde quiera, ni tampoco que alguien circule en contradirección, pues si no se respetaran esas condiciones previas, la circulación sería un caos con grave riesgo para la vida y la seguridad de las personas. Es

decir, semejante normativa no cumpliría la finalidad general que le da sentido al derecho.

Por otro lado, Viola alude a la necesidad de coherencia con el conjunto del ordenamiento y del sistema jurídico. Así, el acto de emanación de una nueva ley sería al mismo tiempo “un acto interpretativo de las potencialidades del ordenamiento que está llamado a responder a nuevos problemas y exigencias de la sociedad”. Si la nueva ley no quiere nacer muerta, “debe insertarse en el dinamismo de la práctica jurídica y ser un desarrollo de las potencialidades del derecho existente” (Viola, 1991, p. 324).

Ya por lo que respecta a la TCD, Robles (2015a) destaca acertadamente que el legislador normalmente no actúa sin ‘andamios’, sino que suele apoyarse en la doctrina científica de los autores y, en su caso, en el derecho comparado (estos serían los instrumentos que le auxilian en el desempeño de su labor), para sobre estas bases, “y teniendo en cuenta las peculiaridades del propio país, poder promulgar una ley que se adecue a las necesidades realmente existentes” (p. 148).

De lo dicho se desprende que Robles reconoce que también el legislador parte de algo dado: por de pronto, las necesidades realmente existentes y las peculiaridades del propio país pero, sobre todo, y esto es en lo que más insiste Robles, el legislador se apoya en las construcciones de la dogmática jurídica, es decir, en el sistema. Eso significa que la relación entre ordenamiento y sistema es bidireccional. El ordenamiento es la base para la elaboración del sistema que lo refleja de manera ordenada y completa. Pero, a su vez, el sistema elaborado por los juristas influye en la configuración del ordenamiento. Además, esta es una relación que se desarrolla en la historia. Así Robles concluye que entre ordenamiento y sistema hay una *relación hermenéutica ‘en espiral’* que se produce a lo largo del tiempo. Sobre el ordenamiento inicial se elabora el sistema inicial, el cual, a su vez, influye en la formulación posterior del ordenamiento, que es reconstruido de nuevo en sistema, el cual vuelve a influir sobre el ordenamiento... “Y así sucesivamente sin fin”. Se trata, pues, de un proceso de evolución que muestra

Encarnación Fernández Ruiz-Gálvez

177

POSITIVIDAD COMO
INTERPRETACIÓN:
VIOLA-ZACCARIA Y
GREGORIO ROBLES. UN
ANÁLISIS COMPARATIVO

“la historicidad tanto del ordenamiento como del sistema” (Robles, 2015a, pp. 147-150).

Esta relación hermenéutica nos permite afirmar que, en última instancia, el sistema, pero también el propio ordenamiento, son el resultado de sucesivos actos interpretativos, de manera que la positividad del derecho, como sostiene Viola, no sería fruto de un acto productivo puntual sin pasado, sino un proceso histórico en el que participan numerosos protagonistas que interactúan entre sí y que van positivando el derecho.

La espiral hermenéutica entre ordenamiento y sistema expuesta por Robles tendría un significado muy próximo al del nexo funcional entre legislador, juez y jurista doctrinal que plantean Viola y Zaccaria (2007, pp. 160-173), que ya referimos, en el que todos ellos serían coproductores del derecho (esto es, trabajarían, si bien de diferentes modos y desde distintos roles institucionales y funcionales, en los procesos de producción del derecho); asimismo, todos ellos llevarían a cabo actividades interpretativas (aunque con diferentes grados de intensidad) y se influirían recíprocamente. Los legisladores serían “intérpretes con la tarea específica de producir derecho”; los jueces y funcionarios administrativos, “intérpretes con la tarea específica de interpretarlo y aplicarlo” (144); por su parte, la sistematización dogmática de los materiales jurídicos sería también una tarea interpretativa que además ejercería una sólida influencia sobre la legislación y la jurisprudencia, y de este modo tendría lugar una aportación coproductiva del jurista teórico, aunque la autoridad de la interpretación doctrinal presenta notables grados de variabilidad dependiendo de los contextos culturales, sociales y jurídico-positivos, pero en general se mantiene.

Ahora bien, en todo caso, tanto la espiral hermenéutica entre ordenamiento y sistema de Robles como el vínculo funcional entre legislador, juez y jurista doctrinal de Viola y Zaccaria nos remiten a una comunidad interpretativa de intérpretes autorizados, noción que no es suficiente por sí sola para dar cuenta de toda la complejidad de la experiencia jurídica. Examinaremos esta cuestión en el epígrafe siguiente.

El ámbito jurídico y la ampliación de los protagonistas de la experiencia jurídica

En la concepción del derecho como práctica social interpretativa, la comunidad sería, en última instancia, la protagonista de la experiencia jurídica y la depositaria de la continuidad de la tradición jurídica, de su permanencia y de su renovación. En consecuencia, se tiene en cuenta no solo la hermenéutica específica de los intérpretes autorizados (órganos institucionalmente encargados de esta función), sino también la hermenéutica de otros intérpretes genéricos, algunos de los cuales están dotados de competencia técnica (sería el caso de los juristas de profesión, esto es, de los profesionales del derecho no revestidos de autoridad), mientras que otros (los simples ciudadanos) no son expertos en derecho, pero no por ello su papel es menos relevante para la efectividad del ordenamiento. Como antes señalábamos, todos los miembros de la sociedad con sus acciones deciden si reconocen las normas y cómo las reconocen. De alguna forma, interpretando las normas o directamente desaplicándolas influyen en su significado. En todo caso, unos y otros fuerzan al intérprete autorizado por el derecho a enfrentarse a lo que ellos sostienen (Viola y Zaccaria, 2007, pp. 135 y 140).

Cabe preguntarse qué papel asigna Robles a estos intérpretes genéricos. La relación en espiral ordenamiento/sistema parece reservada para él a tan solo tres grupos de actores: los productores de texto ordinamental, los científicos del derecho y las autoridades jurídicas que aplican las normas generales a los casos particulares. En cambio, la introducción del concepto, extremadamente fecundo, de ámbito jurídico permitiría reconocer el papel que ejercen en el proceso de creación colectiva del derecho los juristas prácticos no constituidos en autoridad, y también los individuos comunes.

Los primeros (y en especial los abogados) contribuyen a esa actividad creativa con sus textos jurídicos (demandas, contestaciones, alegaciones, reconveniones, solicitud y presentación de ciertas pruebas en juicio, dictámenes, etc.) que, aunque para Robles no forman parte del ordenamiento ni del sistema, contienen también

Gregorio
Robles Morchón

Rubén Alberto
Duarte Cuadros

EDITORES

178

APORTES

A LA TEORÍA
COMUNICACIONAL
DEL DERECHO (TCD),
FILOSOFÍA DEL DERECHO
Y TEORÍA JURÍDICA

Encarnación
Fernández Ruiz-Gálvez

179

POSITIVIDAD COMO
INTERPRETACIÓN:
VIOLA-ZACCARIA Y
GREGORIO ROBLES. UN
ANÁLISIS COMPARATIVO

propuestas normativas y contribuyen al dinamismo del sistema. Ciertamente, se mueven, como todos los operadores jurídicos, en el marco de una cultura jurídica que les aporta un acervo de conceptos dogmáticos, principios, valoraciones, metodologías, etc., cuya depositaria principal, aunque no exclusiva, es la doctrina científica, pero sobre esa base y desde esos presupuestos buscan soluciones innovadoras y desarrollan una labor creativa. El primer abogado al que se le ocurrió presentar como medio de prueba un correo electrónico o un whatsapp contribuyó sin duda a la adaptación del sistema procesal a la realidad cambiante.

Por su parte, los simples ciudadanos con sus actuaciones en la experiencia jurídica cotidiana, en muchas ocasiones, crean o por lo menos sientan las bases para la aparición de nuevas figuras jurídicas. Pienso que esto puede afirmarse de innumerables instituciones jurídicas desde la permuta y la compra-venta hasta el leasing o el renting, pasando por la letra de cambio y un largo etcétera.

En el ámbito jurídico, tal como lo describe Robles (2018, p. 36), interactúan todas estas categorías tan variadas de protagonistas, no solo el poder legislativo, los representantes de la administración pública y del poder judicial, también el poder constituyente, así como “los que están en la ‘pelea diaria’ del derecho: abogados, fiscales, juristas asesores, notarios, registradores, etc.”, y los propios individuos que actúan como destinatarios y usuarios de los textos jurídicos.

Y es que, como destaca nuestro autor, la noción de ámbito jurídico es expansiva. “Amplia enormemente el campo de referencia jurídico y permite explicar realidades que tradicionalmente la teoría del derecho ha dejado fuera de su consideración” (Robles, 2018, p. 25, nota 23). Por eso me parece que el concepto que, dentro de la TCD, encierra mayores potencialidades de apertura para iluminar zonas de la experiencia jurídica que no han sido suficientemente exploradas. Como antes he sugerido, es el ámbito jurídico (y no el ordenamiento, ni el sistema, ni la conjunción de ambos) el que abarcaría la totalidad de la experiencia jurídica y el que podría dar cuenta de toda la riqueza y complejidad del derecho como práctica social interpretativa.

Gregorio
Robles Morchón

Rubén Alberto
Duarte Cuadros

EDITORES

180

APORTES
A LA TEORÍA
COMUNICACIONAL
DEL DERECHO (TCD),
FILOSOFÍA DEL DERECHO
Y TEORÍA JURÍDICA

Referencias

- Ballesteros, J. (1973). *La Filosofía jurídica de Giuseppe Capograssi*. Roma-Madrid: Consejo Superior de Investigaciones Científicas.
- Bobbio, N. (1960). *Il positivismo giuridico. Lezioni di Filosofia del diritto*. Torino: Libreria Universitaria.
- Bobbio, N. (1981). Kelsen e il problema del potere. *Rivista internazionale di filosofia del diritto*, LVIII.
- Cotta, S. (1993). *¿Qué es el derecho?* Trad. de José Joaquín Blasco. Madrid: Rialp.
- Dworkin, R. (1983). Law as interpretation. En W.J.T. Mitchell (Ed.). *The Politics of interpretation*. Chicago: University of Chicago Press.
- Dworkin, R. (1986). *Law's empire*. Cambridge (MA): Belknap Press of Harvard University Press.
- Fish, S. (1989). *Doing What Comes Naturally*. Durham (N.C.): Duke U. P.
- Guastini, R. (1990). *Dalle fonti alle norme*. Torino: Giappichelli.
- Guastini, R. (1993). *Le fonti del diritto e l'interpretazione*. Milano: Giuffrè.
- Guastini, R. (1998). *Teoria e dogmatica delle fonti*. Milano: Giuffrè.
- Kaufmann, A. (2000). *Derecho, moral e historicidad*. Trad. de Natturrecht und Geschichtlichkeit de Emilio Eiranova Encinas. Madrid: Marcial Pons.
- Kelsen, H. (1966). Justicia y Derecho natural. En *Crítica del Derecho natural*. Introducción y trad. de Elías Díaz. Madrid: Taurus.
- Lombardi Vallauri, L. (1981). *Corso di filosofia del diritto*. Padova: Cedam.
- Luhmann, N. (1998). *Sistemas sociales: lineamientos para una teoría general*. Trad. Silvia Pappé y Brunhilde Erker, bajo la coordinación de Javier Torres Nafarrete. Barcelona: Anthropos.
- Medina Morales, D. (2017). Comunicación y Derecho. Trascendencia de una teoría. En D. Medina Morales (coord.). *La Teoría comunicacional del Derecho a examen* (pp. 23-41). Cizur Menor (Navarra): Thomson-Reuters.
- Ollero, A. (1996). *¿Tiene razón el Derecho? Entre método científico y voluntad política*. Madrid: Congreso de los Diputados.

Encarnación
Fernández Ruiz-Gálvez

181

POSITIVIDAD COMO
INTERPRETACIÓN:
VIOLA-ZACCARIA Y
GREGORIO ROBLES. UN
ANÁLISIS COMPARATIVO

- Pérez Luño, A. E. (2018). *Teoría del Derecho. Una concepción de la experiencia jurídica*. Madrid: Tecnos. 17ª ed. Primera ed. de 1997.
- Robles, G. (2015a). *Teoría del Derecho. Fundamentos de Teoría comunicacional del Derecho*, vol. I, (6ª). Cizur Menor (Navarra): Thomson-Reuters.
- Robles, G. (2015b). *Teoría del Derecho. Fundamentos de Teoría comunicacional del Derecho*, vol. II, (1ª). Cizur Menor (Navarra): Thomson-Reuters.
- Robles, G. (2018). *Cinco estudios de Teoría comunicacional del Derecho*. Santiago-Chile: Olejnik.
- Rodríguez Puerto, M. (2018). La hermenéutica jurídica y la crítica a la concepción legalista del Derecho. En D. Medina (dir.). *Ordenamiento y sistema en el Derecho* (pp. 95-106). Valencia: Tirant lo Blanch.
- Ross, A. (1997). *Sobre el derecho y la justicia*. Trad. por Genaro R. Carrió. Buenos Aires: Editorial Universitaria de Buenos Aires.
- Sánchez Hidalgo, A. J. (2019). *Epistemología y metodología jurídica*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- Viola, F. (1991). Tre forme di positività nel diritto. En G. Zaccaria (a cura di). *Diritto positivo e positività del diritto* (pp. 301-328). Torino: Giappichelli.
- Viola, F. (1994). La critica dell'ermeneutica alla filosofia analitica italiana del diritto. En M. Jori (a cargo de). *Ermeneutica e filosofia analítica. Due concezioni del diritto a confronto* (pp. 63-104). Torino: Giappichelli.
- Viola, F. (1996). Ermeneutica e diritto. *Ars interpretandi*, 1, 181-190.
- Viola, F. y Zaccaria, G. (2007). *Derecho e interpretación. Elementos de teoría hermenéutica del Derecho*. Traducción de Ana Cebeira, Aurelio de Prada y Aurelia Richart. Coordinación y revisión de la traducción y prólogo a cargo de Gregorio Robles Morchón. Madrid: Dykinson.
- Weber, M. (1974). La objetividad en las ciencias humanas y sociales. En *Sobre la teoría de las ciencias sociales*. Barcelona: Península.

Gregorio
Robles Morchón

Rubén Alberto
Duarte Cuadros

EDITORES

182

APORTES

A LA TEORÍA
COMUNICACIONAL
DEL DERECHO (TCD),
FILOSOFÍA DEL DERECHO
Y TEORÍA JURÍDICA

Angelo
Anzalone¹

LA NECESARIA
Y DINÁMICA
YUXTAPOSICIÓN
ENTRE
ABSTRACCIÓN Y
CONCRECIÓN DE LO
JURÍDICO EN LOS
DISTINTOS NIVELES
DE ANÁLISIS
DE LA TEORÍA
COMUNICACIONAL
DE DERECHO²

La abstracción es real, probablemente más real que la naturaleza

JOSEPH ALBERS

1. A modo de introducción: lo abstracto y lo concreto

Sobre las categorías de lo abstracto y de lo concreto, en general, encontramos múltiples referencias filosóficas. Desde la teoría aristotélica, en la que el término “abstracción” venía usado para indicar una operación capaz de mediar lo inteligible y lo

¹ Docente del Área de Filosofía del Derecho de la Universidad de Córdoba.

² Este trabajo recoge algunas de las conclusiones obtenidas tras los estudios llevados a cabo en el Departamento de Filosofía de la Universidad de Évora (Portugal), entre los meses de abril y junio de 2019, con ocasión de una estancia de investigación realizada bajo la dirección de la profesora doctora Margarida I. Almeida Amoedo. Del mismo modo, los resultados obtenidos han sido expuestos y discutidos con una ponencia presentada en el XXIX World Congress of the International Association for Philosophy of Law & Social Philosophy (IVR), celebrado en Lucerna (Suiza), del 7 al 12 de julio de 2019.



sensible; donde su relación con lo concreto no convencía a Platón, quien sostenía que las ideas no surgen por abstracción de lo concreto, sino que preexisten a él, de modo que lo concreto solo es una copia borrosa de aquel; pasando por el debate medieval que vio retomar, por parte de Santo Tomás, las posturas aristotélicas, y reformular, por parte de Duns Scoto y Guillermo de Ockham, una nueva significación de tipo comparativo; llegando a Hegel y Marx, quienes, respectivamente, mantuvieron el círculo abstracto-concreto-abstracto y el alternativo recorrido especulativo concreto-abstracto-concreto; terminando con los máximos exponentes del idealismo italiano, quienes vieron lo concreto en el concepto –es el caso de Croce– o en el acto puro del pensamiento –es el caso de Gentile–.

A pesar de las posibles diferencias de perspectivas, lo cierto es que toda aproximación a esta fascinante cuestión parece señalar la existencia de procedimientos u operaciones que permiten aislar algo (abstraerlo) de otras realidades con las que tiene algún tipo de relación, para luego convertirlo en objeto de estudio. Lo abstracto sería, pues, una faceta aislada, y no del todo desarrollada; lo concreto, en cambio, abarcaría lo multifacético y la complejidad desarrollada. ¿Esto quiere decir que se trata de dos momentos necesariamente contrarios y opuestos? ¿Puede que, en cambio, se trate de dos etapas distintas, no separadas, de un mismo procedimiento?

Ferrater Mora (1964) nos recordó que lo abstraído es “*lo puesto aparte*” (p. 35) y, en consecuencia, una abstracción es el acto de poner aparte. El poner aparte, desde un punto de vista mental, equivale así a un modo de pensar mediante el cual se separa conceptualmente algo de algo. Abstractar implica separar “*lo general, universal, necesario o esencial de lo individual, casual y contingente*”. Existen –según el filósofo catalán– dos grandes tipos de abstracción: en un caso se destaca lo que lo abstraído tiene de conceptual y, por tanto, se entiende que la entidad abstracta es una disminución de la realidad; en el otro, se subraya lo que lo abstraído tiene de esencial y se considera que la entidad abstracta es algo más que aquello de que se ha abstraído, por lo menos desde un punto de vista metafísico.

Si lo abstracto es identificable con lo general y lo universal, lo concreto es identificado con lo particular y lo individual; lo concreto, pues, sería “*lo que es experimentado como efectivamente real*” (Ferrater Mora, 1964, p. 328).

Desde el punto de vista de la experiencia jurídica, por ejemplo, se suele hablar de una legalidad abstracta, distinta y compensada (completada) por un sucesivo momento práctico y concreto. Pero esto no quiere decir que el querer, en el derecho abstracto, repugna el actuar concreto; y tampoco quiere decir que las actuaciones concretas puedan libre y totalmente negar la voluntad abstractamente expresada. En realidad, esta aparente contraposición sirve para entender cómo en el derecho viven dos momentos, uno cognitivo (teórico y necesario) y otro práctico (sucesivo, pero no definitivo). Se propone así una yuxtaposición, entre abstracción y concreción, que no es oposición ni síntesis cerrada, ya que permite aceptar la implicación recíproca de los dos momentos y, por tanto, la complejidad de la vida jurídica. Así será posible mantener la doble naturaleza del derecho: conocimiento y acción, configuración teórica y desarrollo práctico. El derecho, en abstracto, es pensamiento que, precediendo la acción, proyecta las acciones posibles, en un proceso nunca perfecto y cerrado, ya que siempre existirán zonas oscuras³. En este sentido, ha sido observado que la legalidad es el momento abstracto de un proceso que desea asegurar coherencia, adelantando y organizando un conjunto de acciones posibles. Legalidad, pues, como esquema “*lógico-normativo de las acciones posibles*” (Battaglia, 1951, p. 113) capaz de asegurar ciertas condiciones de vida en sociedad, según una determinada estructura y evitando que la acción caiga en el capricho.

Hay que reconocer que la experiencia jurídica moderna demuestra que la elaboración del mencionado proceso es cosa del Estado, entidad que ha conseguido ser el centro de la vida social, atrayendo y haciendo suyas las múltiples manifestaciones

3 Seguimos aquí las observaciones de Battaglia (1951, p. 109), que hemos tenido ocasión de analizar, con mayor rigor y profundidad, en otra sede; en este sentido, véase Anzalone (2013).

Gregorio
Robles Morchón

Rubén Alberto
Duarte Cuadros

EDITORES

184

APORTES

A LA TEORÍA
COMUNICACIONAL
DEL DERECHO (TCD),
FILOSOFÍA DEL DERECHO
Y TEORÍA JURÍDICA

Angelo
Anzalone

185

LA NECESARIA
Y DINÁMICA
YUXTAPOSICIÓN
ENTRE ABSTRACCIÓN
Y CONCRECIÓN DE
LO JURÍDICO EN LOS
DISTINTOS NIVELES DE
ANÁLISIS DE LA TEORÍA
COMUNICACIONAL DE
DERECHO

sociales, coordinándolas en la propia (Battaglia, 1951, pp. 95-96). Pero ese mero “*accidente histórico*”, que es el Estado –según Paolo Grossi (2006, pp. 31-32)–, no puede justificar una idea de derecho como simple conjunto de mandatos, ya que el derecho nace antes que la regla técnico-normativa, en el sentido de que emana de un mundo relacional de posiciones y coordinadas con capacidad auto-ordenadora. Nunca podrá existir regla alguna que, presupuesta a la acción, sea fiel espejo de la acción; es decir, no puede haber manifestación abstracta del derecho que, preordinando la sociedad, sea la sociedad. Por estas razones, entre otras, y a pesar de su inclinación moderna a consolidarse en un texto, no deberíamos reducir el derecho a “*corteza reseca, privada de la vivificadora linfa vital que discurre por debajo*” (Grossi, 2006, p. 20), pues el mandato (abstracto) solo es una orientación (inicial y final a la vez) para la actividad práctica, y, al mismo tiempo, su configuración viene proporcionada por ella, ya que en ella reside el auténtico motor creativo que no siempre se desvela anticipadamente. Esta, a fin de cuentas, es la vida (Battaglia, 1951, p. 100).

Gregorio Robles Morchón

Rubén Alberto Duarte Cuadros

EDITORES

186

APORTES

A LA TEORÍA COMUNICACIONAL DEL DERECHO (TCD), FILOSOFÍA DEL DERECHO Y TEORÍA JURÍDICA

2. Lo abstracto y lo concreto en la teoría comunicacional del derecho

En las tres perspectivas de análisis⁴ ofrecidas por la teoría comunicacional del derecho (en adelante, TCD), como consecuencia de la perenne y dinámica tensión entre categorías abstractas y concretas de la realidad jurídica, es posible encontrar una neta separación entre momentos cognitivos (teóricos-necesarios) y manifestaciones prácticas en el derecho. Para comprender dichas dinámicas resulta necesario diferenciar el “querer abstracto” del “actuar concreto”, distinción que nos permite

⁴ Para referirse a las tres perspectivas de análisis del modelo teórico propuesto por Robles, recientemente ha sido utilizado el término “tridimensionismo”, ya que: (1) desde la teoría formal del derecho se buscan definiciones conceptuales universalmente aplicables a cualquier ordenamiento jurídico; (2) con la teoría de la dogmática jurídica se investigan los significados atribuibles –a través de la regulación normativa– a los conceptos de un ordenamiento jurídico determinado; y (3) en la teoría de la decisión jurídica se pretende debatir sobre el contenido valorativo y valorado que debería atribuirse a determinados conceptos jurídicos. Véase Medina Morales (2017, pp. 24-25) y Sánchez Hidalgo (2017, p. 85).

sostener, por una parte, un concepto de legalidad ordinamental como mera previsión abstracta de las acciones posibles y, por otra, una nascente teoría de la decisión que puede llegar a ser algo más que mera actividad teórico-abstracta. Es posible mantener que la TCD proporciona validos argumentos para descubrir y corregir la excesiva abstracción a veces presente en la juridicidad, tanto fáctica como teórica, así como su inquietante lejanía de la dimensión axiológica. En este sentido, la trascendente labor de los juristas adquiere una significativa relevancia en el proceso comunicacional que tiene lugar entre las manifestaciones abstractas y concretas de lo jurídico, sea desde el punto de vista del conocimiento teórico del derecho, sea desde la perspectiva de realización práctica del mismo.

2.1 En la teoría formal

En el volumen dedicado a la perspectiva sintáctica de su teoría comunicacional, Robles sostiene que las normas son el producto de decisiones (actos de la voluntad) tomadas por las autoridades competentes. Esto supone la existencia de un creador-decisor que genera la norma y de un decisor que aplica esa norma al caso concreto. Es en esta segunda fase donde encontramos “*otro «acto de voluntad» (del «juez») que «quiere» aplicar la norma al caso y, por eso, dicta la sentencia concretando la solución*” (Robles, 2015a, p. 65). Apreciamos, por tanto, una primera distinción entre la manifestación formal, fruto del primer acto decisorio, y la encarnación concreta de lo manifestado, resultado de la actividad del juez. Por otra parte, y señalando que la delicada labor de los juristas se desenvuelve entre textos, nuestro autor sostiene que el ordenamiento jurídico es un “*texto compuesto de múltiples textos concretos*”, haciéndonos ver que el texto jurídico concreto por excelencia viene generado por el juez, ya que

para resolver el caso que se le ha planteado, no hace otra cosa que aplicar los textos (sea el creado por el legislador, o por la costumbre) al supuesto concreto, y al mismo tiempo al dictar sentencia está generando un nuevo texto, que se incorpora al texto global del ordenamiento. (Robles, 2015a, pp. 94-95)

Angelo Anzalone

187

LA NECESARIA Y DINÁMICA YUXTAPOSICIÓN ENTRE ABSTRACCIÓN Y CONCRECIÓN DE LO JURÍDICO EN LOS DISTINTOS NIVELES DE ANÁLISIS DE LA TEORÍA COMUNICACIONAL DE DERECHO

Puesto que las normas no son producto exclusivo del poder legislativo, nuestro autor reconoce que el poder judicial es el encargado de concretar realmente lo ordenado genéricamente, ya que aplica *"a los casos concretos de la vida las normas que han sido decididas por el constituyente, el legislativo y el ejecutivo"* (Robles, 2015a, p. 128). Una vez más, se hace presente esa diferencia entre la previsión abstracta y la resolución concreta. Tanto es así que no importa que de un principio jurídico se haga mención expresa en el texto ordinamental, pues para verificar su contenido concreto y su aplicación es suficiente examinar *"las decisiones de los diversos órganos del ordenamiento, sean esos órganos administrativos o judiciales"*; definitivamente, *"en los actos de decisión concretos encontramos el test de su existencia"* (Robles, 2015a, p. 135). Además, mostrándose en desacuerdo con Dworkin y Alexy, según los cuales los principios no se cumplen o incumplen en su totalidad, sino que se ponderan, Robles (2015a) sostiene que *"en cada caso concreto el principio en cuestión se cumple o se incumple, exactamente igual que cualquier otra norma"*; otra cosa será sostener que los principios jurídicos gozan de una *"gran potencialidad aplicativa a distintos campos del derecho"*, debido a su *"gran carga axiológica, pues concretan normativamente los valores del ordenamiento"* (p. 246).

Adelantando contenidos más propios de la teoría de la dogmática jurídica, donde se tratarán todas las características del sistema jurídico, Robles (2015a) asevera que la *communis opinio*, cuantitativa o cualitativamente fundamentada, es una importante referencia para el momento aplicativo del derecho, *"que es lo mismo que decir a la hora de concretar el sentido del texto del ordenamiento"* (p. 154). Además, y con el objetivo de explicar que el sistema jurídico representa una ficción para entender mejor la realidad, el autor admite un necesario intercambio de informaciones entre lo abstracto y lo concreto, por lo menos desde el punto de vista teórico-cognitivo⁵.

5 En este sentido, "la teoría del derecho trabaja con la ficción de un sistema unitario de igual manera a como, por ejemplo, la teoría económica trabaja, al analizar la economía de mercado, con un modelo que no refleja de forma absolutamente fiel la realidad. En la

Nuestro autor reivindica que el objeto de estudio de su teoría es el *"derecho posible"*; por tanto, y aunque sea *"posible pensar un sistema jurídico en abstracto"* que carezca de las coordenadas espaciales y temporales, desde la perspectiva de la teoría comunicacional se considera que *"el derecho, como fenómeno humano real, no puede escapar a las coordenadas de espacio y tiempo"* (Robles, 2015a, p. 223). Por ejemplo, y sosteniendo la posible existencia de actos jurídicamente irrelevantes, la opinión del autor es que *"cuáles sean esos actos es una cuestión que no puede ser contestada en abstracto, sino que habrá que responderse a la luz de cada ordenamiento jurídico particular"* (Robles, 2015a, p. 386). Del mismo modo, al tratar del concepto de omisión, Robles (2015a) nos propone un típico ejemplo de concepto jurídico que, *a priori*, se presenta como una *"noción genérica o abstracta"*; un concepto que, *"aunque desde un punto de vista abstracto puede ser considerado como impecable"* (pp. 316-317), necesita cobrar vida en el plan operativo y concreto para que en el derecho pueda hablarse de omisión. Evidente, por tanto, la comunicación existente entre teoría y praxis.

El análisis dedicado a las relaciones jurídicas en la TCD, aunque anticipe una cuestión que se volverá a tratar en el volumen dedicado a la perspectiva semántica, nos permite comprobar que el autor reconoce que los conceptos empleados por la teoría del derecho, a pesar de estar estrictamente relacionados entre sí, viven en *"un plano de abstracción superior"* que al de la dogmática, ya que, en lugar de tratar *"conceptos peculiares de un ámbito jurídico determinado"*, encontramos *"conceptos que pretenden ser universales por su carácter formal, suscepi-*

(cont. nota 5) realidad de los hechos económicos nunca se da la economía pura de mercado. Ésta es una abstracción que, a pesar de no reflejar fielmente la compleja realidad, sirve por su potencialidad analítica, lo que quiere decir que sirve para analizar la realidad. Lo mismo sucede en el campo de la física. Esta ciencia «simplifica» la realidad centrándose en el estudio de modelos teóricos que hacen abstracción de unos hechos para fijarse en los acotados". Pues bien, dichas operaciones de abstracción y de falsa ficción de lo concreto se llevan a cabo "para simplificar la realidad y permitir el acotamiento de la misma en un modelo teórico que, por la sencillez de sus líneas, permita su acceso a la mente humana". Así opera también la teoría del derecho y sin esta premisa –sostiene Robles– no seremos capaces de "averiguar qué es lo que pasa realmente en el derecho", dándose "la paradoja de que, a pesar de que la hipótesis no es real, permite entender mejor la realidad" (Robles, 2015a, pp. 152-154).

Gregorio
Robles Morchón

Rubén Alberto
Duarte Cuadros

EDITORES

188

APORTES

A LA TEORÍA
COMUNICACIONAL
DEL DERECHO (TCD),
FILOSOFÍA DEL DERECHO
Y TEORÍA JURÍDICA

Angelo
Anzalone

189

LA NECESARIA
Y DINÁMICA
YUXTAPOSICIÓN
ENTRE ABSTRACCIÓN
Y CONCRECIÓN DE
LO JURÍDICO EN LOS
DISTINTOS NIVELES DE
ANÁLISIS DE LA TEORÍA
COMUNICACIONAL DE
DERECHO

bles de aplicación por tanto a cualquier ámbito jurídico” (Robles, 2015a, p. 560). El poder jurídico concreto, por ejemplo, se nos presenta como la segunda función del concepto teórico-formal de derecho subjetivo (la primera consiste en distribuir/otorgar títulos a los potenciales sujetos de derecho). El autor, en este punto, al preguntarse “en qué consiste la concreción” o “en qué se concreta la concreción”, confiesa que estamos planteando una cuestión filosófica muy profunda, es decir, “la diferencia entre lo abstracto y lo concreto”. Puesto que abstracción y concreción serían “términos relativos excepto en los extremos de la cadena”⁶, según Robles (2015a) las normas jurídicas

regulan con cierto grado de abstracción aquellos supuestos a los que se refieren; pero ese grado de abstracción no suele llegar a lo más alto, sino que se sitúa en un nivel intermedio. Por eso, en esa clase de normas (legales y análogas) lo abstracto se convierte en lo típico. Las normas de derecho no regulan puras abstracciones, sino tipos. El tipo está entre lo abstracto y lo concreto; o, para ser más precisos, entre los absolutamente abstracto y lo absolutamente concreto. (pp. 654-655)

Por todo ello, “el tipo se caracteriza porque, a diferencia de lo abstracto, es una concreción generalizante, o un género que, como tal, supone una cierta concreción, sin llegar a la concreción total”. Muy interesante, como podemos comprobar, la necesidad que el autor siente para buscar –y así encontrar en la figura del “tipo” o en el procedimiento de “tipificación”– el punto de unión y comunicación entre lo abstracto y lo concreto.

Si para definir los derechos constitucionales no existen grandes dificultades, puesto que son aquellos derechos mencionados en las constituciones, las cosas se complican para los llamados de-

6 El ejemplo que pone el autor para explicar dicha afirmación es el siguiente: “si digo «el ser», me sitúo en un nivel muy alto de abstracción, quizás en el más alto. Si a continuación digo «el hombre», he bajado de nivel de abstracción, pero aún sigo en ella porque hay muchos hombres. Lo mismo ocurre si digo «el estudiante», ya que hay muchos, aunque entonces estaremos en un nivel más bajo que el anterior. Si después digo «el hombre que ha sido atropellado en la Avenida de Portugal, de la ciudad de Palma, a las once y diez de la mañana de hoy, 12 de septiembre, al salir del Instituto, y que se llama Fulano», he descendido a lo concreto al haber individualizado al máximo al ser del que se trata” (Robles, 2015a, p. 655).

rechos fundamentales. En este caso –según Robles (2015a)– “no es posible dar una definición abstracta y apriorística”, ya que se trata de una noción “relativa” que dependerá de los mecanismos de protección y garantía previstos en cada ordenamiento jurídico concreto. Algo parecido ocurrirá con los derechos humanos, una expresión que –según nuestro autor– es “ideológica e ideologizada” y “cuyos contenidos concretos varían”. Por esta razón, el tratamiento de estos derechos –o de esta expresión– tendrá lugar

en la teoría de la decisión jurídica, y en concreto en los aspectos materiales de la teoría de la decisión constituyente y de la decisión legislativa, ya que pueden entenderse como criterios de justicia dignos de ser incluidos en los textos del ordenamiento jurídico. (pp. 691-692)

Vemos, pues, que los problemas de justicia material son de índole concreta y deben ser resueltos desde una perspectiva lo menos abstracta posible. Del mismo modo, y en virtud del principio de relatividad sistémica mantenido por la TCD y del carácter perspectivista de todo ordenamiento jurídico, hay que distinguir entre cuestiones teórico-jurídicas y cuestiones jurídicas propiamente dichas. Las primeras admiten respuestas generales y abstractas en cuanto afectan a todos los ordenamientos posibles; las segundas no admiten “una respuesta abstracta o general (válida para cualquier ordenamiento), sino que son relativas a un ordenamiento determinado” (Robles, 2015a, pp. 724-725). Por ejemplo, al tratar del sujeto jurídico y de su personificación, nuestro autor admite que esta última, entendida como el resultado de un conjunto de decisiones en cuya virtud se atribuye personalidad jurídica, se regirá por unos criterios y será “una cuestión que no puede resolverse en abstracto, sino que hay que contemplar las soluciones del derecho positivo” (Robles, 2015a, p. 927) a la luz de los fines e intereses que se quieren proteger en cada realidad concreta⁷.

7 Sobre los conceptos de sujeto jurídico y de persona a la luz del planteamiento ofrecido por la TCD, véase Aparisi Miralles (2018, pp. 284-292). Igualmente, aunque sea desde otra perspectiva, nos hemos ocupado de algunos aspectos relacionados con la “personificación” jurídica en Anzalone (2017, pp. 147-176).

Gregorio
Robles Morchón

Rubén Alberto
Duarte Cuadros

EDITORES

190

APORTES

A LA TEORÍA
COMUNICACIONAL
DEL DERECHO (TCD),
FILOSOFÍA DEL DERECHO
Y TEORÍA JURÍDICA

Angelo
Anzalone

191

LA NECESARIA
Y DINÁMICA
YUXTAPOSICIÓN
ENTRE ABSTRACCIÓN
Y CONCRECIÓN DE
LO JURÍDICO EN LOS
DISTINTOS NIVELES DE
ANÁLISIS DE LA TEORÍA
COMUNICACIONAL DE
DERECHO

2.2 En la teoría de la dogmática

En el segundo volumen de la TCD se señala el mayor grado de concreción de la dogmática jurídica. En este sentido, las teorías dogmático-jurídicas, resultado de la aproximación dogmática al derecho, son menos generalizantes y se refieren a un ordenamiento jurídico determinado (concreto); en cambio –sostiene Robles (2015b)– “el nivel más abstracto y generalizante es el propio de nuestra disciplina, la teoría del derecho. En ella se investigan los aspectos universales de todo ámbito jurídico” (p. 26). No olvidemos que el autor propone una teoría de la dogmática jurídica –segundo nivel de análisis de su TCD– y que nos avisa sobre la importancia de distinguir la jurisprudencia como forma de conocimiento científico del derecho y la jurisprudencia como actividad jurisdiccional desempeñada por los jueces. No es usual utilizar esta última acepción para referirse a la ciencia de los juristas, ya que “el término «jurisprudencia» se usa hoy predominantemente para designar las sentencias de los jueces”. En ambos casos tenemos un denominador común: resolución de casos. Lo que ocurre es que, como veremos más adelante, Robles distingue la resolución del caso concreto y el enfrentamiento al horizonte casuístico. De todas formas, es preciso destacar que la jurisprudencia como justicia del caso concreto “conecta perfectamente con la idea de la jurisprudencia romana”, donde

el derecho no se manifiesta como una abstracción, sino como una decisión, y más específicamente, como la decisión del caso concreto. La faceta que se contempla es la praxis jurídica y, dentro de ella, la praxis jurídica por excelencia, que consiste en las decisiones sobre lo concreto. (p. 26)

Este modo de entender la jurisprudencia “incentiva la equidad”, nada menos que

un instrumento metódico corrector de la rigidez de la norma general. Supone la adaptación de la norma general –de la ley– a las peculiaridades del caso. La ley tipifica los supuestos de hecho, haciendo abstracción de las realidades concretas. Se

queda en lo general, como no puede ser de otra forma. (Robles, 2015b, pp. 34-35)

Definitivamente, pues, es un modo de entender la praxis jurídica que “enlaza la resolución de los casos con la idea de justicia de lo concreto. Se subraya la dimensión humana –o «humanitaria»– del derecho, su conexión con los problemas humanos” (Robles, 2015b, pp. 34-35).

Ahora bien, con el objetivo de revalorizar el método dogmático en la ciencia de los juristas de hoy, Robles (2015b) señala que por el mero hecho de que, desde un punto de vista histórico, “el razonamiento abstracto-deductivo haya tenido su implantación en el seno de la dogmática jurídica” (pp. 60-61), no quiere decir “que la dogmática jurídica tenga necesariamente que desenvolverse de acuerdo con las exigencias” de ese método, ya que “no es lícito hablar de un solo método dogmático, determinando pormenorizadamente en todos sus aspectos”. En ese sentido, y frente al dogmatismo, la dogmática jurídica es una disciplina crítica capaz de manejar los valores que están “en la letra y el espíritu del ordenamiento jurídico”. Lo anterior equivale a sostener que la elaboración de una filosofía de los valores independiente “de las valoraciones introducidas en el texto ordinamental” no es tarea de la dogmática. Los valores de referencia para la dogmática son los que se recogen en el texto jurídico ordinamental. Por ejemplo –observa nuestro autor–,

si nos movemos en el plano de la dogmática del derecho constitucional, habrá que investigar cuáles son las valoraciones o juicios de valor introducidos por el poder constituyente en la constitución. No haremos ese estudio desde una perspectiva abstracta, o sea, prescindiendo de la realidad concreta a que dicha constitución da una respuesta. Habrá que averiguar qué es lo que el poder constituyente comunicó al debatir, elaborar y promulgar la constitución. (Robles, 2015b, pp. 210-211)

Es este un punto muy importante, puesto que Robles aclara que “en el plano de la dogmática la justicia que investigamos es la justicia (o los valores) del ordenamiento jurídico”, en cuanto

Gregorio
Robles Morchón

Rubén Alberto
Duarte Cuadros

EDITORES

192

APORTES

A LA TEORÍA
COMUNICACIONAL
DEL DERECHO (TCD),
FILOSOFÍA DEL DERECHO
Y TEORÍA JURÍDICA

Angelo
Anzalone

193

LA NECESARIA
Y DINÁMICA
YUXTAPOSICIÓN
ENTRE ABSTRACCIÓN
Y CONCRECIÓN DE
LO JURÍDICO EN LOS
DISTINTOS NIVELES DE
ANÁLISIS DE LA TEORÍA
COMUNICACIONAL DE
DERECHO

una de las funciones del sistema es hacer explícitas las ideas de valor que el ordenamiento encarna, exponiendo las razones de por qué son esos valores, qué sentido hay que dar a cada uno de ellos y cómo se relacionan entre sí. (Robles, 2015b, pp. 210-211)

Vemos, por tanto, que vuelve a presentarse esa tensión entre manifestaciones (formales) y encarnaciones (concretas) del derecho, aunque el autor nos remite, como hace en otras ocasiones, al desarrollo que de la interesante cuestión hará en la teoría de las decisiones jurídicas.

Aunque sea posible tratar conjuntamente los problemas típicos de la ciencia del derecho y los propios de la teoría de las decisiones, Robles sostiene que es preciso separar ambas esferas para que así puedan recibir un mejor tratamiento. Dogmática y aplicación judicial del derecho deben separarse, ya que de otro modo se confundiría el conocimiento científico con la decisión de casos. En este sentido, *“el juez, como tal, no es un jurista teórico, no es un autor de doctrinas, un dogmático o científico del derecho. Es un órgano de decisión”*. Si bien es cierto que las funciones de interpretar y de argumentar la interpretación *“son comunes a la dogmática y a la decisión”*, es necesario señalar que *“la dogmática jurídica es una disciplina cognoscitiva de textos jurídicos, mientras que las decisiones jurídicas constituyen una praxis resolutoria de casos”*. No obstante, *“la dogmática jurídica es una ciencia orientada a la práctica”*, ya

que también mira a los casos para resolverlos. Pero su contemplación de los casos no es directa, como sucede en la práctica judicial, sino lejana y como indirecta. Puede afirmarse que mientras que el juez mira al caso directamente y su tarea consiste en resolverlo de acuerdo con el derecho, la dogmática contempla un horizonte hermenéutico de casos, unos reales (que en efecto han sucedido) y otros imaginados. El juez tiene siempre un caso ante sí. El dogmático, no tiene un caso que resolver, sino un tipo de casos que se representa cada vez como hipótesis problemática. (Robles, 2015b, pp. 215-218)

Es así que el jurista teórico, el que hace dogmática, cumple una función a la vez cognoscitiva y práctica; lo mismo –según Robles– ocurre con otras ciencias: *“la más abstracta de todas las ciencias es la matemática. ¿Alguien puede dudar de su dimensión práctica?”*. Por tanto, el autor admite que *“teoría y práctica (técnica) forman dos caras de la misma moneda”*, puesto que *“los conceptos jurídicos, por muy abstractos y generales que puedan ser, poseen además una dimensión «técnica»*. Son herramientas que han de servirnos en la práctica cotidiana de resolución de problemas”. Si el momento interpretativo representa el denominador común, el objetivo perseguido representa el elemento diferenciador: *“decidir es una cosa. Conocer (aunque sea para, después, decidir) es otra”*. Por ello, Robles justifica *“la separación de tratamiento entre la teoría de la dogmática jurídica y la teoría de las decisiones jurídicas. Van enlazadas, y asimismo lo están también ambas con la teoría formal del derecho. Pero constituyen planos diversos que es conveniente distinguir”* (Robles, 2015b, pp. 215-218).

Por estas razones, y destacando la necesaria e insustituible labor de los órganos de aplicación de los textos normativos, se sostiene que *“si el derecho se quedara formulado abstracta y generalmente en las leyes, poco o nada se conseguiría; puede afirmarse que no tendría vigencia real”*. Además, *“un ordenamiento jurídico puede construirse sin que haya leyes, pero es imposible sin sentencias o actos que resuelvan las cuestiones concretas que plantea la convivencia de los individuos”* (Robles, 2015b, p. 351). Sin embargo, parece ser que el juez, convenciendo a los destinatarios de su actividad sobre la racionalidad de la decisión adoptada, no debe alejarse de lo que Robles define como justicia sistémica, una idea muy distinta respecto a la de justicia abstracta. Dicha racionalidad

ha de contemplarse en dos niveles diferentes: la propia del ordenamiento/sistema jurídico (ORD/SIS) (justicia sistémica) y la racionalidad abstracta (teoría de la justicia). Lo que en sentido estricto interesa al juez, es la justicia sistémica. Por eso, su esfuerzo va encaminado, ante todo, no a destacar lo justa que es su decisión abstractamente considerada, esto es, sin tener en

Gregorio
Robles Morchón

Rubén Alberto
Duarte Cuadros

EDITORES

194

APORTES

A LA TEORÍA
COMUNICACIONAL
DEL DERECHO (TCD),
FILOSOFÍA DEL DERECHO
Y TEORÍA JURÍDICA

Angelo
Anzalone

195

LA NECESARIA
Y DINÁMICA
YUXTAPOSICIÓN
ENTRE ABSTRACCIÓN
Y CONCRECIÓN DE
LO JURÍDICO EN LOS
DISTINTOS NIVELES DE
ANÁLISIS DE LA TEORÍA
COMUNICACIONAL DE
DERECHO

cuenta los textos ordinamentales y sistémicos, sino teniendo en cuenta precisamente estos textos. Hay que distinguir nítidamente entre la justicia propia del ordenamiento, la cual viene expresada explícitamente en el sistema, y la idea de justicia que sostienen una persona o un grupo de personas, con independencia de los ordenamientos jurídicos existentes o que han existido. A la primera la denominamos justicia sistémica. A la segunda, justicia abstracta o platónica, la cual es resultado de un ejercicio del pensamiento especulativo sobre los ideales que deberían hacerse realidad en todo tipo de sociedades o, al menos, en algún tipo de sociedad. (Robles, 2015b, p. 355)

Es así que se puede garantizar –en opinión del autor– la supremacía de la legalidad sobre la arbitrariedad o de la seguridad sobre las exigencias (abstractas) de justicia.

En cualquier caso, Robles (2015b) es tajante y sostiene que, *“frente al legalismo, que reduce el derecho a la ley, y hace del juez un mero órgano aplicador”* (pp. 351, 353 y 355), la teoría comunicacional mantiene *“que las sentencias judiciales conforman normas jurídicas individuales o concretas”* (pp. 351, 353 y 355), ya que se concibe el derecho dinámicamente, *“esto es, como un proceso creativo que desemboca en normas individuales y, a la postre, en los actos de aplicación de dichas normas individuales”* (pp. 351, 353 y 355). Dicho

proceso de concreción del derecho es de naturaleza hermenéutica, lo que implica su consideración como un conjunto de textos que se generan en una especie de espiral. Partiendo de textos de carácter general, que contemplan casos genéricos (supuestos fácticos), se van concretando las regulaciones en ellos contenidas hasta llegar al caso individual o concreto. (pp. 351, 353 y 355)

Se trata de un proceso de interpretación constructiva (realizado por el juez) cuya finalidad *“no es otra que llegar a establecer, con la suficiente concreción, lo que realmente sucedió y, en consecuencia, las normas jurídicas aplicables directamente al caso”* (pp. 351, 353 y 355).

Con el objetivo de matizar ulteriormente lo que acabamos de exponer, Robles retorna sobre la distinción entre justicia abstracta (o absoluta o extraordinamental) y justicia ordinamental (o relativa): *“ésta es la que se supone que trata de encarnar un determinado ordenamiento jurídico”*, mientras que aquella *“se refiere a los principios que por su propia naturaleza deberían ser aceptados universalmente”*. Es abstracta en cuanto *“«no condicionada» por las circunstancias histórico-sociales”* y es *“«absoluta» en cuanto no es una función relativa a un tiempo y un espacio geográfico, a una cultura determinada”*. Nuestro autor admite la importancia de ambas investigaciones y atribuye a la filosofía del derecho la tarea de investigar la justicia absoluta; para la ciencia de los juristas, en cambio, quedarán las cuestiones de la justicia relativa. Por esta razón,

a la justicia abstracta o absoluta habrá que dedicarle su espacio en la tercera parte de esta obra, en la teoría de las decisiones jurídicas, al tratar, sobre todo, de la justicia de la decisión constituyente y de las decisiones legislativas. (Robles, 2015b, p. 499)⁸

Es preciso reconocer que la abstracción es una importante labor teórica con intrínseca vocación práctica y que, entre todas las disciplinas jurídicas, *“la teoría del derecho es la disciplina más generalista y abstracta”*. Ya sabemos que su misión es la de *“construir, entre otras cosas, una red de conceptos aplicables a todos los ordenamientos jurídicos posibles y asimismo a los sistemas y ámbitos jurídicos”*, y esta tarea, aunque *“solo es posible desde la máxima abstracción”*, no debe *“perder la vista del terreno”*, puesto que esos *“resultados abstractos no son producto de algo así como la intuición, sino que están basados en la comprensión del fenómeno jurídico en sus plurales dimensiones”* (Robles, 2015b, p. 539). Es por ello que el sistema jurídico –en la TCD– refleja el ordenamiento jurídico de referencia; y esto se debe a un proceso constructivo cuyo punto de partida es el texto ordinamental y donde los juristas se mueven

⁸ En efecto, *“La philosophie n’a jamais cessé de mettre la valeur au premier plan de ses préoccupations”* (Lavelle, 1991, p. V).

Gregorio
Robles Morchón

Rubén Alberto
Duarte Cuadros

EDITORES

196

APORTES

A LA TEORÍA
COMUNICACIONAL
DEL DERECHO (TCD),
FILOSOFÍA DEL DERECHO
Y TEORÍA JURÍDICA

Angelo
Anzalone

197

LA NECESARIA
Y DINÁMICA
YUXTAPOSICIÓN
ENTRE ABSTRACCIÓN
Y CONCRECIÓN DE
LO JURÍDICO EN LOS
DISTINTOS NIVELES DE
ANÁLISIS DE LA TEORÍA
COMUNICACIONAL DE
DERECHO

constantemente entre ordenamiento y doctrina, en un constante ir y venir, con el objetivo de encontrar “el «verdadero» significado de las disposiciones”, pues “dicho significado no es perceptible casi nunca por medio de una simple lectura del texto ordinamental, sino que exige –al mismo tiempo– una explicación y una concreción”.

En segundo lugar, y consecuentemente, el sistema es el resultado concreto de la construcción hermenéutica, un conjunto de operaciones que “suponen la creación de un nuevo texto (el sistémico)”; dicho texto refleja “el texto de referencia (el ordinamental)”, sin llegar a identificarse con él, perfeccionándolo “en el sentido de que le dota del significado que en un momento determinado tiene”. Robles (2015b) habla de una construcción que

implica a la vez totalidad y concreción. Totalidad, porque el sistema es la totalidad textual que refleja la totalidad textual del ordenamiento. Concreción, porque la totalidad sistémica está compuesta por un conjunto de textos que, respecto a cada cuestión jurídica concreta, determina el derecho vigente. (pp. 561 y 573)

¿Cómo reconocer el sistema jurídico propiamente dicho? No nos referimos aquí al sistema didáctico expositivo, sino a los contenidos del sistema entendido como normas jurídicas aplicables a los casos concretos. Según Robles (2015b),

no hay una regla general para determinar los criterios que en un determinado ámbito jurídico sirven para concretar los contenidos del sistema jurídico (SIS). Lo único que puede afirmarse es que en cada ámbito jurídico, en cada momento de su existencia, predominan una serie de criterios que hacen posible la concreción de los contenidos sistémicos. (pp. 603 y 605)

No se trata de una tarea sencilla; más bien será problemática cuando nos relacionamos con la falta de “suficiente «solidificación» de las opiniones interpretativas”. Esto quiere decir dos cosas: a) el sistema jurídico propiamente dicho es una construcción “variable y móvil” realizada por los operadores ju-

rídicos (tanto los teóricos como los prácticos); b) el principal indicio para aseverar que estamos en presencia de una cuestión o de “un aspecto sistémicamente resuelto” será la “opinión dominante”, o sea, la tendencia “que en la literatura jurídica y en la jurisprudencia se ha impuesto de forma absolutamente generalizada” para determinados problemas jurídicos. No obstante, aunque no sea posible encontrar opiniones dominantes, ya que no todo, en el derecho, está pacíficamente resuelto,

sí será preciso determinar el significado sistémico del texto ordinamental en cuestión, para lo cual habrá que recurrir a las opiniones que, aunque no dominantes, sí sean mayoritarias o al menos gocen de la autoridad de juristas a los que se presta crédito en sus respectivas materias. (Robles, 2015b, pp. 603 y 605)

Finalmente, y preguntándose sobre dónde encuentran los jueces los argumentos interpretativos para atribuir sentido a los textos (generales y abstractos) que aplican a los casos concretos, Robles (2015b) reconoce que, además que en la intención del legislador o en el espíritu de la ley, “también pueden buscarlo en la «justicia del ordenamiento jurídico», o incluso en la «justicia abstracta», o «el sentir del pueblo»” (p. 604); aunque lo “más probable es que, con uno u otro rótulo persuasivo, encuentren esos argumentos en las obras doctrinales de los juristas, esto es, en la ciencia o dogmática jurídica” (p. 604).

3. Decidir abstracta y/o concretamente

A la luz de todo lo anterior, y desde la perspectiva del hacerse del derecho, es posible sostener que la TCD otorga una enorme importancia al momento decisonal, puesto que en él se alternan las dos fases de graduación máxima –labor del juez– y mínima –actividad legislativa– de la concreción (o, si lo preferimos, mínima y máxima, respectivamente, de la abstracción). Desde el punto de vista expositivo, además, es indudable que la propuesta formulada por la TCD comienza,

Gregorio
Robles Morchón

Rubén Alberto
Duarte Cuadros

EDITORES

198

APORTES

A LA TEORÍA
COMUNICACIONAL
DEL DERECHO (TCD),
FILOSOFÍA DEL DERECHO
Y TEORÍA JURÍDICA

Angelo
Anzalone

199

LA NECESARIA
Y DINÁMICA
YUXTAPOSICIÓN
ENTRE ABSTRACCIÓN
Y CONCRECIÓN DE
LO JURÍDICO EN LOS
DISTINTOS NIVELES DE
ANÁLISIS DE LA TEORÍA
COMUNICACIONAL DE
DERECHO

en su perspectiva formal, con la máxima abstracción de la materia jurídica, ya que el objetivo principal es la elaboración de conceptos teóricos-jurídicos; pasa, luego, por una mayor concreción (que no es la máxima posible) en su perspectiva semántica, donde asistimos a la creación del sistema jurídico (en sus dos vertientes) y a la elaboración de conceptos dogmáticos-jurídicos; acaba, finalmente, con toda abstracción posible mediante el paso a la delicada e interesante cuestión de la teoría de la decisión. En cualquier caso, no se trata de un viaje de sola ida, de lo más abstracto a lo más concreto, pues en este último nivel de análisis (el pragmático) también asistimos a cierta oscilación entre categorías abstractas y concretas. De hecho, las vertientes formal y material de la teoría de la decisión representan dos polos distintos, no opuestos, de un planteamiento dialéctico que se nutre nuevamente de lo abstracto y de lo concreto.

Esto se debe –como decíamos al comienzo de este trabajo– a que la juridicidad presenta dos aspectos, uno cognitivo (lógico y teórico, si queremos) y otro práctico (sucesivo y anterior a la vez). Los actos de voluntad, jurídicamente relevantes, no solicitan solamente contenidos abstractos, sino también (y sobre todo) concretos; por ello se deben investigar las condiciones de una teoría del derecho que trate la materia jurídica tanto desde el punto de vista teórico-puro como desde la perspectiva material, ya que una aproximación completa a la realidad jurídica no debe eludir, por una parte, el momento en que las reglas nacen, el modo en que se articulan, las dinámicas cognitivas, y, por otra, los procesos de su materialización energética en la experiencia práctica (Battaglia, 1951, pp. 112-113).

Para comprender el alcance de la fuerza de esa energía, es posible pensar los momentos de la observancia o de respuesta a la inobservancia del texto jurídico. La experiencia histórica demuestra que el derecho se suele cristalizar en textos y, según el contexto cultural de referencia, esos textos representan la inmovilización de lo jurídico (Grossi, 2006, p. 89). Lenguaje y derecho tienen puntos en común –Robles (1982, pp. 44-57) lo

ha puesto de manifiesto desde sus primeros estudios⁹–, y es una evidencia difícilmente discutible, ya que ambos fenómenos se caracterizan por su “*íntima sociabilidad*” y su carácter instrumental: en ambos supuestos estamos en presencia de un “*ordenamiento de lo social*” que, en un caso, permite “*el discurso que los adultos sostienen entre sí*” y, en el otro, “*regula disciplinadamente mi convivencia con el vecino*” (Grossi, 2006, pp. 33-34). Además, los dos fenómenos siguen presentando la misma estructura fisiológica incluso si pensamos la carga imperativa de las reglas que proponen y su aceptación por parte de los destinatarios, una aceptación que brota de las convicciones y de la consciencia, y que no necesariamente es mera obediencia: “*en la observancia lingüística y jurídica*” –según Grossi (2006, p. 34)– “*el particular está inserto en una suerte de cooperación colectiva en la que el gesto de la sumisión se colorea de espontaneidad, cierto, pero también se hace objetivo*” (p. 34).

Sin embargo, la situación cambia desde el punto de vista patológico, puesto que es este el lugar donde comienzan a aparecer las diferencias entre el orden jurídico y el lingüístico, el lugar que nos permite apreciar la energía y la fuerza de las eventuales sanciones jurídicas, “*apéndice normal del mandato*” que “*tiene como objeto un suceso absolutamente hipotético: la posibilidad de la inobservancia*” (Grossi, 2006, pp. 34-35). Este detalle representa una prueba más para reafirmar que una adecuada aproximación teórica al derecho debe necesariamente preocuparse de estudiar los procesos de concretización material, práctica y energética de todos los actos de voluntad que alcanzan protagonismo jurídico. Es muy difícil encontrar disertaciones sobre el derecho que no estén acompañadas por alguna referencia a la justicia.

9 En este sentido ha sido observado que “la teoría comunicacional del derecho parte de considerar al derecho un lenguaje que nos sirve para proponer la materialidad jurídica (el lenguaje de los juristas); una vez adoptada dicha postura, Robles queda obligado a usar, en la construcción de su teoría comunicacional del derecho (al menos en sus primeros comienzos), términos y tópicos de un metalenguaje jurídico que ya existía, por pertenecer a un colectivo de la comunidad científica en general” (Medina Morales, 2018, p. 56).

Gregorio
Robles Morchón

Rubén Alberto
Duarte Cuadros

EDITORES

200

APORTES

A LA TEORÍA
COMUNICACIONAL
DEL DERECHO (TCD),
FILOSOFÍA DEL DERECHO
Y TEORÍA JURÍDICA

Angelo
Anzalone

201

LA NECESARIA
Y DINÁMICA
YUXTAPOSICIÓN
ENTRE ABSTRACCIÓN
Y CONCRECIÓN DE
LO JURÍDICO EN LOS
DISTINTOS NIVELES DE
ANÁLISIS DE LA TEORÍA
COMUNICACIONAL DE
DERECHO

Esta sugestiva conexión obliga al estudio de la íntima unidad valorativa que liga los hechos a las leyes, individuales los primeros y universales las segundas. No es posible, o, cuanto menos, resultaría reductivo, tratar dicha cuestión creyendo que existen actos, acciones y relaciones (jurídicamente relevantes) movidos y calificados únicamente a la luz de valores estructurales (ordinamentales, sistémicos) o exclusivamente según valores abstractos (absolutos, ideales). En ambos casos estaríamos omitiendo que el contenido y la calificación final de todo hecho jurídico son el producto de la ineludible dialéctica abstracto-concreto que se produce en todo posicionamiento de la voluntad, donde es posible apreciar manifestaciones racionales, normativas y axiológicas¹⁰.

Con peculiar referencia a los derechos humanos, por ejemplo, Robles (1997) sostiene que estos derechos pueden ser definidos como “*criterios morales*” (pp. 25-27): “*criterios*”, en cuanto puntos de vista respecto a las conductas y actitudes a asumir para realizar algo práctico; “*morales*”, ya que ese punto de vista afecta al ser moral del hombre y a su dignidad. Nosotros mantenemos que este planteamiento es aplicable a la juridicidad en general, ya que el criterio expresado por el derecho está impregnado de valor y puede ser calificado como supra-existencial, puesto que, al expresar un orden considerado necesario, vivirá en un plan sobre-ordenado al hecho concreto para luego manifestarse en el acontecer práctico mediante sus múltiples apariciones concretas.

4. Hacia una teoría de la justicia. A modo de conclusión

Es innegable que toda teoría de la decisión implica una teoría de la justicia, es decir, una teoría de los valores y de los aspectos materiales que toda decisión contiene. La justicia de una de-

10 Es posible que “le propre de la réflexion axiologique, c'est d'établir entre les différents possibles un ordre hiérarchique sans exclusion” (Lavelle, 1991, p. 441), y por esta razón el filósofo francés dedica un interesante estudio a la ontología de la preferencia (pp. 484-508).

cisión puede ser contemplada, interpretada o activada ya sea desde el punto de vista abstracto o concreto, ya que de valores en juego se puede hablar tanto en la decisión del legislador como en la del juez. “*Orto de la decisión es la implantación de valores*” (Robles, 1984, p. 204) y “*esta es una reflexión sobre el derecho que debe ser teniendo en cuenta las coordenadas reales de la sociedad*” (Robles, 1983, p. 110). La decisión tomada por el legislador está dirigida a la ordenación de la vida social y tiene necesariamente un contenido político-valorativo; por su parte, la decisión tomada por el juez debe resolver la complejidad del momento hermenéutico, reconstruyendo la previsión jurídica abstracta creada por el legislador y concretizándola a la luz de sus coordenadas histórico-sociales. Utilizando las palabras de Fernández de Escalante (1978), la actividad del juez es una “*actualización en suma de la supuesta intención del legislador, de la naturaleza misma de las cosas juzgadas, de la forzoseidad o necesidad social, más apremiantes desde luego que la legalidad técnico-formal*” (p. 219).

En ambos supuestos, por tanto, están en juego los valores, es decir, el auténtico contenido y las más profundas raíces de las manifestaciones formales de lo jurídico. Recientemente definidos como unos principios o unos comportamientos resaltados y seleccionados por la consciencia colectiva entre otros muchos principios o comportamientos, los valores son el resultado de esa operación selectiva que permite alejar o aislar algunos principios del mundo de la relatividad, otorgándoles objetividad y elevándoles a modelos a seguir; una operación espontánea llevada a cabo por la sociedad que, en su devenir histórico, consigue solidificar un cierto patrimonio ético. Precisamente en virtud de estas características básicas y originarias, los valores representan una realidad radical, es decir, con raíces, y el derecho, la forma que reviste esa realidad sustancial. Pero esto no permite sostener que entre forma y contenido no exista comunicación, ya que desde esta postura se podría justificar cualquier manifestación formal en nombre de la supuesta realidad radical. Al contrario, el derecho, en todas sus facetas, debe ser una manifestación (formal) impregnada de lo radical, esto es, una realidad (no exageradamente abstracta) que debe

Gregorio
Robles Morchón

Rubén Alberto
Duarte Cuadros

EDITORES

202

APORTES

A LA TEORÍA
COMUNICACIONAL
DEL DERECHO (TCD),
FILOSOFÍA DEL DERECHO
Y TEORÍA JURÍDICA

Angelo
Anzalone

203

LA NECESARIA
Y DINÁMICA
YUXTAPOSICIÓN
ENTRE ABSTRACCIÓN
Y CONCRECIÓN DE
LO JURÍDICO EN LOS
DISTINTOS NIVELES DE
ANÁLISIS DE LA TEORÍA
COMUNICACIONAL DE
DERECHO

cumplir con su tarea de ordenar en el respeto de la concreta complejidad social; de otro modo, correríamos el riesgo de confundirlo con un mero conjunto de disposiciones, mandatos o imperativos absolutamente abstractos, paso previo a su consideración como instrumento de control de la realidad social (Grossi, 2006, pp. 28-29).

Una decisión no será justa por el mero hecho de haber seguido una regla, un procedimiento o un protocolo, sino también por haber encarnado, confirmado y asumido el conjunto de valores en juego, que solo pueden restaurarse a través de un equilibrado esfuerzo hermenéutico (Derrida, 1998, p. 27)¹¹. Desde el neutralismo, el preferencialismo o el objetivismo, una adecuada teoría de la justicia debe aspirar a ser el freno y el límite al eslogan de moda en la sociedad actual: derechos para todos y para todo. Esto requiere, en primer lugar, el rescate de la vertiente de los deberes, ingrediente necesario para una receta sana y genuinamente respetuosa de la búsqueda del bien común, y, en segundo lugar, la reivindicación de la dignidad humana como necesario fundamento e irrenunciable referencia de todo orden jurídico positivo¹².

11 Con referencia al proceso deliberativo, y quizás desde una perspectiva constructivista, recientemente ha sido afirmado que "La deliberación no es primariamente un procedimiento para legitimar normas, sino para tomar decisiones a la vista de los hechos y de los valores de cada momento. La deliberación es el procedimiento universal de la racionalidad práctica, y su ámbito primario de aplicación son los valores, todos los valores, tanto los públicos como los privados. Ésa es la deliberación que puede y debe llamarse ética. Luego vendrá la deliberación política, cuyo objetivo, más restringido, será el de legitimar normas públicas de acción. Pero ésta será imposible sin aquélla. Es el gran drama de nuestra actualidad jurídico-política. La deliberación política no puede no ser sino un epifenómeno de la deliberación moral, es decir, de las opciones de valor que lleva a cabo una sociedad. Dime qué valores tienes y te diré cuáles serán tus leyes" (García Guillén, 2011, p. 177).

12 Aunque "en el discurso filosófico y jurídico actual es frecuente apelar al principio de la dignidad humana", es necesario recordar que no se trata de "una idea exclusiva del mundo contemporáneo", ya que, en realidad, tal idea es deudora de "la noción de *humanitas*, o conciencia de la igualdad de todos los hombres y de la exigencia de un idéntico respeto" (Aparisi Miralles, 2008, pp. 14-15). La autora de este estudio, tras un exhaustivo recorrido histórico y filosófico, concluye que, frente a los desafíos planteados por la juridificación de nuevos y grandes problemas actuales, "el reto es continuar la labor de aquellos juristas que comprendieron que el derecho no puede tener cualquier contenido, que su punto de referencia debe ser, siempre, la dignidad del ser humano... Y ello, porque el mismo presupuesto del derecho, el ser humano y su dignidad, es una realidad dada al derecho, no construida por él" (p. 22).

No creemos que pueda sostenerse una teoría de la justicia presuntamente "neutral" o meramente "procedimental", en el sentido de que toda teoría será necesariamente un posicionamiento acerca de algo y no quedará exenta de valoraciones y evaluaciones. Otra cosa será el mayor o menor grado de valoración realizado sobre su objeto de estudio; pero la neutralidad y la mera procedimentalidad es prácticamente insostenible, pues se trata de teoría que tiene una evidente vocación práctica y que, indicando un procedimiento en lugar de otro, realiza valoraciones¹³. No obstante, puede que sea necesaria la aplicación de ciertos límites procedimentales a las dinámicas del "preferencialismo", así como del "objetivismo", para no caer en paternalismos galopantes cuyos resultados son temibles desde el punto de vista de las íntimas libertades humanas.

Desde una perspectiva más sociológica que teórica o filosófica, Robles (1997) nos proporciona una serie de indicios para saber cuáles deberían ser, en su opinión, los pilares básicos de una teoría de la justicia. En "*Los derechos fundamentales y la ética en la sociedad actual*" (pp. 66-69), nuestro autor observa que cuando los grupos sociales estiman que es un deber comportarse de un determinado modo, es porque existe una consciencia y una creencia colectiva de carácter sentimental arraigada en valores. Como consecuencia de la existencia de un núcleo duro de deberes, reflejo pues de valoraciones sociales, surgen expectativas que desde un punto de vista técnico-jurídico pueden ser llamadas "*derechos*". En este sentido, los derechos serían expectativas moralmente justificadas debido a su encaje con los valores sociales.

Ahora bien, uno de los grandes problemas al que debe enfrentarse toda teoría de la justicia es la depresión axiológica que vive la sociedad actual, caracterizada por una cierta apatía y un preocupante aplastamiento intelectual (a veces inducido).

13 En este sentido, resultan muy interesantes las observaciones de Viola (1999), quien trata sobre las dificultades que ofrece una posible ética de los derechos y del dilema que se le plantea a cualquier teoría de la justicia que aspire a ser "punto de inserción entre la filosofía política, jurídica y moral" (p. 516).

Gregorio
Robles Morchón

Rubén Alberto
Duarte Cuadros

EDITORES

204

APORTES

A LA TEORÍA
COMUNICACIONAL
DEL DERECHO (TCD),
FILOSOFÍA DEL DERECHO
Y TEORÍA JURÍDICA

Angelo
Anzalone

205

LA NECESARIA
Y DINÁMICA
YUXTAPOSICIÓN
ENTRE ABSTRACCIÓN
Y CONCRECIÓN DE
LO JURÍDICO EN LOS
DISTINTOS NIVELES DE
ANÁLISIS DE LA TEORÍA
COMUNICACIONAL DE
DERECHO

Robles (1997, pp. 88-89) sostiene que la crisis de valores es, a la vez, un producto ideológico y psicológico, ya que (ideológicamente hablando) asistimos al fomento del relativismo ético y de la concepción utilitaria de la felicidad, sumado a la pérdida (psicológicamente hablando) del sentido del deber y al fortalecimiento del sentido de los derechos. De la combinación de ambas causas, en efecto, “*el sentido del deber empalidece*” y “*pensar en los derechos es, sobre todo, pensar en «mis» derechos*”; por tanto, y si verdaderamente se desea reflexionar sobre una justicia al servicio de la humanidad (el autor se refiere en particular a las seductoras fórmulas lingüísticas utilizadas en materia de derechos humanos), habría que comenzar asumiendo los propios deberes en una dinámica de solidaridad necesaria (Robles, 1997, pp. 92-93). A nuestro pesar, razón tiene Carpintero (1996) cuando señala que, aunque “*al hombre de hoy se le educa en un primer momento (ésta es la lógica de nuestra sociedad) en la conciencia de sus «derechos», siempre a la defensiva*” (p. 53), es nuestra tarea recordar que el deber existe (incluso) antes que el derecho¹⁴.

Deberíamos concienciarnos de ello y comenzar por invertir las dinámicas. Más allá de textos y procedimientos, la TCD llama la atención de juristas teóricos y prácticos sobre la importancia de la actividad decisoria, abstracta y/o concreta, y, a la vez, de la aproximación contemplativa o crítica al derecho (ya sea desde categorías abstractas o concretas). Se trata ciertamente de una de las reacciones que, junto con el “*jurisprudencialismo*”¹⁵, en

14 En términos muy parecidos, Rosmini (2013) advirtió que “*Se il diritto é una potenza morale per la quale l'uomo può adoperare quello che non gli é proibito, e che gli é tutelato dalla legge, fa bisogno che la nozion di dovere sia precedente e indipendente da quella di diritto*” (p. 196).

15 El “*jurisprudencialismo*” de António Castanheira Neves (2010) pide maleabilidad técnico-normativa al legislador y flexibilidad mental al jurista (teórico y práctico), ya que se trata de “*uma perspectiva do homem (do homem-pessoa), i. é., aquela perspectiva em que o direito, com sua normatividade axiologicamente fundada, é assumida por, e está directamente ao serviço de uma prática pessoalmente intitulada e historicamente concreta, prática dinamizada pelas controvérsias também prático-concretas, mas cuja intencionalidade capital é a realização nessa prática e através dela, como básica condição mediadora, do homem-pessoa convivente e assim do homem no seu ‘direito’ e no seu ‘dever’ ou na sua responsabilidade*” (p. 176). El filósofo del derecho portugués propone una aproximación al derecho que desea rescatar la autonomía de una validez material que tiene lugar en la problemática judicante orientada por la perspectiva del hombre-persona,

las últimas décadas, desea enfrentarse a la tradición positivista que pretendió (y consiguió) fundamentar el derecho en un mero conjunto de criterios formales, una reacción capaz de restablecer las genuinas funciones del jurista, reubicándole en el mundo de la praxis y revalorizando su identidad prudente y virtuosa¹⁶.

En este sentido, la labor didáctico-expositiva y hermenéutico-conceptualizadora de los juristas teóricos es el paso previo, y necesario, para que los operadores jurídicos (prácticos) puedan moverse y encontrar las normas jurídicas aplicables a los casos concretos que deben resolver¹⁷. Esta labor práctica, prudente y virtuosa, no representa el desenlace del procedimiento jurídico vivo propuesto por la TCD, ya que la ciencia de los juristas, nuevamente, seguirá operando y trabajando a la luz de los resultados concretos y prácticos que se le ofrecen, de modo que pueda seguir manteniendo esa vocación doctrinal y práctica que le es propia. Podemos sostener que la TCD ofrece una perspectiva muy sensible a las categorías de la abstracción y de la concreción, proponiendo vías metódicas que pretenden demostrar la dificultad de una aproximación a la juridicidad desvinculada de sus contextos y raíces culturales.

Juristas teóricos y prácticos no reciben, en la TCD, la consideración de meros conocedores o aplicadores neutrales del derecho existente. Todos ellos contribuyen a dar vida a la materia jurídica que es acción, no mera contemplación, apelando a los múltiples factores que tienen que ver con la profunda transformación del contexto social e institucional de referencia. En este sentido,

(*cont. nota 15*) quien es sujeto de esa práctica. En otros términos, con el “*jurisprudencialismo*” se pretende recuperar el sentido de la práctica jurídica “*como iuris-prudentia: axiológico-normativa nos fundamentos, práctico-normativa na intencionalidade, judicativa no modus metodológico*” (p. 189).

16 Sobre la trascendencia que está teniendo el proceso de rehabilitación de la filosofía práctica en el ámbito jurídico, resulta de fundamental interés el estudio de Aparisi Miralles (2017, pp. 166-175).

17 Analizando algunas características funcionales de la TCD, Medina Morales (2017, pp. 32-33) observa que la mutua interacción entre textos jurídicos brutos y actividad doctrinal –mantenida por Robles– permite hacer del derecho un sistema capaz de estar al paso con las exigencias sociales, pues consentirá una adecuada comunicación y protección de bienes jurídicos dentro de una articulada red institucional, tratándose, pues, de una relación dinámica y hermenéutica que perfecciona, implementa y mejora al ordenamiento jurídico de referencia.

Gregorio
Robles Morchón

Rubén Alberto
Duarte Cuadros

EDITORES

206

APORTES

A LA TEORÍA
COMUNICACIONAL
DEL DERECHO (TCD),
FILOSOFÍA DEL DERECHO
Y TEORÍA JURÍDICA

Angelo
Anzalone

207

LA NECESARIA
Y DINÁMICA
YUXTAPOSICIÓN
ENTRE ABSTRACCIÓN
Y CONCRECIÓN DE
LO JURÍDICO EN LOS
DISTINTOS NIVELES DE
ANÁLISIS DE LA TEORÍA
COMUNICACIONAL DE
DERECHO

el conjunto de propuestas especulativas ofrecidas por Robles nos es sumamente útil para asumir la progresiva pérdida de la centralidad de la legislación en beneficio de la producción jurisprudencial, alertándonos sobre la inminente llegada de horizontes casuísticos cada vez más complejos debido al incesante proceso de juridificación de múltiples procesos sociales (Resta, 2018, pp. 134-135). La excesiva abstracción de la juridicidad y su inquietante lejanía de la dimensión axiológica es el desafío al que nos enfrentamos y, para ello, la TCD puede ciertamente ayudarnos desde todas sus perspectivas de análisis, pues en cada una de ellas encontramos las necesarias implicaciones entre modelos teóricos y vida práctica a la luz de las incesantes estimaciones valorativas.

Gregorio Robles Morchón

Rubén Alberto Duarte Cuadros

EDITORES

208

APORTES

A LA TEORÍA COMUNICACIONAL DEL DERECHO (TCD), FILOSOFÍA DEL DERECHO Y TEORÍA JURÍDICA

Referencias

- Anzalone, A. (2013). *Lo abstracto y lo concreto en la Teoría del Derecho de Battaglia*. Barcelona: Atelier.
- Anzalone, A. (2017). Teoría, dogmática y ficción en el derecho penal: *¿societas puniri potest?* La perspectiva de la teoría comunicacional del derecho y las dificultades del enfoque ideal-formalista. *Cuadernos de política criminal*, (121), 147-176.
- Aparisi Miralles, A. (2008). La dignidad humana como fundamento del orden jurídico positivo. *Revista Auctoritas Prudentium*, (1), 1-22.
- Aparisi Miralles, A. (2017). Razón práctica y praxis jurídica: algunas reflexiones. *Persona y derecho: Revista de fundamentación de las Instituciones Jurídicas y de Derechos Humanos*, (76), 149-175.
- Aparisi Miralles, A. (2018). La noción de persona y la Teoría Comunicacional del Derecho. En L. Ortiz Bolaños y G. Robles Morchón (coord.). *Comunicación, Lenguaje y Derecho. Contribuciones a la teoría comunicacional del derecho*. Cizur Menor (Navarra): Aranzadi.
- Battaglia, F. (1951). *Curso de Filosofía del Derecho*, vol. II. Madrid: Instituto Editorial Reus.

- Carpintero Benítez, F. (1996). Persona y «officium»: derechos y competencias. *Rivista internazionale di filosofia del diritto*, Gennaio/Marzo, IV serie, LXXIII, 3-59.
- Castanheira Neves, A. (2010). Entre o legislador, a sociedade e o juiz ou entre sistema, função e problema – os modelos actualmente alternativos de realização jurisdicional do Direito. En *Digesta*, vol. 3, Coimbra Editora.
- Derrida, J. (1998). Diritto alla Giustizia. En *Diritto, Giustizia e Interpretazione*. Roma-Bari: Laterza.
- Fernández de Escalante, M. (1978). Justicia, Derecho, Derecho Natural, opción revolucionaria. En *A.E.S.J.*, vol. III, Granada.
- Ferrater Mora, J. (1964). *Diccionario de Filosofía*, tomo I (A-K). Buenos Aires: Editorial Sudamericana.
- Gracia Guillén, D. (2011). *La cuestión del valor*. Discurso de recepción del Académico de Número Excmo. Sr. D. Diego Gracia Guillén, sesión del día 11 de enero de 2011, Madrid, Real Academia de Ciencias Morales y Políticas.
- Grossi, P. (2006). *La primera lección de Derecho*. Madrid: Marcial Pons.
- Lavelle, L. (1991). *Traité des Valeurs, I, Théorie générale de la valeur*. Paris: Les Presses universitaires de France.
- Medina Morales, D. (2017). Comunicación y derecho. Trascendencia de una teoría. En *La teoría comunicacional del derecho a examen*. Cizur Menor (Navarra): Civitas.
- Medina Morales, D. (2018). Epistemología y teoría comunicacional del derecho: un esfuerzo metodológico. La teoría comunicacional del derecho de Gregorio Robles. En L. Ortiz Bolaños y G. Robles Morchón (coord.). *Comunicación, Lenguaje y Derecho. Contribuciones a la teoría comunicacional del derecho*. Cizur Menor (Navarra): Aranzadi.
- Robles, G. (1982). *Epistemología y Derecho*. Madrid: Ediciones Pirámide.
- Robles, G. (1983). La decisión en el Derecho y la tópica jurídica. *Cuadernos de la Facultad de Derecho*, Universidad de Palma de Mallorca, (6), 101-138.
- Robles, G. (1984). Problemas abiertos en la filosofía del Derecho. *Doxa: Cuadernos de filosofía del derecho*, (1), 203-208.

Angelo Anzalone

209

LA NECESARIA Y DINÁMICA YUXTAPOSICIÓN ENTRE ABSTRACCIÓN Y CONCRECIÓN DE LO JURÍDICO EN LOS DISTINTOS NIVELES DE ANÁLISIS DE LA TEORÍA COMUNICACIONAL DE DERECHO

Robles, G. (1997). *Los derechos fundamentales y la ética en la sociedad actual*. Madrid: Editorial Civitas.

Robles, G. (2015a). *Teoría del derecho. Fundamentos de teoría comunicacional del derecho*, vol. I. Cizur Menor (Navarra): Thomson-Civitas.

Robles, G. (2015b). *Teoría del derecho. Fundamentos de teoría comunicacional del derecho*, vol. II. Cizur Menor (Navarra): Thomson-Civitas.

Resta, G. (2018). Quale formazione, per quale giurista. En B. Pasciuta e L. Loschiavo (coord.). *La formazione del giurista. Contributi a una riflessione*. RomaTrE-Press, 2018, <<http://romatypress.uniroma3.it/ojs/index.php/giurista>> (última consulta: 08/06/2019).

Rosmini, A. (2013). *Filosofía del Diritto*, Opere di Antonio Rosmini, 27, Tomo I. Roma: Città Nuova Editrice.

Sánchez Hidalgo, A. (2017). Los derechos fundamentales en la teoría comunicacional del derecho. En *La teoría comunicacional del derecho a examen*. Cizur Menor (Navarra): Civitas.

Viola, F. (1999). La ética de los derechos. *Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho*, (22), 507-524.

Antonio
Maria
La Porta¹

DINAMISMO COMUNICACIONAL, INTERTEXTUALIDAD Y COOPERACIÓN INTERPRETATIVA EN LA PERSPECTIVA TEXTUAL Y HERMENÉUTICA DE LA TEORÍA COMUNICACIONAL DEL DERECHO

El presente trabajo se centra en el examen de las cualidades de *dinamismo comunicacional*, *intertextualidad* y *cooperación interpretativa* a través de la perspectiva textual y hermenéutica propia de la teoría comunicacional del derecho, utilizando como ejemplo el preámbulo de textos jurídicos cual instrumento textual y comunicacional (La Porta, 2013). Con el término “dinamismo” me refiero concretamente al aspecto performativo, relacional, pragmático en una palabra comunicacional que caracteriza toda la teoría comunicacional del derecho. Con la última publicación en agosto del 2015 del segundo volumen de TCD (*Teoría del Derecho - Fundamentos de Teoría comunicacional del Derecho, Teoría de la Dogmática y del Método jurídico*), Gregorio Robles define mejor lo que entiende por el término “comunicacional” y por “método hermenéutico-analítico”:

¹ Doctorando en Ciencias Sociales y Jurídicas, Universidad de Córdoba, España. antoniolaport@yahoo.it - z62popoa@uco.es

Gregorio
Robles Morchón

Rubén Alberto
Duarte Cuadros

EDITORES

210

APORTES

A LA TEORÍA
COMUNICACIONAL
DEL DERECHO (TCD),
FILOSOFÍA DEL DERECHO
Y TEORÍA JURÍDICA



Gregorio
Robles Morchón

Rubén Alberto
Duarte Cuadros

EDITORES

212

el término «comunicacional» apunta a los diversos procesos de comunicación que tienen lugar dentro de un ámbito jurídico. En la expresión «análisis del lenguaje de los juristas», hay que entender la palabra «análisis» en un sentido amplio, como sinónimo de «examen» o «investigación», no excluyente en modo alguno de la hermenéutica, sino al contrario, incluso de ella. «Teoría de los textos jurídicos» es un rótulo que implica el recuerdo de cuál es el objeto sobre el que se aplica el método; este objeto son los textos jurídicos, entendiendo esta palabra también en un sentido amplio, que engloba no sólo los textos jurídicos escritos, sino también aquellos que proceden del lenguaje oral, e incluso los actos y omisiones contemplados (recuérdese la tesis comunicacional básica de la acción como texto, expuesta en el volumen I de esta obra y que recorre toda la trayectoria de ésta). Por último, la designación como «teoría hermenéutico-analítica del derecho» expresa la definición genérica del método. La teoría comunicacional del derecho se propone aplicar el método hermenéutico-analítico. (Robles, 2015, p. 389)

La teoría comunicacional del derecho se caracteriza entonces por una *concepción global del derecho*, desde la cual no todo lo que es comunicación es derecho, pero sí *todo lo que es derecho es comunicación*, y que determina la TCD no como una simple teoría analítica, sino como una teoría que, combinando el método analítico con la hermenéutica, acaba colocándose en una posición pragmática y dinámica, concibiendo el derecho en constante evolución, el fenómeno jurídico como “un fenómeno de comunicación en la convivencia de los seres humanos cuya natural expresión es el lenguaje” (Robles, 2009, pp. 26-29) susceptible de ser plasmado por escrito, en conclusión, el “derecho como texto” (Robles, 2006), para citar el título de uno de los ensayos de TCD. Nos acercamos, entonces, a la perspectiva textual y hermenéutica con la que vamos a analizar el tema del preámbulo en los textos jurídicos. Desde esta perspectiva, se considera el ordenamiento jurídico como un “todo textual dinámico que se genera cada día a golpe de decisión, y respecto al cual es posible su in-

vestigación estática (o sincrónica) y asimismo dinámica (o diacrónica)” (Robles, 2011, p. 12)².

Estas cualidades hacen la TCD capaz de comprender la heterogeneidad textual y normativa del fenómeno jurídico actual espejo de la complejidad social. Si, como nos dice el propio autor, las “teorías son como redes que se lanzan hacia la realidad para entenderla mejor” (Robles, 2015, p. 575), la sensación que proviene de la lectura del volumen II de TCD es una confirmación de la vocación hermenéutica de la TCD hacia la comprensión de la realidad jurídica y social actual. Como afirma Robles (2009):

los ámbitos jurídicos se manifiestan como sumamente dinámicos, sobre todo en las sociedades complejas. La complejidad del derecho, reflejo de la social, no sólo se manifiesta en el cambio normativo incesante, sino así mismo en la complejidad de los tipos de textos normativos. (p. 71)

En la capacidad de mostrar y comprender esta complejidad, que se manifiesta dinámicamente³, se encuentra el sentido de la TCD, en la crítica de la concepción positivista del carácter prioritario de la coercitividad, en la concepción del ordenamiento, de las decisiones y de la heterogeneidad de las normas y sus performatividad (dirigir la acción de forma directa o indirecta); es decir, en el concebir el derecho lleno de *dinamismo comunicativo*, dedicado a la vida humana. Un derecho que no se limita a la coacción, sino que establece, instituye, regula, permite las relaciones tanto entre individuos como entre los órganos del Estado y entre diferentes sistemas jurídicos.

2 La concepción global de la TCD es dinámica y comunicativa. De los tres niveles de análisis, así como la teoría de las decisiones jurídicas (pragmática) es explícitamente diacrónica, incluso la teoría de las instituciones (semántica) y la teoría formal del derecho (sintaxis), que, por lo general, tiene un carácter sincrónico en el marco de la TCD, están condicionadas por la calidad del dinamismo comunicacional. Podríamos definir los diferentes análisis de la TCD dinámicamente sincrónicas y diacrónicamente dinámicas.

3 Es especialmente en el nivel de la “teoría de la decisión jurídica” que el ordenamiento aparece como realidad *in fieri*, “en permanente proceso de hacerse y rehacerse, como una realidad fluida adaptada o adaptable al cambio de los tiempos y por ello relacionada con el mundo exterior del derecho” (Robles, 2006, p. 194).

Antonio Maria
La Porta

213

DINAMISMO
COMUNICACIONAL,
INTERTEXTUALIDAD
Y COOPERACIÓN
INTERPRETATIVA EN LA
PERSPECTIVA TEXTUAL
Y HERMENÉUTICA
DE LA TEORÍA
COMUNICACIONAL DEL
DERECHO

En la perspectiva textual y hermenéutica de la TCD, el fenómeno jurídico se manifiesta como “un mundo de libros”, una serie de textos con diferentes peculiaridades lingüísticas y estilísticas, que sin embargo están siempre guiados por el principio de prioridad pragmática. La concepción de las normas jurídicas en la TCD es ampliamente heterogénea, ya que el derecho se adapta a la realidad de la sociedad que comprende en la complejidad expresada también por la *plurifuncionalidad lingüística* de las normas. La multitud de acciones que las normas constituyen, establecen, instituyen, reglan, dirigen, atribuyen y permiten, aunque siempre prescribiendo, son funciones que las normas realizan no con un mismo y repetitivo modelo lingüístico, sino con una pluralidad lingüística y textual.

A la pregunta ¿qué es un texto?, Robles nos contesta:

entendemos como texto todo mensaje escrito. Corresponde a lo que habitualmente se denomina «texto». Entre las obras humanas adquieren especial significación –al menos para el derecho– aquellas que o bien aparecen como textos escritos (una ley, una sentencia judicial, un contrato) o bien, al expresarse mediante lenguaje oral, son susceptibles de ponerse por escrito (una costumbre, un contrato oral, una declaración). Una de las características del derecho moderno es que se presenta como un conjunto de textos escritos. En el ordenamiento encontramos los textos ordinamentales: constituciones, tratados internacionales, leyes, reglamentos, sentencias judiciales, etc. En el sistema hallamos los textos que lo conforman o textos sistémicos: tratados doctrinales, manuales, monografías, artículos, estudios, etc. Junto a los textos ordinamentales y los sistémicos, en cada ámbito jurídico se generan multitud de escritos que no pertenecen ni al texto ordinamental ni al sistémico; tales como: demandas, querellas, escrituras públicas, dictámenes, asesoramientos, documentos con contenido jurídico de la más diversa especie. (Robles, 2015, pp. 265 y ss.)

Según la definición de Umberto Eco (1984), “texto” es una cadena de enunciados que se relacionan entre ellos a través de vínculos de coherencia. La función principal de un texto consis-

te en la expresión no solo del significado directo, sino también de los significados indirectos y complejos. En consecuencia, para comprender el significado profundo de un texto, el destinatario tiene que obrar a través de procesos de *cooperación interpretativa y textual*. Para cumplir esa función hermenéutica, el destinatario tendrá que comprender el texto en relación con su *co-texto* y con su *con-texto* situacional. Por esta razón, Umberto Eco nos habla de cooperación interpretativa y textual, es decir, el conjunto de relaciones comunicacionales entre el autor del texto y el destinatario, y las relaciones del mismo texto con los otros que componen el panorama textual global. En consecuencia, volvemos a la etimología del término “texto”: del latín *textus*, es decir, ‘trama’, ‘tejido’. Por esa razón no puede entenderse un texto sin entender su relación con otros textos.

La cooperación textual e interpretativa presentada por Umberto Eco es una concepción similar a la perspectiva textual de Gregorio Robles, ya que la TCD considera que un texto jurídico nunca puede entenderse singularmente, así como no puede el jurista actuar sin la ayuda de la dogmática jurídica. Volvemos otra vez a la idea de dinamismo comunicacional y de cooperación textual. Dinamismo y cooperación son también dos cualidades de la “*dogmática abierta*” propuesta por la teoría comunicacional que concibe los aspectos mencionados, cuya función comunicacional es esencial para comprender los textos jurídicos. Por esta razón, “conceptos, hechos y valores” conviven y no se excluyen recíprocamente, sino que se necesitan, conformando instrumentos básicos para comprender el alcance y significado de los textos ordinamentales y para construir sistémicamente las normas jurídicas. Así que *la dogmática cumple una función comunicacional simplificadora que determina una cooperación con los juristas prácticos*:

es evidente que en la sociedad actual, y desde hace siglos, las decisiones presuponen de hecho la existencia de la dogmática. Quiero decir que, en las sociedades dotadas de un cierto nivel de civilización, es difícilmente comprensible un proceso decisonal que no disponga de un patrimonio de ideas, conceptos e instrumentos metódicos acuñados en el seno de la

Gregorio
Robles Morchón

Rubén Alberto
Duarte Cuadros

EDITORES

214

APORTES

A LA TEORÍA
COMUNICACIONAL
DEL DERECHO (TCD),
FILOSOFÍA DEL DERECHO
Y TEORÍA JURÍDICA

Antonio Maria
La Porta

215

DINAMISMO
COMUNICACIONAL,
INTERTEXTUALIDAD
Y COOPERACIÓN
INTERPRETATIVA EN LA
PERSPECTIVA TEXTUAL
Y HERMENÉUTICA
DE LA TEORÍA
COMUNICACIONAL DEL
DERECHO

dogmática jurídica. Cuando el poder constituyente debate los diferentes aspectos que han de incorporarse a la constitución, no actúa en el vacío. Tiene a su disposición una ciencia del derecho que se ha encargado de estudiar la historia constitucional del país, así como la de otros países, y ha producido un conjunto de obras explicativas de la constitución vigente hasta entonces, así como también de derecho constitucional comparado. Algo parecido le sucede al legislador. No actúa desde la nada, sino que tras de sí tiene el apoyo de la ciencia del derecho de muchos siglos. A las leyes se da traslado de las aportaciones doctrinales, y el legislador se deja guiar por los asesores que tienen formación jurídica. La presencia de la dogmática jurídica se acentúa aún más en el caso del juez y, en general, de los operadores jurídicos que participan –más o menos directamente– en la toma de decisiones concretas. (Robles, 2015, p. 23)

Gregorio
Robles Morchón

Rubén Alberto
Duarte Cuadros

EDITORES

216

APORTES

A LA TEORÍA
COMUNICACIONAL
DEL DERECHO (TCD),
FILOSOFÍA DEL DERECHO
Y TEORÍA JURÍDICA

Perspectiva textual y perspectiva hermenéutica entonces se correlacionan si reflexionamos sobre la obra cooperación interpretativa/textual que comporta simplemente enfrentarse a un texto, una comprensión desde la cual pueden producirse hermenéuticamente textos (en las relaciones entre: sujeto / texto - texto oral / texto escrito - ámbito / ordenamiento / sistema - texto bruto / texto elaborado). Como Robles afirma:

La interpretación es una actividad omnipresente en todos los procesos comunicativos que tienen lugar en un ámbito jurídico. Toda expresión de lenguaje jurídico, independientemente de quién sea el sujeto que la pronuncie o la escriba (texto oral, texto escrito), en cuanto va dirigida a un interlocutor (destinatario), o a varios, precisa para su comprensión de una actividad interpretativa, por sencilla que ésta pueda ser. (Robles, 2009, p. 141)

Así pues, como subraya Robles, aunque la interpretación en el derecho sea omnipresente, tenemos que distinguir entre *quién puede* y *quién debe interpretar*:

Así las cosas, hemos de distinguir entre la capacidad natural y la capacidad técnica para interpretar los procesos comuni-

cacionales de índole jurídica. Todo el mundo puede interpretar el derecho en cualquiera de sus manifestaciones (capacidad natural), pero sólo los juristas pueden hacerlo con solvencia, o sea, sabiendo de lo que hablan (capacidad técnica). A esta segunda, a la que realizan los juristas –y entiendo este término en el sentido más amplio posible, integrador de los juristas teóricos y de los prácticos–, la denominaremos interpretación jurídica. Interpretación jurídica es, por consiguiente, la interpretación que efectúan los juristas en el ejercicio de sus funciones, sean éstas teóricas o prácticas. Así, mientras que la interpretación que realiza el juez o el abogado es una interpretación jurídica de carácter práctico, la que realiza el jurista científico es una interpretación de naturaleza teórica. Esta diferenciación en materia interpretativa corresponde a la distinción que, dentro de la teoría comunicacional, hemos establecido entre, por una parte, la teoría de las decisiones jurídicas, y por otra, la teoría de la dogmática jurídica. (Robles, 2015, p. 442)

Se comprende mejor la importancia de una *cooperación textual* (entre texto, co-texto y contexto) y de una cooperación hermenéutica entre el *autor* y *metautor* desde la heterogénea perspectiva textual y hermenéutica de la TCD:

Los sujetos emisores del mensaje jurídico son básicamente estos dos: el autor que decide, por una parte, y, por otra, el que comenta y sistematiza el texto decidido por el primero. Hay, por decirlo así, autor y meta-autor. Por hablar de algún modo, hay dos «firmas»: la del legislador (o, en su caso, la de cualquier otro decisor de texto ordinamental) y la del jurista científico (la del dogmático). Pues, en efecto, en el fenómeno comunicacional básico del derecho nos enfrentamos siempre ante dos totalidades textuales: el texto ordinamental y el texto sistémico. Forman estos textos el eje hermenéutico (ORD-SIS) que permite la «lectura» de todo lo que tiene lugar dentro del ámbito jurídico (AMB). Los canales de los mensajes jurídicos ya no son sólo los que generan los libros ordinamentales, sino también los que dan lugar a los libros sistémicos. Los juristas manejamos siempre libros: unos son ordinamentales y otros sistémicos. En su conjunto conforman los «libros jurídicos».

Antonio María
La Porta

217

DINAMISMO
COMUNICACIONAL,
INTERTEXTUALIDAD
Y COOPERACIÓN
INTERPRETATIVA EN LA
PERSPECTIVA TEXTUAL
Y HERMENÉUTICA
DE LA TEORÍA
COMUNICACIONAL DEL
DERECHO

Cuando salimos del margen de un ordenamiento jurídico concreto o de la comparación de ordenamientos, nos encontramos con los «libros teórico-jurídicos», como es éste que el lector tiene ante sí. (Robles, 2015, p. 281)

En definitiva, es a través del dinamismo comunicacional que la TCD concibe *el derecho como un mundo de libros*, una serie sin número de textos en una continua relación y cooperación entre *texto*, *co-texto*, *contexto-autor* y *metaautor*. Robles define «co-texto» el texto amplio dentro del cual aparece el texto concreto (texto concreto, por ej., ley - texto global: ordenamiento - textos del sistema jurídico - textos del ámbito - textos intersistémicos). Por «contexto» se entiende todo lo que rodea al texto, es decir, aspectos situacionales y comunicacionales:

Como puede comprenderse, el co-texto es ampliable como las ondas concéntricas de un lago al que hemos arrojado una piedra. De ese modo, el co-texto llega hasta abarcar a la totalidad textual que es el ordenamiento jurídico, exactamente igual que un determinado texto literario tiene como co-texto el conjunto de la obra de un autor. (Robles, 2015, p. 229)

La TCD concibe, en resumen, el fenómeno jurídico como un conjunto de procesos de comunicación susceptibles de expresarse mediante texto en una relación continua que comporta la generación y la regeneración de textos por medio de decisiones, en una especie de *vórtice textual* que determinará una consiguiente *espiral hermenéutica*. Según Robles (2003), “texto es toda realidad susceptible de comprensión y, por tanto, de interpretación” (p. 212), en este sentido, es inevitable pensar en las palabras de Gadamer (2012): “todo comprender es interpretar” (p. 467). Desde la perspectiva textual, entonces el derecho no solo está en los textos escritos, sino también en los textos de la realidad social (por ej., textos del ámbito jurídico). “Es más, el texto escrito casi nunca es un texto completo, sino que su comprensión integral sólo suele ser posible si se lo conecta con su parte no escrita” (Robles, 2003, p. 213).

La TCD, por lo tanto, considera central el *universo del discurso*, como por ejemplo los debates previos a la decisión, incluyéndolos, entonces, en el ámbito jurídico que, como analizaremos, puede relacionarse con el preámbulo como instrumento textual en correspondencia al principio de relatividad que también se aplica a la relación entre ordenamiento y ámbito.

En la TCD el texto jurídico es, por lo tanto, un texto abierto que se va generando y regenerando progresivamente en lo que defino “dinamismo comunicacional”, lo que comporta que el “ser textual del derecho es un ser *in fieri*, nunca acabado, sino permanentemente en transformación. Se autogenera mediante decisiones diarias, que toman cuerpo en nuevas leyes, en nuevas normas de distinto tipo, en nuevas sentencias judiciales, etc.” (Robles, 2006, pp. 68-69). El elemento de la decisión contribuye de manera central a la dinámica comunicativa del derecho como momento generador de textos, y es el preámbulo la porción del texto donde puede encontrarse una huella del camino de la decisión (situación comunicacional y contexto histórico jurídico). Como subraya Robles, los procesos decisionales:

conforman un patrimonio de ideas recogidas sobre todo en los preámbulos de las leyes, y demás normas de carácter general, así como en las sentencias de los jueces bajo la forma de *rationes decidendi*. Todo ese patrimonio de razones, que se va acumulando a lo largo del tiempo como sedimentación de la vida jurídica de un ámbito determinado, hace posible que pueda contemplarse la historia jurídica como un continuum en el que los textos decididos constituyen el centro de todas las reflexiones y todos los actos con significado jurídico. (Robles, 2015, p. 45)

En la dinámica comunicacional, como voy a exponer, el preámbulo se relacionará entonces con esa heterogeneidad textual como una contextura entre justificación y motivación que se utilizará en los textos muy elaborados para presentar una serie de informaciones útiles, como veremos mediante la perspectiva textual y hermenéutica de la TCD. Entonces, con el análisis constructivo que vamos a desarrollar, el preámbulo

Gregorio
Robles Morchón

Rubén Alberto
Duarte Cuadros

EDITORES

218

APORTES

A LA TEORÍA
COMUNICACIONAL
DEL DERECHO (TCD),
FILOSOFÍA DEL DERECHO
Y TEORÍA JURÍDICA

Antonio Maria
La Porta

219

DINAMISMO
COMUNICACIONAL,
INTERTEXTUALIDAD
Y COOPERACIÓN
INTERPRETATIVA EN LA
PERSPECTIVA TEXTUAL
Y HERMENÉUTICA
DE LA TEORÍA
COMUNICACIONAL DEL
DERECHO

no tendrá una simple función justificadora o de motivación (que reside más bien en las exposiciones de motivos), sino una *función “comunicacional”*.

El preámbulo, como cualquier instrumento, puede utilizarse con fines negativos o loables, puede ser visto como un medio para “defender el ejercicio de la potestad normativa y limitar la libertad de interpretación” (Boccalatte, 2008), o de otra forma, si el uso del preámbulo es parte del conjunto de procesos de comunicación que se dan dentro de los ámbitos, en un sistema de pluralismo jurídico tal como está concebido por la TCD, el preámbulo será un instrumento textual virtuoso, una voz más en el *diálogo interpretativo*, en el *diálogo intertextual* y en la *espiral hermenéutica* que se produce por la dualidad y en la *cooperación entre sujetos/textos, ordenamiento(s)/sistema(s), entre texto bruto y texto elaborado*, es decir, dentro del “conjunto de los procesos comunicativos que se esconden bajo la palabra derecho” (Robles, 2007, p. 32), y que producen las innumerables relaciones intertextuales, intra/inter sistémicas.

Lo que se quiere proponer aquí no es un mero instrumento de técnica legislativa formal, sino un elemento textual que pueda contribuir al fenómeno comunicativo que es, entre varios aspectos, el derecho tal y como muestra la TCD. El preámbulo analizado de manera constructiva, desde esa perspectiva, no se reduce a simple fórmula solemne, programática, idealista o de promulgación esencialmente vinculada a las fases procedurales de aprobación del texto. El preámbulo puede representar una oportunidad en lugar de calificación explícita y sintética de los propósitos y del objeto que se definirá en la elaboración del texto jurídico y en forma detallada también en otras partes del mismo texto.

El preámbulo se concibe, así, como un instrumento de comunicación, como un elemento que se armonice con la cualidad del *dinamismo comunicacional*, lo que defino también como el *panta rei* de la TCD. Así pues, el preámbulo, como elemento textual conexo con el momento dinámico y pragmático de la decisión generadora de texto, visto desde la perspectiva de la TCD, puede

además responder a una función comunicativa en el conjunto de actos de habla susceptibles de producirse de forma escrita, facilitando así una mejor cooperación textual e interpretativa.

En este sentido puede ayudarnos la *lingüística textual*, disciplina que se ocupa de las dinámicas del texto y de los heterogéneos elementos que lo constituyen, cada uno de los cuales tiene un distinto grado de transmisibilidad. Un texto es básicamente una estructura de información, por lo tanto, cualquiera que sea su clave pragmática, es imposible que no comunique información. Así pues, en un mismo texto jurídico hay partes que cumplen en mayor o menor grado una función comunicativa. Tal y como los concibe prioritariamente la TCD, los mensajes en el derecho tienen un carácter performativo⁴, es decir, dirigidos a constituir, orientar, guiar, regular o incluso mandar la acción. Comunicar, según la TCD, no quiere decir simplemente transmitir el mensaje, sino también asegurarse de que este mensaje sea performativo, capaz de orientar (directamente o indirectamente) el sujeto destinatario a la acción. Entonces, en la TCD nos relacionamos jurídicamente con una comunicación performativa, en una concepción hermenéutico-analítica de la acción como resultado de un proceso interpretativo. El texto del ordenamiento jurídico es, por lo tanto, un texto de tipo decisional-institucional-regulativo, y como ya hemos mencionado antes, su función inmanente consiste en comunicar y organizar una determinada sociedad y, asimismo, dirigir, dentro de ella, las acciones de los sujetos jurídicos.

Beaugrande y Dressler (1998) identifican siete condiciones (criterios de textualidad) que deben cumplirse para que un texto tenga una función comunicativa: la cohesión y la coherencia son propiedades del texto que abordan temas no nuevos a la teoría analítica del derecho. Las otras condiciones, que en

⁴ “El mensaje va dirigido a un receptor, y éste, al igual que el emisor, puede ser un individuo, un grupo de individuos, una institución o un grupo de instituciones.” (Robles, 2009, p. 50).

“Comunicación” en la teoría de Robles es el conjunto de mensajes dirigidos directamente o indirectamente a la acción, recordando a este respecto la teoría de los actos de habla de Austin y Searle. Cfr. Robles (2003, pp. 207-219); Cfr. Austin (1987); Cfr. Searle (2009).

Gregorio
Robles Morchón

Rubén Alberto
Duarte Cuadros

EDITORES

220

APORTES

A LA TEORÍA
COMUNICACIONAL
DEL DERECHO (TCD),
FILOSOFÍA DEL DERECHO
Y TEORÍA JURÍDICA

Antonio Maria
La Porta

221

DINAMISMO
COMUNICACIONAL,
INTERTEXTUALIDAD
Y COOPERACIÓN
INTERPRETATIVA EN LA
PERSPECTIVA TEXTUAL
Y HERMENÉUTICA
DE LA TEORÍA
COMUNICACIONAL DEL
DERECHO

este análisis sobre el preámbulo tienen especial interés en la relación entre el texto y sus intérpretes, se refieren a la: *intencionalidad*, es decir, la actitud de quien produce el texto, la voluntad del autor del texto (voluntad comunicacional/performativa); *situacionalidad*, o sea, los factores que hacen relevante una situación comunicacional; *informatividad*, los elementos del texto que transmiten informaciones relacionándose entonces con la situacionalidad; *intertextualidad*, la posibilidad de uso de un texto y su relación con otros textos; *accesibilidad* y *aceptabilidad*, es decir, la apertura del texto a los destinatarios, y cuanto estos sujetos estén dispuestos a aceptarlo. Estas dos características se correlacionan porque un texto es aceptable si es entendido por el destinatario/intérprete. Todas estas características pueden identificarse en el elemento textual del preámbulo que, así entendido, tendrá pleno valor en el fenómeno comunicativo que es el derecho, desde nuestra perspectiva. La *intencionalidad* se expresará en la voluntad del autor y, por tanto, de la autoridad. Como escribe Robles (2009):

La voluntad del emisor está íntimamente enlazada con su intención. La voluntad expresa el querer del emisor, lo que pretende al emitir el mensaje; es un elemento anímico, psíquico, que precede y sobre todo acompaña al acto de emisión. La voluntad se concreta en la intención o propósito deliberado del acto emisor, por lo que prácticamente son equivalentes. Ya hemos dicho antes que la voluntad o intención forman parte consustancial de la situación del acto comunicacional. (p. 55)

Además, el preámbulo expresando intencionalidad puede tener un papel de racionalización que facilita la efectividad de la responsabilidad y la identidad del autor del texto jurídico frente a los destinatarios. Como hemos señalado, *situacionalidad* e *informatividad* son dos cualidades del texto que, relacionándose, cumplen un papel fundamental en la perspectiva textual y hermenéutica de la TCD. Volvemos a las palabras de Robles (2009) para entender el sentido de situación comunicacional:

Todo acto de comunicación se produce en una determinada situación, a la cual la llamaremos situación comunicacional.

Ésta se descompone a su vez en cuatro situaciones o, mejor dicho, sub-situaciones: la situación del emisor, la del receptor, la circunstancia en que es emitido y recibido el mensaje y la circunstancia en que ha de ser aplicado (en los supuestos en que haya que aplicarlo). (pp. 39-53)

La situación comunicacional, por tanto, tiene una configuración compleja y “en su conjunto constituye un factor pragmático decisivo para la construcción hermenéutica del acto de comunicación, pues es el ámbito concreto de realidad en que todo el proceso comunicacional se inserta y en cuyo marco tiene su sentido” (pp. 39-53). Representando una o más *situaciones comunicacionales* (la del emisor, del receptor, las circunstancias de emisión y aplicación), el preámbulo tendrá una función significativa en el diálogo interpretativo y en la comprensión del marco situacional, lo que permite afirmar que el preámbulo no constituye un elemento externo al mismo acto/texto, sino que, como un instrumento situacional, forma parte de él de modo consustancial. *El preámbulo puede servir de tal manera concretamente como una herramienta comunicacional* para llenar la distancia entre el discurso y la escritura, presentando una nueva situación comunicacional que además informe sobre el contexto anterior, esto es, cuando “lo escrito se independiza de la situación concreta de los hablantes y genera su propia situación comunicacional”, determinando entonces “lo que Ricoeur ha llamado la distancia del texto escrito respecto a su anterior manifestación como discurso” (pp. 39-53).

De tal manera, una parte de un texto jurídico puede más o menos ser informativa y señalar al intérprete su relación con la información ya presente en el texto y/o previamente en el universo del discurso (Andorno, 2011, p. 10). Me refiero aquí a los debates que preceden y se concretan en el texto-documento y también a los textos coadyuvantes que forman parte del ámbito jurídico del ordenamiento que, en un sentido estricto, “no son parte directa del ordenamiento jurídico, pero sí forman la atmosfera, el medio cultural, en definitiva, el medio comunicativo” (Robles, 2009, p. 25) en el cual se concreta la decisión.

Gregorio
Robles Morchón

Rubén Alberto
Duarte Cuadros

EDITORES

222

APORTES

A LA TEORÍA
COMUNICACIONAL
DEL DERECHO (TCD),
FILOSOFÍA DEL DERECHO
Y TEORÍA JURÍDICA

Antonio Maria
La Porta

223

DINAMISMO
COMUNICACIONAL,
INTERTEXTUALIDAD
Y COOPERACIÓN
INTERPRETATIVA EN LA
PERSPECTIVA TEXTUAL
Y HERMENÉUTICA
DE LA TEORÍA
COMUNICACIONAL DEL
DERECHO

La *función de contexto y situacional* es una de las posibles funciones del preámbulo en un texto jurídico, es decir, señalar el conjunto de circunstancias de la decisión, referencias formales, conocimientos y también creencias compartidas por los hablantes, que pasarán a formar parte informativa del texto. De lo que se ha dicho hasta ahora, podemos deducir que el preámbulo no solo nos dice el porqué, sino también cuándo, dónde, cómo, quién ha producido el texto y a quién se dirige, por lo tanto, produce una fotografía del contexto, de la situación comunicacional y de la voluntad performativa del autor del texto.

En el preámbulo puede encontrarse entonces un "requisitum" (Pattaro y Zannotti, 1998), es decir, la representación de un contexto comunicacional y situacional, el conjunto de condiciones o circunstancias que, en el caso del preámbulo, se relacionan con el momento de la decisión: tiempo, lugar, sujetos, contexto. Este contenido de información se relaciona también con el comportamiento que se requiere en la ejecución de una norma. Como se dijo incluso por Bobbio (1993):

No es difícil que una prescripción se acompañe de proposiciones de otro tipo. No siempre es suficiente el mandato absoluto, la prescripción, para que la persona a la que nos dirigimos reciba el mensaje; a veces se necesita conocer algunos hechos [...]. Así que puede aprenderse algo sobre los eventos e inducir la persona a la acción y por tanto es necesario dotarla de informaciones.

Pues bien, en un diálogo intertextual/interpretativo virtuoso, los sujetos receptores van informados, como afirma Robles (2009), aunque esa función sea secundaria, es imprescindible, ya que "mal puede el destinatario de una norma de derecho llevarla a su efectivo cumplimiento si antes no está informado" (p. 47). Notamos en consecuencia cómo, desde la perspectiva de la TCD, el preámbulo puede cumplir también una función de con-texto en un doble sentido: en la presentación de la situación comunicacional relacionada a la decisión y en representar una posible parte contingente del texto que de todos modos pertenece a la totalidad textual que es el ordenamiento jurídi-

co. En suma, el preámbulo puede proporcionar situacionalidad y contextualidad al texto jurídico parcial al que pertenece y producir, asimismo, *intertextualidad*, es decir, explicitar la relación del texto parcial con otros textos jurídicos aclarando la posibilidad de uso de un texto en su relación con otros textos. Representando el marco situacional normativo, el preámbulo puede ser el instrumento textual donde explícitamente hacer referencias tanto a textos del ordenamiento y del sistema como a textos del ámbito jurídico que preceden o coadyuvan la decisión normativa.

La "intertextualidad" es entonces uno de los rasgos principales del preámbulo desde la perspectiva de la TCD en el conjunto de relaciones jurídicas como relaciones de comunicación textualizables (Robles, 2012, p. 562). El concepto de intertextualidad puede aplicarse tanto a las relaciones jurídicas intertextuales en el seno de un mismo ordenamiento (así, por ejemplo, entre las leyes y la constitución) como a las relaciones textuales intersistémicas entre los diversos ordenamientos. Además, un texto concreto se relaciona con otras partes del mismo texto que lo componen determinando su juridicidad y normatividad. Más aún, tratando de intertextualidad no debemos olvidar el principio de prioridad pragmática, según el cual los diversos elementos de un texto adquieren su sentido correcto a partir del texto en el que están insertos (Robles, 2007, pp. 27-36, 78). El preámbulo, por lo tanto, como elemento de un texto parcial que pertenece al ordenamiento, puede también encarnar la función de enlace textual respecto al conjunto de relaciones entre varios textos del mismo ordenamiento y en las relaciones intertextuales entre diferentes ordenamientos jurídicos.

Me refiero otra vez a la definición comunicacional de *cooperación textual e interpretativa* que presupone, por lo tanto, una relación continua entre los sujetos jurídicos del ordenamiento y entre sistemas, es decir, entre textos, en un incesante y recíproco diálogo interpretativo e intertextual que es cada vez más evidente si nos fijamos en la hodierna manifestación del fenómeno jurídico (por ejemplo, en las innumerables relaciones

Gregorio
Robles Morchón

Rubén Alberto
Duarte Cuadros

EDITORES

224

APORTES

A LA TEORÍA
COMUNICACIONAL
DEL DERECHO (TCD),
FILOSOFÍA DEL DERECHO
Y TEORÍA JURÍDICA

Antonio Maria
La Porta

225

DINAMISMO
COMUNICACIONAL,
INTERTEXTUALIDAD
Y COOPERACIÓN
INTERPRETATIVA EN LA
PERSPECTIVA TEXTUAL
Y HERMENÉUTICA
DE LA TEORÍA
COMUNICACIONAL DEL
DERECHO

jurídicas intersubjetivas, así como en las frecuentes relaciones jurídicas intersistémicas entre el derecho de la Unión Europea y el derecho de los Estados miembros) (Robles, 2007, pp. 27-36, 78). Es entonces también en el pluralismo jurídico sistémico que el instrumento preámbulo puede ser propicio en las intensas relaciones entre los sujetos jurídicos que constituyen, tal como concebidas por la TCD, una sucesión continua y dinámica de “relaciones intertextuales intersistémicas”.

Con el tema del preámbulo, puede entenderse igualmente cómo las relaciones intersistémicas que producen textos se relacionan con textos ya existentes y además con textos que a veces han previamente instituido y regulado las mismas relaciones intertextuales. En este sentido, por ejemplo, pueden individuarse las técnicas de recepción (incorporación, integración o transformación según la perspectiva de primacía sistémica) de los textos intersistémicos producidos en el conjunto de relaciones entre el derecho internacional y el derecho de los Estados y, asimismo, entre el derecho de la Unión Europea y el derecho de los Estados miembros. El mecanismo característico de este tipo de relaciones intertextuales es la incorporación de un texto ajeno, esto es, perteneciente a otro sistema, al sistema propio. El preámbulo, como elemento de un texto parcial (que pertenece a un ordenamiento), puede encarnar la *función de enlace textual*, aunque con características sintéticas, entre varios textos del mismo sistema jurídico y/o textos de diferentes sistemas jurídicos. Además, la intertextualidad del preámbulo puede realizarse en su *relación con los textos (orales y escritos) del ámbito jurídico*.

También Pattaro subraya cómo una función del preámbulo es la de incluir referencias a los textos pre-decisionales: “los momentos preliminares tienen que ser citados en la justificación procedural como los textos de iniciativa (instancias y propuestas) y textos coadyuvantes (como pueden ser informes y opiniones consultivas)” (Pattaro, 1998), es decir, textos que desde la perspectiva de la TCD pertenecen al “ámbito jurídico”. Todos estos momentos predecisionales que “no son ordenamiento jurídico propiamente dicho, pero sí están en el marco de

su formación efectiva”⁵, pueden encontrarse en forma sintética en el preámbulo, que puede entonces relacionarse textualmente con el ámbito jurídico.

Aparece más claro ahora el papel del preámbulo en la dinámica de contextualización, o sea, el hecho de que la comprensión de un texto concreto pueda llegar de su “co-texto” y de su contexto. Así pues, a través del “co-texto” se conecta el texto parcial con el texto total al que pertenece aquel, y es mediante el “contexto”, es decir, con la situación en la cual se inserta el significado concreto que el texto parcial tiene en relación con el texto total al que pertenece, que el preámbulo puede cumplir la *función de conector textual* de un texto parcial al texto global ordenamiento y a su ámbito jurídico.

En definitiva, con nuestra propuesta queremos concebir *el preámbulo como instrumento de comunicación* que, a través de la perspectiva textual y hermenéutica de la TCD, tenga un sentido más amplio respecto a la función interpretativa presentada tradicionalmente por la doctrina. En virtud de su peculiar posición, el preámbulo juega un papel en la construcción hermenéutica (comprensión y racionalización) en cuanto conectado con los eventos y el contexto relacionado con la decisión generadora del texto. Por esta razón, trasmite la intención del autor (autoridad) del texto jurídico, presentando sintéticamente la estructura, así como el contenido comunicativo. Representando entonces situacionalidad comunicativa/normativa, el preámbulo influye sobre la comprensión y la aceptabilidad por el sujeto jurídico que recibe el texto.

Por tanto, desde la perspectiva hermenéutica, el preámbulo puede desempeñar una función significativa entre textualismo y extratextualismo, en una dinámica de contextualización que involucra cada vez más al intérprete frente al sinnúmero

5 “Un ámbito jurídico es el conjunto de procesos de comunicación que tienen lugar en relación con, o en referencia a, un ordenamiento jurídico determinado. Todo ordenamiento jurídico implica un ámbito, y cada ámbito lo es de un ordenamiento.” (Robles, 2009, p. 25).

Gregorio
Robles Morchón

Rubén Alberto
Duarte Cuadros

EDITORES

226

APORTES

A LA TEORÍA
COMUNICACIONAL
DEL DERECHO (TCD),
FILOSOFÍA DEL DERECHO
Y TEORÍA JURÍDICA

Antonio Maria
La Porta

227

DINAMISMO
COMUNICACIONAL,
INTERTEXTUALIDAD
Y COOPERACIÓN
INTERPRETATIVA EN LA
PERSPECTIVA TEXTUAL
Y HERMENÉUTICA
DE LA TEORÍA
COMUNICACIONAL DEL
DERECHO

de relaciones jurídicas intertextuales que configura el derecho contemporáneo donde se requiere que el intérprete salga continuamente del texto y posteriormente vuelva a entrar en el texto de acuerdo con un modelo que conecta, sin cesar, interno y externo (Viola y Zaccaria, 1999, p. 273).

El preámbulo puede facilitar en ese sentido la labor del intérprete en la *construcción hermenéutica*, ya que conocer el contexto y la situación de la decisión jurídica relacionada con el preámbulo y antecedente a la norma, es fundamental para la interpretación del mismo texto. Como dijo muy bien Gadamer, no podemos hablar de texto ni de comprensión del texto, independientemente de las condiciones comunicativas en las que se produjeron (Gadamer, 1990). Comprender el texto quiere decir también conocer la decisión jurídica que lo genera y el contexto situacional. Siendo la decisión jurídica, expresada también por el preámbulo, un acto de voluntad antecedente⁶ a la norma (por ejemplo, en el caso del texto legal), el preámbulo puede contextualizarla expresando, junto con las otras partes del texto, la intencionalidad del autor, esto es, la *voluntas legislatoris*. La intención del “legislador”, entendiendo esta palabra en su sentido más amplio, como sinónima de “creador de normas de derecho” (Robles, 2009, p. 61), es un elemento más en la interpretación, desde el cual puede desviarse⁷, pero que será bueno conocer para atribuir un resultado mejor a la construcción hermenéutica del material jurídico que el legislador proporciona.

Presentar de tal forma el preámbulo, como medio por el cual comprender la decisión y el instrumento a través del cual esa decisión puede ser comunicada, quiere decir contemplarlo como *marco de accesibilidad al texto, proporcionando un instrumento de comprensión más al sujeto que se enfrenta al texto jurídico concreto*. El preámbulo así entendido será en parte justificación/motivación, pero también algo diferente, es decir,

6 Aunque hay que destacar cómo toda decisión jurídica, o es el antecedente o es el consecuente de la norma. “Por ejemplo, cuando el legislador crea la ley, la decisión propia del legislador es el antecedente de la norma creada.” (Robles, 2006, p. 126).

7 Para no cometer los mismos errores de los intencionalistas como Hirsch, que buscaban la intención del autor de una pretensión de objetividad. Cfr. Hirsch (1983).

una herramienta de síntesis del texto que introduce un instrumento que pueda facilitar la accesibilidad al texto jurídico y una interpretación más. En la perspectiva textual y hermenéutica de la TCD, insertar un preámbulo en un texto muy amplio puede mejorar la calidad y la comprensión textual, coadyuvando a formar el carácter comunicacional, prescriptivo, regulativo y performativo del texto jurídico.

En conclusión, como dijo muy bien Alfonso Catania (2010),

la norma es un esquema de conocimiento, que, desarrollada por la clase de los juristas, puede y debe ser utilizada y por lo tanto conocida por todos los ciudadanos, como el diseño que racionaliza la decisión y hace que sea comprensible y posiblemente cuestionable. (pp. 59 y ss.)

Robles y Catania comparten, aunque con diferentes enfoques metodológicos, la necesidad de prestar atención al concepto de decisión jurídica, ya que se demuestra cada vez más crucial en la actualidad del fenómeno jurídico. Catania, en uno de sus últimos ensayos titulado “Metamorfosis del derecho: decisión y norma en la era global”, analizando la dimensión comunicativa de las normas, llega al concepto de primer “reconocimiento comunicacional” como acto cognitivo-comunicativo que mediante la comprensión permite a los sujetos acceder al sistema jurídico. Como destaca el autor, la falta de una auténtica dimensión comunicativa que determine los textos jurídicos como comprensibles nos recuerda la tendencia de hacer del derecho un producto técnico y vacío, lo que nos lleva al tema de la *deregulation* y de la incomprendibilidad (voluntaria o no) de las normas. A partir de estos asuntos, por el contrario, el papel de los instrumentos de comprensión y el conocimiento de los juristas (que tienen la capacidad técnica para interpretar los procesos comunicacionales de índole jurídica) son determinantes en la construcción hermenéutica, en una concepción comunicacional del derecho, tal como muestra la TCD.

Volvemos así al criterio textual de la *accesibilidad / aceptabilidad* comunicacional, es decir, la apertura del texto a los destina-

Gregorio
Robles Morchón

Rubén Alberto
Duarte Cuadros

EDITORES

228

APORTES

A LA TEORÍA
COMUNICACIONAL
DEL DERECHO (TCD),
FILOSOFÍA DEL DERECHO
Y TEORÍA JURÍDICA

Antonio Maria
La Porta

229

DINAMISMO
COMUNICACIONAL,
INTERTEXTUALIDAD
Y COOPERACIÓN
INTERPRETATIVA EN LA
PERSPECTIVA TEXTUAL
Y HERMENÉUTICA
DE LA TEORÍA
COMUNICACIONAL DEL
DERECHO

rios, y cuanto estos sujetos estén dispuestos a aceptarlo como performativo en cuanto el carácter comunicativo de las normas se refiere, tanto a la racionalidad del derecho como a su clave pragmática inmanente, que es prescribir, regular, instituir. Las condiciones de *accesibilidad* y de *aceptabilidad*, como se ha mencionado, se correlacionan, ya que un texto es aceptable si es entendido por el destinatario/intérprete, en cuanto, desde la perspectiva textual y hermenéutica de la TCD, tanto las normas como el sistema jurídico son el resultado de la construcción hermenéutica. La riqueza y la complejidad del lenguaje jurídico que pertenece al lenguaje ordinario, y al mismo tiempo es el lenguaje de una clase profesional, los juristas (en la noción amplia de "juristas": prácticos y teóricos), requiere instrumentos interpretativos y hermenéuticos que desvelen los significados profundos de los textos y los ordenen de manera sistemática⁸.

Los textos jurídicos son actos comunicativos, por ejemplo, tanto en el acto comunicativo propio de la legislación como en el negocio jurídico tiene lugar un proceso comunicacional que va acompañado de la traducción del mensaje desde la mente de su emisor a la del destinatario. Este traslado va acompañado necesariamente por la interpretación y básicamente por la comprensión del texto. Si bien nos apropiamos de un mensaje cuando lo entendemos, así mismo en el fenómeno jurídico, desde la perspectiva de la TCD, para que el receptor del mensaje actúe en consonancia con este, es indispensable que entienda su contenido de significado cabalmente, pues, en caso contrario, *sin comprensión el acto comunicacional también resultará fallido*.

8 "El uso del lenguaje jurídico pertenece lo mismo a la clase profesional de los juristas que al común de los mortales. Es así, y además así debe ser, pues de otro modo la vida colectiva sería aún más opaca de lo que ya es. El derecho no es, como opinó el marxismo, un mero instrumento supraestructural, un reflejo ideológico de la realidad económica, sino forma de vida social y, en definitiva, la misma vida humana en cuanto ésta alcanza la dimensión de la intersubjetividad". Como y cuanto el derecho es parte de la vida de las personas es evidente a partir del análisis del lenguaje jurídico, de hecho, una de las principales tareas de la TCD. El lenguaje en que se expresa el derecho es un lenguaje especializado, pero, al mismo tiempo, "pertenece al lenguaje común". Pensase a los vocablos jurídicos que penetran en el léxico conceptual de la vida cotidiana, tales como, por ejemplo, el contrato, el matrimonio, la propiedad, la sentencia, el juez. Cfr. Robles (2009, pp. 34-62, pp. 147-148).

Entonces la comprensión del texto es fundamental en la concepción de la TCD y, por lo tanto, es siempre más necesaria una mediación comunicacional entre el emisor y el destinatario de los procesos comunicativos que se dan dentro de un ámbito jurídico. Por lo tanto, es oportuno que los textos del ordenamiento incluyan ya instrumentos de comprensión, tal como puede ser por ejemplo el preámbulo de un texto legal, que coadyuven la comprensión del texto parcial respecto al texto global ordenamiento. Así pues, también el preámbulo, podrá funcionar como *instrumento textual simplificador*, como marco de accesibilidad al texto, representando una síntesis, y como tal, este instrumento textual tendrá que ser conciso y eficaz en el proceso hermenéutico de comprensión de las normas para los sujetos jurídicos destinatarios del texto, es decir, tanto para los juristas (prácticos y teóricos) como para los individuos particulares.

Esta comprensión integral exige una labor de construcción hermenéutica que conlleva múltiples tareas⁹. Aunque la interpretación en el derecho es "omnipresente", para entender cabalmente el mensaje jurídico se necesita de un conocimiento técnico jurídico profundo. Este es el papel central de los juristas que intervienen en los procesos de comunicación del ámbito jurídico, o sea, los operadores jurídicos de la más diversa especie, y los juristas científicos o dogmáticos, cuya tarea consiste en presentar de manera acabada, conceptualmente depurada y lo más completa posible la materia jurídica ordinamental en el sistema. La dogmática jurídica cumple "así una tarea simplificadora del trabajo que corresponde a los prácticos, pues ayuda a éstos a no perderse en la maraña de preceptos positivos, no siempre claros, no siempre coherentes entre sí, no siempre completos en su formulación" (Robles, 2009, pp. 34-62, pp. 147-148). Con la última publicación del segundo volumen de *Teoría comunicacional del derecho*, dedicado a la teoría de la dogmática y del método jurídico, Robles refuerza la

9 "... determinación de la jerarquía normativa, esto es, de la prevalencia de unos textos parciales sobre otros, concreción de su ámbito espacial y temporal de vigencia, construcción del significado de las proposiciones lingüísticas que componen los textos, aclaración mediante definiciones, si es posible, de los conceptos que el ordenamiento maneja o presupone, sistematización de los contenidos" (Robles, 2009, pp. 34-62, pp. 147-148).

Gregorio
Robles Morchón

Rubén Alberto
Duarte Cuadros

EDITORES

230

APORTES

A LA TEORÍA
COMUNICACIONAL
DEL DERECHO (TCD),
FILOSOFÍA DEL DERECHO
Y TEORÍA JURÍDICA

Antonio Maria
La Porta

231

DINAMISMO
COMUNICACIONAL,
INTERTEXTUALIDAD
Y COOPERACIÓN
INTERPRETATIVA EN LA
PERSPECTIVA TEXTUAL
Y HERMENÉUTICA
DE LA TEORÍA
COMUNICACIONAL DEL
DERECHO

concepción de la *función comunicacional de la dogmática jurídica* como disciplina comunicacional o hermenéutico-analítica, cuya finalidad primera es la conciencia y exposición del texto ordinamental. Ese “conocer hermenéutico” y esa “capacidad técnica y crítica” permiten la comprensión de textos y facilitan los procesos de comunicación y cooperación textual e interpretativa (Robles, 2012, pp. 215-264).

En conclusión, lo que quiero destacar, a través de esta lectura del instrumento preámbulo desde la perspectiva de la TCD, es la importancia del papel de los juristas en una concepción comunicacional del derecho, como simplificadores y no como creadores de obstáculos, tanto en la producción de textos como en la interpretación y comprensión de los textos jurídicos. Como afirmó perfectamente Legaz y Lacambra: *hay que impedir la discrepancia entre la construcción jurídica y la vida*. Si el jurista se expresa en *fórmulas sencillas, asequibles al hombre de la calle*, y no si expresa en un modo “propio desconectado de las realidades vitales”, la dimensión comunicacional del derecho tendrá su cumplimiento y su razón de ser. Sin embargo, muchas veces “parece como si el derecho no tuviera otra finalidad práctica que servir de motivo para que el jurista muestre sus profundos conocimientos”, así como nos dijo Legaz (1978): “el derecho de los juristas abunda en perfección formal tanto como carece de calor vital” (pp. 65 y ss.). El jurista, tanto práctico que teórico, aunque cumpliendo un papel central en el fenómeno jurídico, tendrá que maximizar su trabajo metodológico¹⁰ y al mismo tiempo evitar el peligro de excesiva especialización técnica¹¹. Incluso en el uso del preámbulo que,

10 Cabe aquí la importancia de la *Teoría comunicacional del derecho* en su propósito de construcción de una “lengua jurídica bien hecha”, como evidencia Aurelio de Prada García (2011): “la teoría comunicacional enfrenta no sólo la necesidad de facilitar al máximo los procesos comunicativos jurídicos, sino también, y por lo mismo, la de eliminar los abusos en que tanto los juristas como su lenguaje podrían incurrir” (pp.145-167).

11 Cfr. Ortega y Gasset (1998, pp. 91-96). El jurista no debe convertirse en hombre masa, sino, como hombre de ciencia, tendrá que valorizar su especialismo y ponerlo a disposición de los diferentes sujetos que forman parte del ámbito jurídico. El jurista contemporáneo tiene que evitar el riesgo de devenir un ignorante culto, arrogante por creer que sus conocimientos lo califican para opinar sobre todas las cosas; por el contrario, el especialista jurídico, tanto práctico como teórico, tiene que poner el máximo rigor metodológico en sus esfuerzos a favor de todos. Al hacerlo, se logrará finalmente el respeto debido a la clase de los juristas.

si se estima oportuno en la aplicación del texto jurídico, en vez de representar un instrumento formal, debería utilizarse como un marco de accesibilidad al texto, como medio de fundamentación, racionalización y contextualización de la decisión generadora, simplificando entonces la tarea de comprensión tanto del *hombre de la calle* como del jurista¹².

Referencias

- Andorno, C. (2011). *Linguistica testuale: un'introduzione*. Roma: Carocci.
- Austin, J.L. (1987). *Come fare cose con le parole: le William James lectures tenute alla Harvard University nel 1955*, C. Penco y M. Sbisà. Genova: Marietti.
- Beaugrande, R. A., Dressler, W. U. (1988). *Introduzione alla linguistica testuale*. Bologna: Il mulino.
- Bentham, J. (1843). Principles of Morals and Legislation, Fragment on Government, Civil Code, Penal Law. En J. Bowring. *The Works of Jeremy Bentham*, vol. 1. Section IV (Law Reform). Edimburgo: William Tait Publisher.
- Bobbio, N. (1993). *Teoria generale del diritto*. Torino: Giappichelli.
- Boccalatte, S. (2008). *La motivazione della legge: profili teorici e giurisprudenziali*. Padova: CEDAM.
- Catania, A. (2010). *Metamorfosi del diritto: decisione e norma nell'età globale*. Roma-Bari: Laterza.

12 Desde nuestra perspectiva, podemos concebir el preámbulo como una herramienta útil en la comprensión para la mayoría de sujetos jurídicos y, por tanto, con una función comunicacional / racional, siguiendo con oportunas diferencias el pensamiento de Bentham. Según el filósofo inglés, la ley tiene su propia racionalidad basada en el principio de máxima utilidad para ser capaz de alcanzar el número máximo de personas. El autor en minoría con la tradición jurídica de su país tenía una propensión a la codificación que nunca ha prevalecido en Gran Bretaña. Bentham propuso en el preámbulo incluyente las razones que subyacen a las decisiones normativas como instrumento de racionalidad/utilidad. Cfr. Bentham (1843, section IV). “To enable the public the better to comprehend the full tenor and object of the laws when promulgated, he proposed that they should be accompanied by a Rationale or series of reasons. The necessity of adopting such a course would, he maintained, make the laws themselves more rational; for legislators, being bound to give reasons to the public, must have reasons to give, and would not be likely to frame laws on the dictate of caprice or tyranny. An acknowledgment of the principle is to be found in the Preambles”.

De Prada García, A. (2011). Teoría Comunicacional del Derecho y lenguaje de los juristas. En P. de Barros Carvalho y G. Robles Morchón (eds). *Teoria Comunicacional do Direito. Diálogo entre Brasil e Espanha* (pp. 145-167). Sao Paulo: Editorial NOESES.

Eco, U. (1984). *Semiotica e filosofia del linguaggio*. Torino: Einaudi.

Gadamer, H.G. (2012). *Verdad y método*. Salamanca: Sígueme.

Gadamer, H. G. (1990). *Verità e metodo* (1960-1965). Milano: Bompiani.

Hirsch, E. (1983). *Teoria dell'interpretazione e critica letteraria*. Bologna: Il Mulino.

La Porta, A. M. (2013). *I preamboli costituzionali alla luce della Teoria comunicazionale del diritto*. (Los preámbulos constitucionales a la luz de la Teoría comunicacional del derecho). Tesis. Dipartimento Istituzioni e Società. Università degli Studi di Perugia, Perugia.

Legaz Lacambra, L. (1978). *Filosofía del derecho* (5. ed.). Barcelona: Bosch.

Ortega y Gasset, J. (1998). La barbarie del "especialísimo". En M. Gardner (coord.). *Los grandes ensayos de la ciencia* (pp. 91-96). México: Editorial Nueva Imagen.

Pattaro, E., Zannotti, F. (1998). Dal linguaggio al comportamiento. En *Applicazione e tecnica legislativa: atti del Convegno*. Milano: A. Giuffrè.

Pattaro, E. (1998). *Norma system: legistica e legimatica*. Bologna: Clueb.

Robles Morchón, G. (2015). *Teoría del Derecho. Fundamentos de Teoría Comunicacional del Derecho*. Volumen II. Teoría de la Dogmática y del Método jurídico. 1ª edición. Navarra: Thomson-Reuters / Civitas.

Robles Morchón, G. (2009). *Comunicación, lenguaje y derecho. Algunas ideas básicas de la teoría comunicacional del derecho* (Discurso de recepción en la Real Academia de Ciencias Morales y Políticas). Madrid: Real Academia de Ciencias Morales y Políticas.

Robles Morchón, G. (2006). *El derecho como texto. Cuatro estudios de teoría comunicacional del derecho*. 2ª ed., Cizur Menor (Navarra): Thomson-Civitas.

Robles Morchón, G. (2011). Perspectivismo textual y principio de relatividad sistémica en la teoría comunicacional del derecho. En Paulo de Barros Carvalho y Robles Morchón G. (eds.). *Teoria Comunicacional do Direito. Diálogo entre Brasil e Espanha*. Sao Paulo: Editorial NOESES.

Robles Morchón, G. (2003). *Introducción a la teoría del derecho*. 6ª ed. Barcelona: Debate.

Robles Morchón, G. (2007). *Pluralismo jurídico y relaciones intersistémicas. Ensayo de Teoría comunicacional del Derecho*. Cizur Menor (Navarra): Editorial Thomson-Civitas.

Robles Morchón, G. (2012). *Teoría del derecho. Fundamentos de teoría comunicacional del derecho*, 2ª ed. Cizur Menor (Navarra): Thomson-Civitas.

Searle, J. R. (2009). *Acti linguistici: saggi di filosofia del linguaggio*. Torino: Bollati Boringhieri.

Viola, F., Zaccaria, G. (1999). *Diritto e interpretazione: lineamenti di teoria ermeneutica del diritto*. Roma-Bari: Laterza.

Gregorio
Robles Morchón

Rubén Alberto
Duarte Cuadros

EDITORES

234

APORTES

A LA TEORÍA
COMUNICACIONAL
DEL DERECHO (TCD),
FILOSOFÍA DEL DERECHO
Y TEORÍA JURÍDICA

Antonio Maria
La Porta

235

DINAMISMO
COMUNICACIONAL,
INTERTEXTUALIDAD
Y COOPERACIÓN
INTERPRETATIVA EN LA
PERSPECTIVA TEXTUAL
Y HERMENÉUTICA
DE LA TEORÍA
COMUNICACIONAL DEL
DERECHO

José J.
Albert
Márquez¹

DE LA FILOSOFÍA
DEL LENGUAJE A
LA FILOSOFÍA DEL
DERECHO: APUNTES
SOBRE LA TEORÍA
DE LA ACCIÓN
EN LA TEORÍA
COMUNICACIONAL
DEL DERECHO

Hablar consiste en realizar actos conforme a reglas
JOHN SEARLE

Realizar acciones es actuar de acuerdo a reglas
GREGORIO ROBLES

Introducción

La teoría comunicacional del derecho (TCD, en lo sucesivo), creada por el profesor vasco Gregorio Robles, supone un esfuerzo dogmático para superar, desde el análisis del lenguaje de los juristas, la tradicional dicotomía entre el iusnaturalismo y el iuspositivismo, bajo la primacía de la perspectiva epistemológica (Albert Márquez, 2017a, p. 481). Como es

¹ Profesor de la Universidad de Córdoba, España.



sabido, la TCD en su conjunto comprende tres niveles o partes (Robles, 2009, p. 12), dependiendo del diverso modo de consideración del texto jurídico.

En una concepción semiótica, Robles distingue en primer lugar un análisis que investiga los elementos básicos de todo ordenamiento jurídico y sus relaciones recíprocas, esto es, la estructura formal del derecho y las funciones formales de sus diversos elementos dentro del sistema; esta sería la sintaxis del derecho, de la que se ocupa la *teoría formal del derecho*.

En segundo lugar, otra parte de la TCD es la llamada pragmática jurídica, o *teoría de las decisiones jurídicas*, que se propone indagar, como pragmática del lenguaje de los juristas, los diversos actos del lenguaje que generan las normas y los demás elementos del ordenamiento jurídico (aquí, por cierto, es donde Robles ubicaría la teoría de la justicia, “en su acepción más especulativa y libre”, pues en el marco de la decisión constituyente es donde corresponde temporalmente plantear el problema de una sociedad justa y darle solución). Y, finalmente, la tercera parte de la TCD, correspondiendo con la semántica jurídica, es la *teoría de la dogmática jurídica*, cuyo objetivo es reflexionar sobre los significados que tienen las normas concretas de un ordenamiento jurídico determinado, construyendo el sistema que refleja y completa el ordenamiento.

El profesor Robles trata sobre la acción en la sintaxis o *teoría formal* dentro de la TCD, desde una perspectiva originariamente lingüística. Precisamente, este será el objeto principal de este artículo: la clarificación del origen lingüístico de las categorías que determinan el concepto y contenido de la acción en la TCD. Para ello, deberemos de analizar, aun someramente, algunos aspectos de la propia teoría de la acción en la TCD, y compararla con algunas tesis de la moderna filosofía del lenguaje.

La manera de entender la teoría del derecho de Gregorio Robles se ha denominado, cronológica y sucesivamente, *análisis del lenguaje de los juristas* (expresando así el abandono por parte del autor de las pretensiones ontologistas tanto del iusnatura-

lismo como del positivismo), *teoría de los textos jurídicos* (con relación a su objeto de estudio), *teoría hermenéutico-analítica del derecho* (en atención a la perspectiva epistemológica adoptada, esto es, al método) y, finalmente, *teoría comunicacional del derecho* –textualmente, al menos desde 1988– (como resumen unificador de todas las anteriores) (Albert Márquez, 2017a, p. 483). Es fácil percibir cómo el análisis lingüístico del lenguaje de los juristas constituye, en cualquier caso, el núcleo de la TCD. Como ha puesto de relieve Diego Medina, cuando Robles identifica, aunque débilmente, derecho y lenguaje, se crea la necesidad epistémica de considerar las funciones del lenguaje (Medina, 2018, p. 60) y, por tanto, distinguirá entre textos constataivos o descriptivos, textos emotivos y textos regulativos o prescriptivos (Robles, 2015, p. 97), perteneciendo el derecho, claramente, a estos últimos.

Para la elaboración de este breve estudio, acudiremos a tres tipos de fuentes: los propios trabajos de Robles (sobre todo los contenidos en el primer volumen de la *Teoría comunicacional del derecho. Fundamentos de teoría comunicacional del derecho*), en segundo lugar, la escasísima literatura científica que hasta el momento se ha publicado sobre este elemento fundante de la TCD (fundamentalmente, el estudio de la profesora Mercedes Gómez Adanero, publicado en el primer volumen de *Teoria comunicacional do direito: Um diálogo entre Brasil e Espanha*), y por último, y muy brevemente, algunas obras de filosofía del lenguaje, como *Actos del habla*, de John Searle, *El discurso de la acción*, de Paul Ricoeur, y *Fundamentos de la Teoría de los signos*, de Charles Morris. Las influencias filosóficas en la TCD a partir de la pragmática de Charles Sanders Peirce han sido ya estudiadas con profundidad y erudición por Rubén Alberto Duarte Cuadros (Duarte Cuadros, 2018, pp. 159 y ss.), y por ello, quedan fuera de estas líneas.

1. Movimiento, acción y actividad en la TCD

Una de las primeras preocupaciones de Robles al abordar el concepto de acción y su relación con el derecho es delimitar (an-

Gregorio
Robles Morchón

Rubén Alberto
Duarte Cuadros

EDITORES

238

APORTES

A LA TEORÍA
COMUNICACIONAL
DEL DERECHO (TCD),
FILOSOFÍA DEL DERECHO
Y TEORÍA JURÍDICA

José J.
Albert Márquez

239

DE LA FILOSOFÍA
DEL LENGUAJE A
LA FILOSOFÍA DEL
DERECHO: APUNTES
SOBRE LA TEORÍA
DE LA ACCIÓN
EN LA TEORÍA
COMUNICACIONAL
DEL DERECHO

tes de analizar la acción en el derecho) cuál es la definición de la acción en general, esto es, sin consideración a su naturaleza jurídica, o extrajurídica (sea esta moral, lúdica, etc.). En este sentido, aludimos al concepto genérico de acción, entendida como el conjunto de movimientos dotado de unidad de significado, o más precisamente, una unidad de significado cuyo referente es, simplemente, un conjunto de movimientos (Robles, 2015, p. 274). Por tanto, en el origen de toda acción existe, en principio, un conjunto de movimientos. Robles otorga al concepto de movimiento un sentido muy amplio, pues engloba tanto los movimientos exteriores como los fenómenos físico-psíquicos, y así, la acción en sentido propio posee esos dos elementos: el externo y el interno. El movimiento o conjunto de movimientos que la caracterizan constituye, según nuestro autor, un entramado físico y psíquico, interno y externo (Robles, 2015, p. 275).

Sin embargo, lo que determina la calificación como acción de uno o más movimientos es su unidad de significado. La acción es, pues, el significado atribuido al movimiento, constituyendo así, en la terminología de Robles, la acción en sentido propio. Hay que hacer notar desde un principio que el profesor Robles identifica el concepto de acción y el de acto (Robles, 2015, p. 273). Acto y acción, para él, son conceptos idénticos (no ocurre así, por ejemplo, en la obra de autores como Carnelutti. El profesor de Udine distinguía entre el acto, como ejecución concreta de la acción, y la acción, como formulación genérica del ejercicio de una actividad) (Carnelutti, 2003, pp. 314 y ss.), si bien Robles prefiere utilizar el de acción, y solo excepcionalmente habla de “actos”.

Por otra parte, existe en la obra del autor una clara distinción entre acción y actividad. La actividad, siempre en el entendimiento de Robles, implica una repetición de acciones o actos, incluso, en determinados casos, una habitualidad, que la diferencia de la acción concreta e individual. La actividad se compone de un conjunto de acciones iguales o similares (Robles, 2015, p. 273). De hecho, aquí se encuadrarían las actividades profesionales, las cuales, a su vez, generan un tipo especial de responsabilidad jurídica.

Con estas primeras precisiones doctrinales, Robles enmarca la problemática de la acción en el derecho, pues, por extraño que parezca, la teoría del derecho (que en la obra de nuestro autor es sinónimo de filosofía del derecho) (Robles, 1988, pp. 32 y ss.) no se ha ocupado apenas de dar un tratamiento unitario y global del concepto de acción aplicable a todas las ramas del ordenamiento jurídico (Robles, 2015, p. 272). Son palpables, en este sentido, las diferencias en el concepto de acción en la dogmática penal (que, aunque algo atenuada en la actualidad, ha separado a los penalistas entre “causalistas” y “finalistas” en atención a su concepto de acción en el derecho penal), el de “acto”, en el derecho civil, la importancia del “acto administrativo”, en el derecho administrativo, o del “acto de comercio”, en el derecho mercantil, todos ellos profusamente estudiados en cada una de estas ramas jurídicas.

No existe, como remarca Robles, una “teoría general de la acción” en sede de teoría del derecho (salvo, quizás, con la excepción de la *Teoría general del derecho* de Francesco Carnelutti), y a ese empeño dedica Robles notables páginas, desde una perspectiva epistemológica, se ha dicho, simultáneamente estructuralista (por ejemplo, en cuanto analiza elementos estructurales del derecho, como norma, institución o relación) y funcionalista (es decir, en consideración a su función o fin, estudiando Robles aquí los conceptos de decisión y acción). De hecho, como Mercedes Gómez subraya, el concepto funcional clave es el concepto de acción (Gómez Adanero, 2011, p. 540), y el propio Robles (2015, p. 271) afirma que la acción constituye un elemento central en el derecho, incluso más que los de norma, decisión o institución, pues estos últimos solo tienen sentido en cuanto presuponen el concepto de acción.

2. Los ámbitos y su relación con la acción

De lo expuesto hasta ahora, el concepto de acción de Robles (entendida genéricamente como conjunto de movimientos con unidad de significado) resulta ser universalizable por extenderse a cualquier campo de la actividad humana, o incluso natural,

Gregorio
Robles Morchón

Rubén Alberto
Duarte Cuadros

EDITORES

240

APORTES

A LA TEORÍA
COMUNICACIONAL
DEL DERECHO (TCD),
FILOSOFÍA DEL DERECHO
Y TEORÍA JURÍDICA

José J.
Albert Márquez

241

DE LA FILOSOFÍA
DEL LENGUAJE A
LA FILOSOFÍA DEL
DERECHO: APUNTES
SOBRE LA TEORÍA
DE LA ACCIÓN
EN LA TEORÍA
COMUNICACIONAL
DEL DERECHO

en el sentido de no humana. Interesa ahora circunscribir la acción al marco jurídico, para lo que Robles propone el concepto de ámbito. Un ámbito práctico es aquel que solo establece exigencias deónticas, es decir, que tienen su origen en un deber. Por eso Robles considera ámbitos prácticos la moral o los usos sociales; por el contrario, el ámbito óntico-práctico se caracteriza porque requiere, además de exigencias bajo forma de deber, determinados elementos necesarios para la acción (de espacio, tiempo, sujetos, o capacidades de estos), y en este sentido, Robles considera el sistema jurídico como un sistema propio de los denominados ámbitos óntico-prácticos (Robles, 2015, pp. 485 y ss.; Gómez Adanero, 2013, p. 542). De igual modo, es un ámbito óntico-práctico el de los juegos. De ahí la capital importancia en la TCD de la distinción entre normas directas de la acción y normas indirectas de la acción, sobre la que posteriormente volveremos.

Como queda referido, no todo ámbito óntico-práctico es jurídico, pues el de los juegos, siendo óntico-práctico, carece de juridicidad. Es precisamente esta condición, la juridicidad, la que supone el criterio de pertenencia a un ámbito jurídico, viniendo este conformado por la relación entre ordenamiento y sistema jurídico. Robles introduce expresamente el concepto de “ámbito jurídico” y lo desarrolla a partir de la tercera edición (2010) del primer volumen de su teoría del derecho. Así, el ámbito jurídico no es otra cosa que un espacio virtual (comunicacional) que tiene como eje central la dualidad ordenamiento/sistema, alrededor de la cual se generan múltiples procesos de comunicación. Un ámbito jurídico, explica Robles, comprende, pues, al ordenamiento jurídico y al sistema jurídico, y además un conjunto de actos comunicativos (traducibles por tanto en textos concretos) que se producen o pueden producirse en relación con aquellos. Por último, también comprende aquellos actos que en sí no son generadores de texto en sentido estricto, pero que adquieren su sentido desde la “lectura” que se hace de ellos a partir del ordenamiento/sistema (Robles, 2015, p. 489).

En suma, podemos concluir que las acciones jurídicas son aquellas que pertenecen a un ámbito jurídico. Son estas, y solo ellas, las que interesan a la TCD. Con ello, Robles excluye de su

ámbito de estudio las conductas extrajurídicas y las acciones (y conductas) igualmente extrajurídicas.

Conviene, entonces, deslindar de nuevo conceptos. Una conducta es, para Robles, la acción vista desde el punto de vista del deber. De este modo, toda conducta es acción, pero no todas las acciones suponen conductas (Robles, 2015, pp. 307 y ss.). Ese deber calificativo puede ser o no jurídico, por cuanto establecido por una norma de carácter jurídico. En el caso de las acciones jurídicas, estaremos ante una conducta jurídica cuando la acción sea regulada por una norma jurídica deóntica (Gómez Adanero, 2013, p. 559), porque no toda norma jurídica establece un deber, sino solamente la norma deóntica (no así las potestativas ni las procedimentales, en la TCD).

3. La acción en la teoría comunicacional del derecho

3.1. La aproximación al derecho desde el lenguaje de Gregorio Robles

En términos generales, con la palabra “derecho” Robles designa el conjunto de ámbitos jurídicos, tanto de los que han existido como de los que existen en la actualidad y de los que existirán en el futuro (Robles, 2015, p. 485). Como ha quedado consignado con anterioridad, los ámbitos jurídicos son esencialmente comunicacionales y, por tanto, susceptibles de ser puestos por escrito o expresados mediante textos. El derecho, pues, es texto en la visión de Robles. Y el texto, podemos apuntar, es inseparable del lenguaje. Por eso se ha podido afirmar que, desde sus primeros trabajos, el profesor Robles concibió la filosofía del derecho como el análisis del lenguaje de los juristas, sumándose así al llamado “giro lingüístico” en filosofía, que pretendía encontrar en el análisis del lenguaje un nuevo paradigma para el tratamiento y la solución de los problemas de la filosofía (Sánchez Cámara, 2011, p. 221).

En cualquier caso, el enfoque epistemológico que Robles escoge para su análisis del fenómeno jurídico es el lingüístico,

Gregorio
Robles Morchón

Rubén Alberto
Duarte Cuadros

EDITORES

242

APORTES

A LA TEORÍA
COMUNICACIONAL
DEL DERECHO (TCD),
FILOSOFÍA DEL DERECHO
Y TEORÍA JURÍDICA

José J.
Albert Márquez

243

DE LA FILOSOFÍA
DEL LENGUAJE A
LA FILOSOFÍA DEL
DERECHO: APUNTES
SOBRE LA TEORÍA
DE LA ACCIÓN
EN LA TEORÍA
COMUNICACIONAL
DEL DERECHO

que tiene por objeto el conocimiento del texto que expresa el derecho, o lo que es lo mismo, el lenguaje en que se expresa (Robles, 1984, pp. 25-27). En el planteamiento metodológico de *Las reglas del derecho y las reglas de los juegos*, Robles precisa que en todo caso (aun cuando las reglas se emitan en lenguaje simbólico, o consuetudinario) es necesario comprender el término lenguaje en su significado más amplio: como instrumento susceptible de generar comunicación. Prosigue: en todo caso, sea cual sea la forma concreta del lenguaje en que la regla jurídica se manifieste, siempre es posible “traducirla” al lenguaje escrito.

La dimensión lingüística del derecho es tan ineludible y decisiva como en el juego (Robles, 1984, p. 26) (Searle también aludía a las relaciones entre los actos del habla y los juegos: v. gr., Searle, 1980, pp. 21 y ss.). Y en la *Introducción a la teoría del derecho* (1988), Robles reconoce expresamente la división semiótica de Morris como camino para comprender el significado de la expresión “análisis del lenguaje de los juristas” (Robles, 1988, p. 211). Como es sabido, Morris, bajo el influjo de la obra de Peirce, teorizó la semiótica como ciencia. En sus *Fundamentos de la teoría de los signos*, Morris afirma que en términos de los tres correlatos (vehículo sígnico, designatum, intérprete) de la relación triádica de semiosis, puede abstraerse –para convertirse en objeto de estudio– una serie de relaciones diádicas. Pueden estudiarse las relaciones de los signos con los objetos a los que son aplicables.

Esta relación recibirá el nombre de *dimensión semántica de las semiosis* y la simbolizaremos con el signo «Dsem»; el estudio de esta dimensión se denominará semántica. Pero el objeto de estudio también puede ser la relación de los signos con los intérpretes. En este caso, la relación resultante se denominará *dimensión pragmática de la semiosis* y la simbolizaremos como «DP»; el estudio de esta dimensión recibirá el nombre de *pragmática* (Morris, 1985, p. 31). De ahí Robles expresa que Morris entiende la semiótica como una “teoría de los signos”, si bien estos pueden ser contemplados desde tres perspectivas diferentes: la perspectiva de la pragmática, cuando el

lenguaje (signos) es investigado en relación con el hablante; la perspectiva de la semántica, cuando las expresiones lingüísticas son relacionadas con sus objetos designados u objetos de referencia; y, por último, la perspectiva sintáctica, cuando las expresiones lingüísticas son investigadas en su forma, esto es, en la manera en que los signos se relacionan recíprocamente desde un punto de vista meramente formal (Robles, 2009, p. 211).

En este esquema pragmática-semántica-sintaxis, es prioritaria o fundamental la pragmática, como uso de lenguaje y como momento de la creación del texto. La semántica (significado del lenguaje) y la sintaxis (forma del lenguaje) se refieren al momento del texto ya creado. Las tres parcelas semióticas (pragmática, semántica y sintaxis) confluyen en la tarea interpretativo-constructiva de la hermenéutica (Robles, 2009, p. 212).

Es claro, en consecuencia, el origen lingüístico de la categorización triádica de Robles entre “teoría de la dogmática jurídica” (semántica jurídica), “teoría de la decisión jurídica” (pragmática jurídica) y “teoría formal del derecho” (sintáctica jurídica). De igual modo, se ha notado (Gómez Adanero, 2011, p. 536) que la textura lingüística del derecho propicia una serie de analogías entre ambos que pueden advertirse poniendo en relación la distinción hecha por los lingüistas con respecto a las nociones de lenguaje, lengua y habla, asimilables, respectivamente, a las nociones jurídicas de derecho, ordenamiento y acción jurídica.

3.2. Conceptuación de la acción en la TCD. Influencias de la filosofía del lenguaje

Para abordar la teoría de la acción en la TCD, es preciso remontarse al concepto de norma jurídica en la propia TCD. Esta se puede definir como “proposición lingüística perteneciente a un sistema proposicional expresivo de un ordenamiento jurídico, cuya función (por su sentido) directa o indirectamente es orientar o dirigir la acción humana” (Robles, 2009, p. 69; 2015, p. 215). Las normas de derecho, como expresiones lingüísticas que son, tienen una función interna o inmanente al sistema jurídico: dirigir la acción. Pero esa función directiva la pueden

Gregorio
Robles Morchón

Rubén Alberto
Duarte Cuadros

EDITORES

244

APORTES

A LA TEORÍA
COMUNICACIONAL
DEL DERECHO (TCD),
FILOSOFÍA DEL DERECHO
Y TEORÍA JURÍDICA

José J.
Albert Márquez

245

DE LA FILOSOFÍA
DEL LENGUAJE A
LA FILOSOFÍA DEL
DERECHO: APUNTES
SOBRE LA TEORÍA
EN LA TEORÍA
COMUNICACIONAL
DEL DERECHO

cumplir de dos formas distintas: directa e indirectamente. De aquí el carácter central de la acción en la TCD.

Sin acción no podemos concebir la decisión, y sin esta no existe la norma, ni, por tanto, tampoco el ordenamiento o el sistema. Tal es la importancia basal de la acción en la teoría roblesiana. Volviendo a los tipos de normas jurídicas, las indirectas de la acción (Robles, 2015, pp. 218 y ss.) cumplen la función de establecer los elementos previos a la acción misma: espacio en el que la acción ha de tener lugar, tiempo durante el cual la acción ha de tener lugar, sujetos de la acción, competencias de dichos sujetos y sistema de fuentes (Robles, 2009, p. 69). Son las que Robles denomina normas ónticas, pues crean jurídicamente la acción, y su verbo expresivo es “ser”. Por otra parte, las normas directas de la acción (Robles, 2015, pp. 236 y ss.) son aquellas que contemplan en su expresión lingüística, es decir es sí mismas, una acción (Robles, 2009, p. 70).

Las normas directas de la acción pueden ser procedimentales, potestativas y deónticas. La función de las primeras es determinar en qué consiste la acción y se rigen por el verbo “tener que”; la función de las normas potestativas es delimitar las acciones lícitas, o autorizadas, y se rigen por el verbo “poder”; por último, las normas deónticas son las que establecen los deberes y se expresan mediante el verbo “deber”.

En definitiva, todas las normas en la TCD adquieren sentido por su conexión con la acción, que se constituye como un concepto hermenéutico-analítico o comunicacional (Robles, 2015, p. 277). Es importante señalar que Robles se aparta tanto de una concepción positivista de la acción (que la trataría como fenómeno puramente natural, simples movimientos exteriores perceptibles por los sentidos humanos) como de un planteamiento exclusivamente sociologista, al modo weberiano, de la misma. Así, en su *Sociología del derecho*, el maestro español se cuida de distinguir entre acción en sentido sociológico-jurídico y acción en sentido jurídico, o acción jurídica.

La acción en el sentido sociológico-jurídico, o acción socio-jurídica, es la acción social cuyo significado proviene de la interpretación que se le atribuya a la luz del derecho válidamente establecido; la acción social, a su vez, es la acción cuyo significado proviene de un contexto de interpretación que podemos denominar orden social, caracterizado por las pautas de interdependencia entre los miembros del grupo, que atribuyen a sus acciones y a las de los demás significados específicos en virtud de lo que es “normal” o “esperado” dentro de un contexto general de orden en convivencia (Robles, 1997, p. 90). La acción en el sentido sociológico-jurídico hay que distinguirla de la acción jurídica, pues la interpretación de esta última corresponde exclusivamente al punto de vista establecido por la norma, de tal forma que todos los demás elementos (sociales, psicológicos) que acompañan a la conducta concreta carecen de relevancia para su significado jurídico (Robles, 1997, p. 92; Medina y Robles, 2007, pp. 39 y ss.).

Con este posicionamiento, Robles busca fijar un concepto estrictamente jurídico de acción, o como se ha dicho con más propiedad, un concepto de acción filosófico-jurídico (Gómez Adanero, 2011, p. 547). Sin embargo, esto no quiere decir que el concepto de acción en la TCD no presente evidentes similitudes con la filosofía de la acción de autores como el filósofo del lenguaje inglés John Searle o el francés Paul Ricoeur. Esto ya ha sido puesto de relieve por Mercedes Gómez, pero creemos posibles algunos desarrollos adicionales.

Así, el filósofo y antropólogo francés dedica el primer capítulo de las conferencias agrupadas bajo el título genérico de *El discurso de la acción* precisamente a la conferencia titulada del mismo modo. Ricoeur sostiene que al igual que existe una ciencia de la acción (como lo son la psicología o la sociología de la acción), existe igualmente una filosofía de la acción, que es la ética (Ricoeur, 1981, p. 10). Es más, la descripción de la acción es el pilar sobre el que puede construirse la ética (Ricoeur, 1981, p. 25). Para sostener su tesis, Ricoeur propone una investigación previa a la misma ética, una descripción y un análisis de los discursos en los cuales el hombre dice su hacer hacien-

Gregorio
Robles Morchón

Rubén Alberto
Duarte Cuadros

EDITORES

246

APORTES
A LA TEORÍA
COMUNICACIONAL
DEL DERECHO (TCD),
FILOSOFÍA DEL DERECHO
Y TEORÍA JURÍDICA

José J.
Albert Márquez

247

DE LA FILOSOFÍA
DEL LENGUAJE A
LA FILOSOFÍA DEL
DERECHO: APUNTES
SOBRE LA TEORÍA
DE LA ACCIÓN
EN LA TEORÍA
COMUNICACIONAL
DEL DERECHO

do abstracción de alabanzas o censuras mediante las cuales califica su hacer en términos de moralidad (Ricoeur, 1981, p. 11). Según el autor, este decir del hacer puede ser aprehendido en varios niveles: nivel de los conceptos puestos en juego en la descripción de la acción; nivel de las proposiciones donde la propia acción llega a enunciarse; nivel de los argumentos en que se articula una estrategia de la acción.

Así pues, Ricoeur distingue tres niveles del discurso de la acción: conceptual, proposicional y discursivo. En el primer nivel, elabora las nociones primeras o categorías sin las cuales no sería posible darle a la acción su sentido de acción: así, los conceptos de intención, fin, razón de actuar, motivo, deseo, preferencia, elección, agente o responsabilidad. Conserva Ricoeur (1981, p. 13), a tal efecto (si bien con carácter provisional), la distinción entre el universo del discurso en el que se habla de acción, del universo del discurso en que se habla de movimiento. Del primero se ocupa la noción de motivo, del segundo, la de causa (en el sentido de antecedente inidentificable separado del efecto y ligado a este último de forma lógicamente contingente, como quería Hume). Se desliga así la acción humana de los campos del movimiento y de la causa.

En el segundo nivel, analiza la forma lógica de los enunciados sobre la acción, relacionándola precisamente con el análisis de la teoría del *speech act* de Searle. Por último, el tercer nivel de su análisis se refiere a la "discursividad del discurso" en el que el carácter altamente articulado del discurso de la decisión constituye su carácter de estrategia. En consecuencia, una lógica de la acción es entonces la forma más elevada del discurso de la acción (Ricoeur, 1981, p. 17).

Nivel teórico-formal, nivel material y nivel pragmático en el análisis del lenguaje ordinario (no de los juristas, obviamente), desde los cuales Ricoeur construye la red conceptual de la acción. Las posibilidades de teorizar jurídicamente con tales presupuestos son tentadoras, y no resulta extraño que Giuseppe Zaccaria escribiese que, desde hace un decenio hasta hoy, el interés filosófico del último Ricoeur se desplaza progresiva-

mente al plano jurídico (Zaccaria, 1999, p. 634). Sin embargo, para el filósofo francés, los predicados éticos de la red conceptual de la acción (intención, motivo, agente y responsabilidad) se añaden a esta red y la presuponen, de modo que en su tesis el análisis lingüístico puede acompañar a la transición de una teoría éticamente neutra de la acción a una teoría de la acción éticamente cualificada. La dificultad estribará en situar correctamente los imperativos y las normas dentro de la red conceptual de la acción (Ricoeur, 1981, p. 25).

En Ricoeur, pues, el discurso de la acción precede al discurso ético, y este es distinto del discurso descriptivo. Lo es porque ya no puede ser simplemente analítico y descriptivo, y porque introduce nociones como norma, valor, u obligación. El discurso ético es un discurso de la acción sensata (Ricoeur, 1981, p. 26). Se trata, además, del único discurso que se basta a sí mismo y que conecta la ética con la política, como expuso Aristóteles en el libro III de la *Ética a Nicómaco*. Allí, el estagirita distingue la noción neutra de *preferencia* (que abarca tanto la conducta según la justa medida como la que se sustrae a la norma por exceso o por defecto) y la dimensión estimativa, que resulta de la concurrencia de la excelencia (fin, felicidad, virtud) en la acción neutra.

Ahora bien, este discurso, el discurso de la acción sensata, el discurso ético, ya no es descriptivo, es propiamente prescriptivo y constitutivo del sentido mismo de la acción pensada. Engendra el sentido (Ricoeur, 1981, p. 27). En consecuencia, al distinguir dos tipos de discurso, Ricoeur diferencia las funciones y el sentido de acción y norma: la segunda otorga significado ético a la acción (que la precede), la dota de sentido, pero no forma parte de su ser; Ricoeur la concibe como un límite (el límite superior del discurso exigido por la fenomenología lingüística). No ocurre lo mismo en la TCD, en la que Robles relaciona íntimamente los conceptos de acción y sentido (que se adscribe constitutivamente a esta), y como consecuencia, el de norma, que se deriva indefectiblemente de los anteriores. En palabras de Gómez Adanero, allí donde Ricoeur ve la adscripción normativa de "un" sentido a la acción (su sentido ético),

Gregorio
Robles Morchón

Rubén Alberto
Duarte Cuadros

EDITORES

248

APORTES

A LA TEORÍA
COMUNICACIONAL
DEL DERECHO (TCD),
FILOSOFÍA DEL DERECHO
Y TEORÍA JURÍDICA

José J.
Albert Márquez

249

DE LA FILOSOFÍA
DEL LENGUAJE A
LA FILOSOFÍA DEL
DERECHO: APUNTES
SOBRE LA TEORÍA
DE LA ACCIÓN
EN LA TEORÍA
COMUNICACIONAL
DEL DERECHO

Robles ve la adscripción de “el” sentido de la acción (Gómez Adanero, 2011, p. 548). Es el tránsito, en la TCD, de la acción genérica, que puede ser plural, y la tenemos como idea en nuestra mente, y la acción concreta, que se depura de la anterior mediante un acto interpretativo de *calificación* que le atribuye con sentido único determinado (Robles, 2015, pp. 278 y ss.).

Quizás más evidente resulta la influencia de algunos postulados de la obra de Searle en la TCD. John Searle, discípulo de J.L. Austin y P.F. Strawson, en su obra *Actos del habla. Ensayo de filosofía del lenguaje* (1980), sostiene la tesis de que una teoría del lenguaje forma parte de una teoría de la acción, simplemente porque está gobernada por reglas, y si está gobernada por reglas, tiene características formales que admiten un estudio independiente (Searle, 1980, p. 26), aunque no excluyente por puramente formal. La hipótesis de Searle de que el acto del habla es la unidad básica de la comunicación, tomada juntamente con el principio de expresabilidad, sugiere para el autor que existe una serie de conexiones analíticas entre la noción de actos de habla, lo que el hablante quiere decir, lo que la oración (u otro elemento lingüístico) emitida significa, lo que el hablante intenta, lo que el oyente comprende y lo que son las reglas que gobiernan los elementos lingüísticos (Searle, 1980, p. 30).

Toda vez que la tesis básica de Searle es que hablar consiste en realizar actos conforme a reglas (Searle, 1980, p. 31), el filósofo del lenguaje inglés se propone enunciar un *conjunto de condiciones necesarias y suficientes* para la realización de los actos de habla, en aras de extraer, a continuación, de estas condiciones *conjuntos de reglas semánticas para el uso* de los dispositivos lingüísticos que caracterizan a las emisiones como actos de habla (la cursiva es nuestra). He aquí un primer esbozo de lo que podría traducirse, en términos de TCD, como normas *directas* de la acción y normas *indirectas* de la acción (Robles, 2015, pp. 218 y ss.). Además, la forma que tomará la hipótesis de Searle es que la estructura semántica de un lenguaje es una realización convencional de conjuntos de reglas constitutivas subyacentes, y que los actos de habla son actos realizados característicamente de acuerdo con esos conjuntos

de reglas constitutivas (Searle, 1980, p. 46). Convencional será, esencialmente, la norma jurídica en la TCD (Robles, 2015, pp. 301 y ss.), y realizar acciones es actuar de acuerdo a reglas, según la TCD (Robles, 2015, p. 283).

A continuación, Searle distingue conceptualmente entre géneros diferentes de actos de habla, y discute las nociones de proposición, regla, significado y hecho. Nos detendremos brevemente en lo que toca a las reglas y a los hechos, para poner de manifiesto su “aire de familia” con la TCD.

Al abordar la noción de regla (Searle, 1980, pp. 42 y ss.), el autor diferencia dos clases distintas de reglas, que denomina reglas *regulativas* y reglas *constitutivas*. Y aunque confiesa que no encuentra fácil clarificar la distinción, a pesar de estar seguro de ella, claramente explica que las reglas regulativas regulan formas de conducta existentes independiente o antecedentemente; por ejemplo, muchas reglas de etiqueta regulan relaciones interpersonales que existen independientemente de las reglas. Pero las reglas constitutivas no regulan meramente: crean o definen nuevas formas de conducta. Y prosigue con un ejemplo familiar para los cultores de la TCD: las reglas del fútbol o del ajedrez, por ejemplo, no regulan meramente el hecho de juzgar al fútbol o al ajedrez, sino que crean, por así decirlo, la posibilidad misma de jugar tales juegos. Las actividades (acciones, diría Robles) de jugar al fútbol o al ajedrez están constituidas por el hecho de actuar de acuerdo con las reglas apropiadas (Searle, 1980, p. 43). Además, en la tesis de Searle, las reglas constitutivas se caracterizan por dos fórmulas: a) la creación de reglas constitutivas crea, por así decirlo, la posibilidad de nuevas formas de conducta; y b) las reglas constitutivas tienen a menudo la forma: X cuenta como Y en el contexto C (Searle, 1980, p. 44) (esta segunda fórmula abre sugerentes vías para la negación de la mal llamada “falacia naturalista”, como el propio Searle demuestra).

Las reglas regulativas, por su parte, regulan una actividad preexistente, una actividad cuya existencia es lógicamente independiente de las reglas. Las reglas constitutivas constituyen (y también re-

Gregorio
Robles Morchón

Rubén Alberto
Duarte Cuadros

EDITORES

250

APORTES

A LA TEORÍA
COMUNICACIONAL
DEL DERECHO (TCD),
FILOSOFÍA DEL DERECHO
Y TEORÍA JURÍDICA

José J.
Albert Márquez

251

DE LA FILOSOFÍA
DEL LENGUAJE A
LA FILOSOFÍA DEL
DERECHO: APUNTES
SOBRE LA TEORÍA
EN LA TEORÍA
COMUNICACIONAL
DEL DERECHO

gulan) una actividad cuya existencia es lógicamente dependiente de las reglas. Para Searle, las reglas regulativas toman la forma de imperativos, y las constitutivas, por su propia naturaleza, tienen un carácter casi tautológico (Searle, 1980, p. 43), pues lo que la regla parece ofrecer es una parte de la definición de su objeto-ser (por ejemplo, una definición de jaque mate en el ajedrez).

En lo atiente a los hechos, Searle distingue claramente (Searle, 1980, pp. 58 y ss.) entre hechos brutos y hechos institucionales. Esto, porque parte de que existe en nosotros cierta representación de lo que constituye el mundo y lo que constituye nuestro conocimiento sobre el mundo. En esta representación, el mundo consta de hechos brutos y el conocimiento es de estos hechos brutos: existen “paradigmas de conocimiento”, como los llama Searle, y estos forman el modelo de todo conocimiento. Estos paradigmas (que varían enormemente, desde “esta piedra está al lado de aquella piedra” hasta “los cuerpos se atraen con una fuerza inversamente proporcional al cuadrado de sus distancias y directamente proporcional al producto de sus masas”) comparten la característica de que los conceptos que componen el conocimiento son esencialmente físicos, o, en su versión dualista, que son físicos o mentales. El modelo de conocimiento sistemático de este género es el de las ciencias naturales, y las bases para todo tipo de conocimiento de este género se supone que son simples observaciones empíricas que registran experiencias sensoriales. Es evidente que ética y estética escapan a estos parámetros, pero no es menos cierto que existen muchas clases de hechos, y hechos que son obviamente hechos objetivos, y no asuntos de opinión, sentimiento o emoción, a los que resulta imposible asimilar a esta representación del mundo puramente naturalista-cientifista. Es aquí donde toma sentido la propuesta de Searle de denominar a este grupo de enunciados “hechos institucionales”.

El ejemplo que Searle utiliza al efecto es muy ilustrativo: cualquier periódico registra hechos del siguiente tipo: el señor Martínez ha contraído matrimonio con la señorita García; el Sporting ha vencido al Rayo por tres tantos a dos; a Pérez se le ha hallado convicto de robo; el Parlamento aprobó la investidura

(Searle, 1980, p. 59). En estos casos no existe una manera fácil en que la representación naturalista-cientifista pueda dar cuenta de hechos como esos, porque los eventos físicos y las sensaciones brutas cuentan solamente como parte de tales eventos, dadas otras determinadas condiciones y en contraste con un trasfondo de ciertos géneros institucionales.

Así, la existencia de los hechos institucionales, a diferencia de los brutos, presupone la existencia de ciertas instituciones humanas. Estas “instituciones” son sistemas de reglas constitutivas. Las descripciones de los hechos brutos pueden explicarse en términos de hechos institucionales, pero los hechos institucionales solo pueden explicarse en términos de las reglas constitutivas subyacentes (Searle, 1980, p. 61).

Robles, por su parte, construye un concepto de acción social –sociológico– (como hemos apuntado con anterioridad) válido para el ámbito sociológico, y otro de acción sociológico-jurídico, determinado por aquellos actos humanos a los que el derecho conecta consecuencias jurídicas (Robles, 2015, p. 305). Y, en cualquier caso, la acción jurídica concreta precisa de una labor previa de interpretación, que requiere, a su vez, de una *precomprensión* del mundo sociocultural en el que se producen las acciones, y que tanto el emisor como el intérprete deben conocer, porque el sentido de la acción viene dado por la atribución social de significado, a tenor de la pauta social *normal* en una sociedad determinada (Robles, 2015, p. 287). Por eso mismo la acción jurídica es meramente convencional (Robles, 2015, pp. 301 y ss.; Lima, 2011, p. 563) (no obedece necesariamente a un tipo de necesidad lógica ni natural), como convencionales son para Searle los lenguajes (Searle, 1980, p. 47), del mismo modo que las convenciones son plasmaciones de reglas (Searle, 1980, p. 49).

El profesor español reconoce expresamente que el lenguaje solo tiene lugar mediante actos, que son, precisamente, *actos del habla* (cursiva en el original) que se manifiestan al exterior, explica, como un conjunto de movimientos, y siendo la lengua un fenómeno social, se hace preciso comprender dichos movimientos y “traducirlos” en su sentido de acciones (Robles,

Gregorio
Robles Morchón

Rubén Alberto
Duarte Cuadros

EDITORES

252

APORTES

A LA TEORÍA
COMUNICACIONAL
DEL DERECHO (TCD),
FILOSOFÍA DEL DERECHO
Y TEORÍA JURÍDICA

José J.
Albert Márquez

253

DE LA FILOSOFÍA
DEL LENGUAJE A
LA FILOSOFÍA DEL
DERECHO: APUNTES
SOBRE LA TEORÍA
DE LA ACCIÓN
EN LA TEORÍA
COMUNICACIONAL
DEL DERECHO

2015, p. 287). Con ello creemos que se cierra el círculo de las influencias de la filosofía del lenguaje de Searle en la TCD de Robles, que denota un claro carácter constructivista en lo que al concepto de acción jurídica se refiere.

Conclusiones

Con la excepción de la *Teoría general del derecho* de Carnelutti (donde distingue entre hechos y actos, sobre la base de las categorías de manifestación estática o dinámica de la realidad), no existe en sede de teoría del derecho una construcción dogmática completa de la acción, válida para cualquier rama jurídica. Gregorio Robles aborda esta problemática y construye una fundamentada teoría (comunicacional) de la acción jurídica, al margen del concepto físico o sociológico-jurídico de la misma.

Dicha construcción teórica la desarrolla el profesor Robles en el marco de su teoría formal del derecho (sintaxis jurídica), toda vez que la propia TCD, inspirada en la filosofía del lenguaje, y concebida genéricamente como análisis del lenguaje de los juristas, se divide en sintaxis, semántica y pragmática jurídicas. En este sentido, la influencia de la división de la semiótica de Morris es declarada, como se ha visto, por el propio Robles.

Con Paul Ricoeur, Robles comparte la concepción de que las acciones están sujetas a reglas, pero escapa el profesor español a la eticidad que nuclea la obra del francés. Ricoeur estima que la acción preexiste a la norma, y que la función de esta es aportar precisamente la calificación ética, que no constitutiva; por el contrario, Robles relaciona íntimamente las ideas de acción, norma, e incluso contenido, pues siendo la acción un concepto que depende de la interpretación, el contenido de la acción concreta vendrá determinado justo por el contenido concreto que socialmente le sea adscrito con habitualidad o normalidad.

Por último, siendo la acción el concepto basal de la estructura funcional o finalística de la TCD, la summa divisio de la acción en la TCD, la que conduce a la división entre normas directas y normas indirectas de la acción, resulta ser un trasunto, *mutatis*

mutandis, de la distinción de John Searle entre reglas regulativas y reglas constitutivas del lenguaje; de un lenguaje que, además, es concebido sobre la existencia de reglas (como las acciones jurídicas de la TCD) convencionales.

Los trabajos de Ricoeur y Morris se publicaron en España a inicios de la década de los ochenta del siglo anterior, escasamente un par de años antes que las primeras publicaciones de Robles en las que aborda lo que luego se constituirá en la TCD, pero siempre, y desde un primer momento, partiendo del análisis del lenguaje de los juristas. A mi juicio, el gran mérito de Robles es justo ese: haber realizado la ingente tarea dogmática de construir una completa teoría de la acción dentro de la teoría (o filosofía, según el autor) del derecho. No es poco.

Referencias

- Albert Márquez, J.J. (2017a). Método y Dogmática Jurídica en la TCD. En G. Robles e P. de Barros Carvalho (Coord.). *Teoria Comunicacional do Direito: Diálogo entre Brasil e Espanha*. Vol. II. (pp. 481-503). São Paulo, Brasil: Noeses.
- Albert Márquez, J.J. (2017b). Las Reglas del Derecho y Las Reglas de los Juegos. De la Teoría analítica del Derecho a la Teoría Comunicacional del Derecho en la obra de Gregorio Robles. En D. Medina (Ed.). *La Teoría Comunicacional del Derecho a examen* (pp. 43-76). Cizur Menor (Navarra): Civitas Thomson Reuter.
- Carnelutti, F. (2003). *Teoría General del Derecho. Metodología del Derecho*. Granada, España: Comares
- Duarte Cuadros, R.A. (2018). Influencias filosóficas en la Teoría Comunicacional del Derecho a partir de la pragmática de Peirce. En L. Ortiz y G. Robles. *Comunicación, Lenguaje y Derecho. Contribuciones a la Teoría Comunicacional del Derecho* (pp. 159-178). Cizur Menor (Navarra), España: Thomson Reuters Aranzadi.
- Gómez Adanero, M. (2011). La acción en la Teoría Comunicacional del Derecho. La acción como texto. En G. Robles e P. de Barros Carvalho (Coord.). *Teoria Comunicacional do Direito: Diálogo entre Brasil e Espanha*. Vol I. (pp. 533-562). São Paulo, Brasil: Noeses.

Gregorio
Robles Morchón

Rubén Alberto
Duarte Cuadros

EDITORES

254

APORTES
A LA TEORÍA
COMUNICACIONAL
DEL DERECHO (TCD),
FILOSOFÍA DEL DERECHO
Y TEORÍA JURÍDICA

José J.
Albert Márquez

255

DE LA FILOSOFÍA
DEL LENGUAJE A
LA FILOSOFÍA DEL
DERECHO: APUNTES
SOBRE LA TEORÍA
DE LA ACCIÓN
EN LA TEORÍA
COMUNICACIONAL
DEL DERECHO

Lima, F. Rister de Sousa (2011). A ação natural, lógica e convencional. En G. Robles e P. de Barros Carvalho (Coord.). *Teoria Comunicacional do Direito: Diálogo entre Brasil e Espanha*. Vol I. (pp. 563-568). São Paulo, Brasil: Noeses.

Medina, D. (2018). Epistemología y teoría comunicacional del derecho: un esfuerzo metodológico. La teoría comunicacional de derecho de Gregorio Robles. En L. Ortiz y G. Robles. *Comunicación, Lenguaje y Derecho. Contribuciones a la Teoría Comunicacional del Derecho* (pp. 55-70). Cizur Menor (Navarra), España: Thomson Reuters Aranzadi.

Medina, D. y Robles, G. (2007). *Introduzione all' Sociologia Giuridica*. Troina (Enna), Italia: Città Aperta Edizioni.

Morris, Ch. (1985). *Fundamentos de la Teoría de los Signos*. Barcelona, España: Paidós.

Ricoeur, P. (1981). *El discurso de la acción*. (Trad. Pilar Calvo). Madrid, España: Cátedra.

Robles, G. (1984). *Las Reglas del Derecho y las Reglas de los Juegos. Ensayo de Teoría analítica del Derecho*. Palma de Mallorca, España: Ed. Facultad de Derecho de Palma de Mallorca.

Robles, G. (1988). *Introducción a la Teoría del Derecho*. (6ª ed.). Barcelona, España: Debate.

Robles, G. (1997). *Sociología del Derecho*. (2ª ed.). Madrid, España: Civitas.

Robles, G. (2009). *La Justicia en los Juegos. Dos ensayos de Teoría Comunicacional del Derecho*. Madrid, España: Trotta.

Robles, G. (2015). *Teoría del Derecho. Fundamentos de Teoría Comunicacional del Derecho*. Vol. I. (6ª ed.). Cizur Menor (Navarra), España: Civitas Thomson Reuter.

Sánchez Cámara, I. (2011). Derecho y Lenguaje. El Derecho como texto. En G. Robles e P. de Barros Carvalho (Coord.). *Teoria Comunicacional do Direito: Diálogo entre Brasil e Espanha*. Vol I. (pp. 221-240). São Paulo, Brasil: Noeses.

Searle, J. (1980). *Actos del habla*. (Trad. Luis M. Valdés Villanueva). Madrid, España: Cátedra.

Zaccaria, G. (1999). Explicar y comprender. En torno a la Filosofía del Derecho de Paul Ricoeur. *Doxa*, 22, 631-642.

Gregorio
Robles Morchón

Rubén Alberto
Duarte Cuadros

EDITORES

256

APORTES

A LA TEORÍA
COMUNICACIONAL
DEL DERECHO (TCD),
FILOSOFÍA DEL DERECHO
Y TEORÍA JURÍDICA

Félix
Francisco
Sánchez
Díaz¹

COMUNICACIÓN,
EXPERIENCIA
Y ACCIÓN (UN
ESTUDIO DE LOS
PRESUPUESTOS
DE LA TCD)

1. Sociedad como comunicación

La sociedad humana es ante todo un fenómeno de comunicación. No es que solo sea posible gracias a la comunicación. Esto es verdad, pero no es toda la verdad: la sociedad es *la comunicación específica (y, por consiguiente, la forma específica de comunidad) de los humanos que viven juntos*. Otros seres vivos forman comunidades, y estas también son fenómenos de comunicación. La humana es la única especie del planeta que funda sus comunidades sobre una comunicación basada en el *lenguaje verbal, esto es, en una lengua*. Por eso, en un sentido muy fundamental, es acertado decir, como lo hace Ortega y Gasset, que la lengua es el hecho social

¹ Doctor en Derecho por la Universidad de La Coruña. Licenciado en Derecho por la Universidad de La Laguna (Tenerife). Se desempeña como funcionario en la Comunidad Autónoma de Canarias.



nuclear o radical². En las sociedades humanas la comunicación lingüística es el fenómeno omnipresente. Si desaparece, desaparece la sociedad. La lengua es la más característica y, junto con la matemática, la más desarrollada de las formas de comunicación humana.

Es bien conocida la estructura de la comunicación simbólica (que incluye la comunicación lingüística) establecida académicamente por la semiótica³. Para esta disciplina, la comunicación es un proceso en el que unos *signos* son emitidos a través de un *medio* por un *sujeto* y recibidos por otro *sujeto*, el cual los interpreta, lo que equivale a decir que los dota de una significación concreta. La naturaleza convencional y arbitraria del símbolo lingüístico ha sido afirmada hasta la saciedad, pero, siendo cierto que los símbolos y los sonidos, y asimismo las asociaciones establecidas entre símbolos, sonidos y significaciones tienen un origen, más que convencional, *artificial o social*⁴, también lo es que esa artificiosidad opera en el contexto de una *necesidad imperiosa y acuciante*, sin cuya satisfacción el ser humano como tal hace milenios habría desaparecido de la faz de la Tierra⁵. Se trata de la necesidad de mantener unida la comunidad humana a través de una red no física que permita a todos saber lo mismo, sentir lo mismo, actuar por igual o de manera coordinada, y asimismo conocerse y reconocerse, distinguirse del entorno, diferenciarse de él⁶. Esta red no física es la *comunicación y es el fenómeno social nuclear*.

2 "... es la lengua el hecho en que más clara y puramente se dan los caracteres de la realidad social y, por eso, en el que se manifiesta con incalculable precisión el ser de una sociedad" (Ortega y Gasset, 1964a, pp. 237-238).

3 Vid., al respecto, la voz "Semiótica" en el *Diccionario de Filosofía* de José Ferrater Mora (1979).

4 La idea de "convencionalidad" apela a un consenso o concordancia de las voluntades entre los miembros de las comunidades humanas que no se corresponde en absoluto con la forma en que los usos (y las lenguas son una forma de uso) se extienden entre los humanos. El uso, como bien señaló Ortega y Gasset, tiene una nota de *imposición sobre la voluntad* que no se corresponde ni con la idea de convención ni con la nota de "arbitrariedad" que es usual asignar a los símbolos humanos (Véase, al efecto, especialmente el capítulo IX ("meditación del saludo") de "El hombre y la gente". En Ortega y Gasset (1964a, pp. 201 y ss.).

5 Sobre la arbitrariedad del signo lingüístico y sus límites, véase Benveniste (1997, pp. 51 y ss.).

6 Dice Ortega y Gasset que el lenguaje surge de una necesidad experimentada por el hombre, de comunicar a los demás, no tanto los sucesos exteriores de los que es testigo,

La comunicación puede tener objetos muy diversos: sentimientos, conocimientos, ideas, proyectos, directivas... y puede ser una finalidad en sí misma o bien puede ser medio para otros fines. Sea cual sea su objeto, sea cual sea su finalidad, la comunicación mantiene ciertas notas fijas o permanentes: el basarse en un *código* compartido que conecta signos con significaciones, el empleo de los diversos *medios de comunicación*, esto es, sistemas que hacen posible la ampliación o extensión a voluntad del ámbito de los receptores, en función de la necesidad del emisor, y el que tanto el código como los medios de comunicación le son *impuestos* tanto a emisor como a receptor⁷. Por último, la comunicación específicamente humana conforma "sistemas"⁸.

(cont. nota 6) como su propia intimidad de sujeto fantasioso, de su "mundo interior". Sostiene el pensador madrileño que es precisamente la necesidad de decir cosas que no "están ahí", en el contorno del hombre, sino en su interior, apremiándole para salir al exterior: "Sólo un animal que 'tiene mucho que decir' sobre lo que no 'está ahí', en el contorno, se verá obligado a no contentarse con un repertorio de señales, sino que choca con la limitación que éste representa, y este choque le lleva a superarlo" (Ortega y Gasset, 1964a, p. 249).

Incide así Ortega en lo que la comunicación supone como proceso esencial de constitución de una comunidad humana. La comunicación *hace posible* que todos *compartamos* lo que sentimos, pensamos, sabemos o queremos. Justamente en eso consiste la comunidad humana, que no es solo una comunidad en la supervivencia, en la biología, en la necesidad o en los intereses.

7 Dice, una vez más, Ortega y Gasset (1964b), en concreta relación con la lengua como hecho social: "Téngase en cuenta que la lengua no es, sin más ni más, el modo de hablar de cada individuo, sino que es el modo de hablar colectivo, el sistema de signos verbales y combinaciones de ellos que tiene vigencia, como medio de expresión, en una colectividad. Si cada individuo se expresase a su antojo, no lograría lo que al hablar se propone, que es ser entendido de los demás. Para conseguir esto con máxima probabilidad tendrá que echar mano de los signos preestablecidos y decir las cosas como se dicen. En todo momento encuentra cada individuo ante sí constituida la lengua, y si quiere ser entendido, no tiene más remedio que contar con ella como al circular por la ciudad se ve obligado a contar con la disposición de las calles. La lengua es un hecho social y no un hecho personal: cada uno de sus elementos, por ejemplo, cada giro expresivo, cada cambio en la pronunciación se originó, sin duda, en algún individuo, pero ese giro y ese cambio fonético no son lengua si no han dejado de ser cosa del individuo y no se han transformado en vigencia anónima que se impone a todos los individuos, incluso al que los engendró" (pp. 267-268).

8 Ferrater Mora (1979) da una definición intelectualista de "sistema", entendido como un "conjunto de elementos relacionados entre sí y armónicamente conjugados". Es una definición tosca, según sus propias palabras, que plantea en primer lugar "la cuestión de saber si tales 'elementos' son entidades o bien se trata de conceptos o enunciados" (voz: "Sistema").

Sistema es también, a primer golpe de vista, un concepto emparentado con el concepto de *relación* y con la idea de "orden". El orden es la relación, conocida o previsible, de un elemento con el todo. Ese todo puede ser la idea de perfección o, si se prescinde de tales idealismos, los demás elementos del conjunto de lo que hay. En cualquier caso, orden es relación.

Gregorio
Robles Morchón

Rubén Alberto
Duarte Cuadros

EDITORES

258

APORTES

A LA TEORÍA
COMUNICACIONAL
DEL DERECHO (TCD),
FILOSOFÍA DEL DERECHO
Y TEORÍA JURÍDICA

Félix Francisco
Sánchez Díaz

259

COMUNICACIÓN,
EXPERIENCIA Y
ACCIÓN (UN ESTUDIO
DE LOS PRESUPUESTOS
DE LA TCD)

Parece lo más acertado considerar la sistematicidad como una propiedad de la acción humana en general. Esta propiedad aparece, ya de forma premonitoria, en nuestro lenguaje transfiriéndose de ahí a todo “nuestro mundo”, pues el mundo solo “es con nosotros”⁹. La necesidad de orden que es propia de la comunicación lingüística ha hecho triunfar a la idea de sistema en todos los campos de la acción humana. En todos ellos existe una necesidad de *organización*, la cual se atiende ya desde la misma formulación lingüística de las situaciones que se plantean al hombre para atenderlas y resolverlas mediante una acción decisiva.

Esta nota de la *sistematicidad* en la comunicación es por tanto predicable en general del conjunto de las actividades humanas, y será a la postre la clave misma del *dominio* humano sobre sí, sobre los demás seres humanos y sobre la Naturaleza. Los sistemas son formas de organización precisa de la acción humana (tanto de finalidad teórica como transformadora, y tanto de los procedimientos como de sus resultados: ciencia, artefactos, derecho...), pero es preciso percatarse de que ante todo son (como no puede ser de otro modo, tratándose de obras humanas) *fenómenos de comunicación*. Todo sistema de la acción es ante todo un sistema comunicacional, pues no se puede concebir sin comunicación, y no adquiere existencia social sin ella.

Para entendernos, los humanos debemos expresarnos con orden. Nuestras palabras deben estar situadas en lugares re-

9 De nuevo nos apoyamos en algunas de las ideas de Ortega y Gasset al respecto. El filósofo español parte de su tesis metafísica principal: la realidad última, *mi vida*, conduce a una indisoluble relación entre el yo y las cosas; la respuesta a la pregunta “¿quién existe?” es “yo con las cosas”. Desde un planteamiento de *pura evidencia*, es una verdad más primaria la de que existe el “yo con las cosas”, “mi vida”, que todas las verdades que seamos capaces de descubrir respecto al conocimiento.

La tesis orteguiana es una síntesis de las del realismo y el idealismo metafísicos. En ella, curiosamente, el aspecto principal no lo constituye ni el yo, ni las cosas, ni uno y otras, sino el *con*: es decir, la transición o conexión entre el yo y las cosas; el dinamismo de esta conexión, que se vuelve así *relación*: la involucración del yo en las cosas, y la constitución de las cosas como tales ante el yo. Esta síntesis cobra su carácter plenamente dinámico cuando es caracterizada por Ortega como “mi vida”, que no es ni lo puramente biológico, ni lo puramente espiritual, sino también la combinación activa de lo uno y lo otro en un proyecto, en futurición, en quehacer, en preocupación. Cfr. Ortega y Gasset (1993, pp. 190-191, 207-210, 212).

conocibles de la frase, que permitan apreciar claramente las relaciones entre unas y otras. Del mismo modo, nuestras frases deben aparecer en lugares reconocibles del discurso (*sintaxis*). De hecho, la frase será una frase, y el discurso un discurso, y no una mera sucesión de sonidos sin significado, siempre que sean proferidos siguiendo un cierto orden, más o menos flexible, cierto, pero presente siempre en toda comunicación. Asimismo, la relación entre palabras y entre estas y sus significados se organiza dentro una lengua de forma sistemática (semántica), como la lingüística se encarga de mostrarnos¹⁰.

Por su parte, la necesidad cognoscitiva precisa de un abordaje organizado, que permita presentar a la comunidad un panorama más claro, más sencillo que el primigenio caos de las percepciones, *comprensible*, ante el que resulte más fácil encauzar la acción solucionadora. El lenguaje *presta* entonces al mundo su capacidad organizadora, que por otro lado no es más que reflejo de la voluntad y de la capacidad organizadora del hombre: voluntad y capacidad que lo es a título de *dominio*, incluso de *auto-dominio*, y de la que mana esa poderosa cualidad sistémica del lenguaje. Es plausible, pues, sostener que “*sistema*” es, *para empezar*, “*orden en la expresión*”.

El hombre tiende a ver el sistema del mundo, y ello le habilita para actuar sobre él, de acuerdo con su necesidad, de forma “sistemática”. De esta forma, el sistema está a) en el lenguaje que permite comunicarse a los hombres y, por consiguiente, b) en su propia comunicación, c) como la sociedad es por antonomasia comunicación, el sistema está también en todos los fenómenos sociales en cuanto son fenómenos comunicacionales, d) en el conocimiento, que es una reelaboración lingüística de la experiencia y se transmite por vía comunicacional, social, y e) en la acción transformadora del hombre, que es reflejo y resultado de su conocimiento; además, cuando es acción social,

10 La conexión entre los conceptos de “lengua” y de “sistema” es omnipresente en la lingüística desde su fundación por Ferdinand de Saussure. Las citas que lo demuestran podrían no acabar nunca. Nos conformaremos, pues, y no es poco, con citar al padre de la disciplina, en su *Cours de linguistique générale* (Saussure, 1995), *passim*.

Gregorio
Robles Morchón

Rubén Alberto
Duarte Cuadros

EDITORES

260

APORTES

A LA TEORÍA
COMUNICACIONAL
DEL DERECHO (TCD),
FILOSOFÍA DEL DERECHO
Y TEORÍA JURÍDICA

Félix Francisco
Sánchez Díaz

261

COMUNICACIÓN,
EXPERIENCIA Y
ACCIÓN (UN ESTUDIO
DE LOS PRESUPUESTOS
DE LA TCD)

es comunicación, de donde resulta que en la acción social hay comunicación, conocimiento resultante, transformación de dicho conocimiento en nueva comunicación y probablemente retransmisión junto con la acción social del propio conocimiento (acertado o erróneo, esa es otra cuestión) en que se funda.

Así pues, el esfuerzo sistematizador del hombre no es una impostura. El hombre busca conscientemente el *sistema del mundo*, y gracias a ello lo encuentra. Por otra parte, no lo encontraría si no estuviera ya allí. No importa cuán erróneos sean los concretos "sistemas" que el hombre vaya diseñando a lo largo de la historia de la ciencia. El siguiente suele explicar el mundo mejor que el anterior. La objetividad del sistema es, pues, social (lingüística, comunicacional). La objetividad del conocimiento es social y también derivada de la independencia del mundo exterior respecto del sujeto investigador.

Gregorio
Robles Morchón

Rubén Alberto
Duarte Cuadros

EDITORES

262

2. Comunicación de la experiencia ("sistemas de comunicación de la experiencia") y comunicación para la acción ("sistemas de la acción")

Podría intentarse una gran clasificación de todas las formas de comunicación posibles entre humanos, siguiendo un criterio teleológico. Así, cabe distinguir entre aquellas formas de comunicación cuya meta es la comunicación en sí (ejemplos: música, literatura, pintura, escultura, cine, en relación con todas ellas se solía usar la expresión latina "ars gratia artis") y aquellas otras que tienen una finalidad práctica más próxima o más remota (filosofía, moral, ciencia, tecnología, etc.). Todas estas formas de comunicación parten de una experiencia preexistente, si bien no todas tienen por función trasladarla fielmente al público. Casi todas transforman la experiencia del comunicador (una experiencia sensorial, estética, mística, o bien una experiencia ya transformada, convertida en datos, mediciones, esquemas). La diferencia entre unas y otras radica en la calidad de la transformación, y esta viene dada asimismo por la finalidad comunicativa básica o esencial. Por eso, formas de comunicación aparentemente pegadas a la experiencia como

el cine y la narrativa, sin embargo, por su finalidad, que es la pura contemplación, la recreación del público, transforman dicha experiencia siguiendo las reglas específicas del arte (narrativo, cinematográfico), con la finalidad de producir una nueva experiencia en el público, acorde con la finalidad recreativa. En cualquier caso, las formas de comunicación cuya meta es la comunicación en sí, típicamente no buscan orientar la acción del público. Cuando a pesar de todo lo hacen, reciben otro nombre, propaganda, y aparece entonces una forma de comunicación que tiene permitido mezclar las reglas de las dos anteriores para inducir al público de forma subrepticia a aceptar ciertos sentimientos, ideas y cursos de acción como normales y a participar en ellos.

Este trabajo no es un estudio de la comunicación artística. Tampoco es un estudio de la propaganda. Antes bien, el objeto de este trabajo es la comunicación de experiencia para orientar rectamente la acción del hombre. Una comunicación seria y honestamente encaminada a facilitar dicha orientación, y que se distingue en este sentido netamente de toda propaganda porque sus reglas comunicacionales están explícitamente ordenadas a que la comunicación satisfaga los requisitos de una recta orientación: una orientación que parta del conocimiento de lo que hay y que se enderece a la persecución de fines considerados como buenos. Así pues, aquí se tratará únicamente de la comunicación de la experiencia para orientar rectamente la acción, en cuanto dentro de ella se incluye la comunicación jurídica.

La obtención de experiencia y la organización de la acción son dos necesidades básicas en cualquier sociedad animal y humana. Nuestras opciones de supervivencia como grupo y como especie están ligadas (y los humanos somos conscientes de ello, en una medida en que las demás especies animales no lo son) a la perfección con la que logramos comunicarnos. No puede negarse la conexión esencial, nuclear, que existe entre experiencia y acción humana. Esto lo ha sabido ver el pragmatismo filosófico, en una de sus tesis más criticadas, probablemente porque, siendo certera, ponía el énfasis allí donde toda la filosofía sustancialista no aceptaba que hubiera nada

Félix Francisco
Sánchez Díaz

263

COMUNICACIÓN,
EXPERIENCIA Y
ACCIÓN (UN ESTUDIO
DE LOS PRESUPUESTOS
DE LA TCD)

APORTES
A LA TEORÍA
COMUNICACIONAL
DEL DERECHO (TCD),
FILOSOFÍA DEL DERECHO
Y TEORÍA JURÍDICA

epistémicamente importante: en la acción del hombre. Para todo buen sustancialista, este es una versión imperfecta, en su ser y en sus acciones, del universo dinámico, en funcionamiento, que sería el único objeto digno de ser conocido por el hombre. La idea de experiencia como tipo de acción, susceptible de ser enriquecida por la experiencia de la acción, tanto propia como ajena, tendrá una importancia capital en este trabajo.

La acción humana está siempre ligada a la necesidad y al conocimiento: no siempre se actúa por necesidad, pero siempre se actúa teniéndola en cuenta, es decir, conociendo (la existencia del error no desmonta esta idea: el error es condición del fracaso de la acción, y solo se actúa plenariamente cuando se actúa "con éxito"). El conocimiento circula a través de los signos humanos y se concreta en su acción comunicativa, técnica y social. El lenguaje interviene en el proceso cognoscitivo de dos maneras: 1ª) *semióticamente*, es decir, proporcionando signos que sirven como "portadores" de significaciones, y 2ª) *semánticamente*, es decir, cuidando la expresión del acto de habla, de modo que las significaciones aportadas por los signos empleados compongan enunciados que sean *consistentes con la experiencia*.

El ser humano procesa la experiencia (la cual a su vez ocurre dentro de la acción, como parte de ella, en concreto, como uno de sus resultados) y la convierte en toda una plétora de otras acciones (que incluyen desde nuevas experiencias hasta otras acciones encaminadas a las más diversas finalidades en todos los entornos, desde el físico hasta el emocional). Ahora bien, el proceso de convertir la experiencia en acción, al igual que el de convertir la acción en experiencia, y el de convertir metas en experiencias y acciones y a la inversa... todos estos procesos se verifican *comunicacionalmente*. Es en la comunicación y a través de la comunicación como convertimos la experiencia en conocimiento y el conocimiento en *técnica* (*techné*, praxis, acción¹¹), de tal modo que se puede afirmar que presentan

11 Vid. José Ferrater Mora (1979), *Diccionario de Filosofía*, voz "Técnica": la *techné* es una habilidad mediante la cual se transforma una realidad natural en una realidad artificial. Pero no es una simple habilidad, sino una que sigue ciertas *reglas*.

una común dimensión comunicacional. El lenguaje verbal es un ingrediente básico de un cierto tipo de acción: la comunicación verbal o lingüística; por otro lado, sin lenguaje y sin comunicación verbal o lingüística, no es posible el desarrollo del conocimiento racional o "ciencia"; finalmente, sin "ciencia" (es decir, sin la comunicación del conocimiento racionalmente adquirido) y sin comunicación de sistemas de intervención humana transformadora del entorno (que en este trabajo se denominan, por abreviar, "sistemas de la acción"), no le es posible al hombre *actuar*, esto es, organizar su movimiento de modo consciente, con la finalidad de conseguir una determinada modificación de su entorno.

La dimensión comunicacional del conocimiento no debe llevarnos, sin embargo, a confundir el proceso del conocimiento con el medio de comunicación que lo hace posible. El conocimiento parte de sucesos que son precomunicacionales, y conduce a estados que no son posibles sin la comunicación, pero que no se limitan a ser comunicación. Es innegable la íntima compenetración del lenguaje en el proceso constituyente del conocimiento o experiencia. Pero dicho proceso no se reduce a su componente lingüístico, por más esencial que sea. Es necesario apoyarse en la lingüística para entender por qué parece a veces que el lenguaje es el conocimiento y a veces parece que es un mero vehículo. Acudamos, a tal efecto, a Émile Benveniste y a su diferenciación entre semiótica y semántica. La *semiótica* estudia los signos, que no son más que representantes de nuestras percepciones internas y que solo tienen propiamente significado, el cual se construye socialmente (ni siquiera convencionalmente, sino como un automatismo social). La *semántica* estudia el acto de comunicar y está relacionado con las acciones del hombre: acciones individuales y, presuntamente al menos, racionales¹².

12 Según Émile Benveniste (1999), es necesario diferenciar la *semiótica*, ciencia de los signos y que los define como artefactos convencionales mediante los cuales las sociedades conectan cierta articulación fonética (signo) con un cierto significado, de la *semántica*, que estudia la forma en que se desarrolla la comunicación a partir del signo, con estructuras que en parte responden a convenciones lingüísticas, y en parte también a leyes necesarias que rigen el conocimiento de las cosas, humanas y no humanas. "La

Gregorio
Robles Morchón

Rubén Alberto
Duarte Cuadros

EDITORES

264

APORTES

A LA TEORÍA
COMUNICACIONAL
DEL DERECHO (TCD),
FILOSOFÍA DEL DERECHO
Y TEORÍA JURÍDICA

Félix Francisco
Sánchez Díaz

265

COMUNICACIÓN,
EXPERIENCIA Y
ACCIÓN (UN ESTUDIO
DE LOS PRESUPUESTOS
DE LA TCD)

Cuando el hombre se acerca a una porción del mundo con idea de conocerla, ciertamente “proyecta” sobre ella sus categorías lingüísticas, sus “conceptos” (que son el significado de los términos de que se arma para entender el mundo), pero esto lo hace porque antes –con una anterioridad que es tanto temporal como lógica– esa porción del mundo ha herido su sensibilidad, y lo ha hecho de una forma que de algún modo se puede denominar y calificar, que por lo menos se puede *narrar*.

Es a partir del impacto que se despierta el interés del hombre por algo que no es él mismo. Incluso la curiosidad infantil, cuyo reflejo en el adulto es la nuez de la muy desinteresada mentalidad científica, es un tipo específico de impacto subjetivo de los objetos del mundo exterior: precisamente uno que resulta en especial apto para desencadenar el “interés desinteresado” que es propio de la ciencia. Sea cual fuere la fuente del interés, el caso es que el conocer no resulta de un movimiento endógeno de la mente (que, por poseer un lenguaje y en consecuencia manejar conceptos, inopinadamente se dirigiera al mundo exterior en busca de sus referentes), sino más bien de una *reacción* de la mente a cierto tipo de presión ejercida sobre ella por un entorno (corporal, físico, social...) ante cuya específica capacidad de desafío (para el complejo cuerpo-mente, para el grupo social respectivo) es preciso, o bien sumamente conveniente, responder, actuar. Pero, antes de reaccionar ante el entorno ignoto, el organismo social y el humano buscan incorporar el nuevo objeto del entorno a su sistema. No se trata de una incorporación real, física, sino virtual, lingüística, mediante representantes, símbolos, valores. Eso es el conocimiento.

(cont. nota 12) noción de semántica –dice el gran lingüista francés– nos introduce en el dominio de la lengua en uso y en acción; vemos esta vez en la lengua su función de mediadora entre el hombre y el mundo, entre el hombre y el mundo, entre la mente y las cosas, transmitiendo la información, comunicando la experiencia, imponiendo la adhesión, suscitando la respuesta, implorando, construyendo –en una palabra–, organizando toda la vida de los hombres. Es la lengua como instrumento de la descripción y el razonamiento” (pp. 217 y ss.). Benveniste dice algo aún más grave: “Sólo el funcionamiento semántico de la lengua permite la integración de la sociedad y la adecuación al mundo, por consiguiente, la regulación del pensamiento y el desenvolvimiento de la consciencia” (pp. 217 y ss.).

Una semántica vista de esta forma apenas se distingue de una teoría de la comunicación, y naturalmente involucraría tanto lo que los filósofos llaman “semántica” como lo que llaman “pragmática”, dos términos estos cuyos significados los lingüistas acostumbran a refundir bajo el primero (“semántica”, sin más).

Adviértase que dicha incorporación no supone una mera *designación* de los fenómenos o eventos exteriores, sino que introduce ya en la primera observación o constatación toda la complejidad y los matices que han aportado otras observaciones anteriores al acervo común cognoscitivo. En este sentido, el “pensamiento” es el esfuerzo de la mente por refinar la lengua con el fin de encontrar términos, expresiones o frases que den cuenta de cada nueva observación, de cada nueva conexión descubierta entre fenómenos, del progresivo refinamiento y de la mayor precisión alcanzados en la actividad cognoscitiva. Y con ese acervo epistémico, que está hecho de símbolos lingüísticos, puede el hombre volver a dirigir su acción descubridora al entorno, en busca de confirmación, ampliación o bien refutación fenoménica, experiencial, de lo que cree saber, de lo que ha aprendido por sí mismo (siempre muy poco), o bien del acervo de conocimientos de la civilización a la que pertenece.

El concreto uso que reciben las palabras que vehiculan el conocimiento humano está condicionado por un conjunto concreto de *decisiones cognoscitivas* propias de la rama respectiva del conocimiento de que se trate. Dichas decisiones conforman, en sentido amplio, el *punto de vista* específico de dicha rama del conocimiento, y son las responsables: a) del uso concreto del lenguaje y de la *semántica específica* a que se recurre; b) de la selección de los aspectos del mundo concretamente merecedores de atención y, por consiguiente, valiosos para ese punto de vista concreto; y c) del complejo de los *valores* que son de uso en la realización o proyección de ese punto de vista; la tipología de tales complejos de valores gira en torno a los ejes o polos valorativos “cantidad/relación” (toda la física, la química y los saberes derivados de ambas usan de este eje de valoración de forma predominante), e “incidencia benéfica o bien perjudicial en la vida personal/social” (y, aquí, se concentran todos los valores que predominan en las “ciencias del espíritu”, en las “ciencias sociales”, en las “humanidades”). Aún es posible establecer una organización de estos ejes o polos valorativos. Así, el eje primario es el que permite distinguir entre aquellos eventos que son beneficiosos o bien perjudiciales para la vida humana, individual o colectiva. En cada uno de estos ejes o polos prima-

Gregorio
Robles Morchón

Rubén Alberto
Duarte Cuadros

EDITORES

266

APORTES

A LA TEORÍA
COMUNICACIONAL
DEL DERECHO (TCD),
FILOSOFÍA DEL DERECHO
Y TEORÍA JURÍDICA

Félix Francisco
Sánchez Díaz

267

COMUNICACIÓN,
EXPERIENCIA Y
ACCIÓN (UN ESTUDIO
DE LOS PRESUPUESTOS
DE LA TCD)

rios de valoración es además posible acudir al eje secundario conformado por los polos “cantidad-relación”, con objeto de obtener un conocimiento más preciso y circunstanciado (“científico”) de dichos eventos beneficiosos o perjudiciales, y de su impacto individual o bien colectivo en nuestra vida.

Así pues, el hombre proyecta sus categorías lingüístico-cognoscitivas (conceptuales) hacia el mundo, y gracias a ello acierta a saber más cosas que las que simplemente experimenta de modo natural y puede meramente narrar. Pero ello no significa que las categorías lingüístico-conceptuales sean el conocimiento del mundo, aunque el conocimiento del mundo (por lo menos, al nivel que es sólito entre humanos) no es posible sin la proyección sobre él de aquellas categorías que sirven para sensibilizarnos ante el mundo exterior en niveles que superan los de nuestros sentidos naturales. Sirven, por ejemplo, para que el médico pueda “sentir” (de un modo muy diferente al del paciente) que el paciente está afectado por el virus de la gripe, o corroído por un cáncer linfático. El médico no puede sentir eso como cuando siente el frío, el calor, o como cuando la gripe o el cáncer han anidado en él como paciente. Para que su cerebro pueda aceptar que algo va mal en alguien que no es él mismo, necesita armar sus percepciones con esas categorías lingüístico-conceptuales que hacen posible que su cerebro 1º) dé un nombre específico a algo que no es directamente perceptible con los sentidos naturales y 2º) le atribuya ciertas propiedades, que no son más que los nombres de elementos integrantes peculiares de ese algo específico. Con ello, el médico podrá 3º) conectar causal o dinámicamente tales propiedades, para entender el curso de la enfermedad; 4º) idear un plan de combate de la enfermedad (y ambos puntos 3º y 4º implican tratamiento comunicacional o lingüístico como final del proceso); y 5º) ponerlo en práctica.

La experiencia puede ser comunicada lingüísticamente de tres maneras esenciales: mediante la *poesía* y la *narrativa* (de las cuales forma parte la comunicación audiovisual), mediante la *comunicación discursiva-conceptual* (que es el tipo de comunicación que predomina en la filosofía y en las ciencias en general),

o mediante la comunicación *lógico-matemático-gráfica* (que es un tipo de comunicación a la que se recurre de forma predominante en aquellas ciencias en las que se otorga un valor máximo a la exactitud en la cuantificación y en el establecimiento de las leyes que relacionan de forma precisa las experiencias).

La narrativa de la vida real e incluso de la ficción narrativa son, junto con la poesía –recitada o cantada–, las primeras y más primitivas formas de conocimiento social de que nos hemos dotado como humanos. Este conocimiento “cantado” o “narrado” hace mucho tiempo que se volvió insuficiente para muchos propósitos de la vida. Es posible que una buena narración sea aún el único modo en que conseguimos entender grandes porciones de la vida de los demás (así sucede con la novela o con el teatro), pero hay toda una variedad de asuntos más prosaicos, si bien vitales, en los que una narración no ayuda a comprender, ni a actuar, ni a resolver problemas.

Desde el aprendizaje del manejo de una herramienta, hasta el mantenimiento de nuestros sistemas nutricionales, pasando por el libro de instrucciones que permite mantener nuestro cuerpo vivo y sano, por la forma de abordar los problemas históricos, políticos, sociales, económicos... que nos acucian como sociedad, hasta llegar a asuntos que nos parecen de la máxima seriedad, incluso cuando no sabemos exactamente por qué, como, por ejemplo, ese empeño tan extraño que tenemos en saber si nuestro universo procede de una única explosión de energía que se acabó convirtiendo en materia, y cuándo y cómo pudo haber sucedido tal enormidad..., hay toda una plétora de asuntos en los que la narración puede satisfacer una curiosidad superficial, pero para *valernos* en la vida hace falta que se nos expliquen las cosas mejor. Tanto mejor, que no nos bastan las palabras con las que cantamos a lo que nos hace sentir de una determinada forma, ni las palabras con las que narramos los acontecimientos cotidianos de nuestra existencia, ni siquiera las palabras con las que se narran los hechos más insólitos, grandiosos o extraordinarios de la vida individual o colectiva. Las palabras del lenguaje natural se mostraron insuficientes para transmitir la creciente riqueza de nuestra

Gregorio
Robles Morchón

Rubén Alberto
Duarte Cuadros

EDITORES

268

APORTES

A LA TEORÍA
COMUNICACIONAL
DEL DERECHO (TCD),
FILOSOFÍA DEL DERECHO
Y TEORÍA JURÍDICA

Félix Francisco
Sánchez Díaz

269

COMUNICACIÓN,
EXPERIENCIA Y
ACCIÓN (UN ESTUDIO
DE LOS PRESUPUESTOS
DE LA TCD)

experiencia, y por eso inventamos, transformamos o reconfiguramos otras palabras para que sirvieran a dicho propósito.

Así aparece la jerga, que es una variante del lenguaje natural. Sigue siendo natural en su origen, pero recibe un uso específico que hace nacer un *vocabulario específico*, un *habla especializada* que permite entenderse a una comunidad de *connaisseurs* y, más importante que eso, permite conocer mejor un objeto dado y transmitir ese conocimiento especial. Hay numerosas jergas o hablas especializadas: la hay en la ciencia natural, en las ciencias jurídicas y sociales, en la economía, pero también las hay en la enorme variedad de las técnicas a que el hombre recurre en su incesante actividad de transformación de la naturaleza. Las *tecnologías* son discursos contruidos sobre la base de esas jergas, gracias a los cuales es posible la comunicación social de las técnicas humanas; son los "sistemas de la acción" por antonomasia.

Pero, para ciertos propósitos gnoseológicos, ni siquiera los términos técnicos de la jerga o habla especializada son suficientes, pues la rama de nuestro conocimiento de que se trata impone exigencias de precisión en la medida de las magnitudes o en la descripción de las relaciones entre objetos y magnitudes. Para poder adquirir y transmitir conocimiento con tal grado de precisión, precisamos recurrir a otros símbolos (lógicos, matemáticos, gráficos). Con ellos se compone un texto que abandona la expresividad y las limitaciones del lenguaje natural (y hasta de la jerga, cuyo lenguaje es relativamente más preciso y pobre en significación) para constituir "lenguajes especiales" (el "lenguaje" lógico, matemático, gráfico).

Estos "lenguajes especiales" son producto de una construcción consciente, están diseñados para comunicar la experiencia de una forma más eficaz, precisa y económica, y se caracterizan por la gran generalidad de las significaciones de sus términos, lograda al precio de una altísima abstracción (que, fiel al sentido literal de la palabra, supone "quedarse" o "traerse" solo una parte de las propiedades del objeto designado o referencia, y por tanto una mayor precisión y un relativo vaciamiento de

significado), pero que posibilita la construcción de enunciados formalizados o "fórmulas" (lógicas, matemáticas), o bien de enunciados gráficos que unen otros elementos o bien representan las fórmulas (curvas de función, gráficos dentados o barrados, diagramas de flujo, etc.).

Estos enunciados formalizados o gráficos constituyen las "frases" o "períodos", los apartados o capítulos propios de esta forma más abstracta de comunicación de la experiencia. Pues bien, con el lenguaje natural, con su especialización mediante su uso para transmitir experiencia o conocimiento (jerga, lenguaje técnico) y con los diversos "lenguajes especiales" (lógica, matemática, grafismo) que ha terminado por construir con ocasión del desarrollo de dicho proceso de especialización, el hombre construye el poderoso, abstruso y fascinante complejo comunicacional al que ha dado el nombre de "ciencia". La ciencia es la modalidad más rigurosa que conoce el hombre de transmisión de la experiencia. Toda ciencia consiste, en primer término, en "textificar" o reducir a texto la experiencia del mundo que nos rodea. Dicha "textificación", gracias al tremendo refinamiento de las categorías lingüísticas a que recurre, el cual conlleva una elaboración conceptual de altísima precisión y generalidad (abstracción), convierte el lenguaje verbal en la herramienta (muy poderosa, tanto que a veces se confunde con la propia ciencia) de comunicación, y asimismo de ampliación y perfeccionamiento del conocimiento humano. Siendo dicho conocimiento un complejo que involucra, pero a la vez sobrepasa la textualidad de la ciencia.

3. La formación de "sistemas de la acción" o el uso de la experiencia en la orientación de individuos y sociedades

Conocemos y, así, obtenemos orientación para nuestra vida. Y nuestra vida propia o específicamente humana, más allá de los aspectos puramente biológicos, es acción y, si se nos apura, es acción racional. Esta racionalidad puede ser institucional (política, derecho, ciencia, economía) o personal (plan de vida, carrera pro-

Gregorio
Robles Morchón

Rubén Alberto
Duarte Cuadros

EDITORES

270

APORTES

A LA TEORÍA
COMUNICACIONAL
DEL DERECHO (TCD),
FILOSOFÍA DEL DERECHO
Y TEORÍA JURÍDICA

Félix Francisco
Sánchez Díaz

271

COMUNICACIÓN,
EXPERIENCIA Y
ACCIÓN (UN ESTUDIO
DE LOS PRESUPUESTOS
DE LA TCD)

fesional, enriquecimiento personal), puede tener un grado más o menos elevado, puede estar orientada a valores o a fines, en la conocida fórmula acuñada por Max Weber, pero en todo caso es siempre discernible en la acción específicamente humana.

Pues bien, la orientación que necesitamos en nuestra vida la obtenemos a través de dos expedientes: uno es el conocimiento en sus variadas y diversas formas, siempre centrado en la comunicación de la experiencia; otro es la elaboración de “sistemas de la acción”; estos aprovechan el conocimiento existente para, con él, producir complejos de mensajes que orientan la acción; el contenido de dichos mensajes consiste en el diseño de los diversos elementos de la acción diseñada, esto es, de normas. La orientación que proporciona el mero conocimiento de las cosas es indirecta y debe habérselas siempre con la libertad de que goza el ser humano para actuar de un modo u otro, si bien siempre racionalmente, esto es, teniendo en cuenta lo que, en el mundo y según su conocimiento de él, es de necesidad. En cambio, los “sistemas de la acción” son ya preconfiguraciones de acciones relativamente fijadas o estandarizadas.

Los humanos nos caracterizamos, individual, colectivamente e incluso como especie, por dedicarnos a una intensa y sistemática modificación o transformación de nuestro entorno. Esta modificación de nuestro entorno alcanza tanto el entorno físico como el entorno social, y no sería viable sin una reelaboración de la experiencia en términos de nueva intervención sobre el entorno. No debe olvidarse, a este respecto, que ya la experiencia constituye una forma de intervención en el entorno. Se trata de una intervención encaminada a “saber de él”, esto es, a dejar que el entorno “nos comunique” sus propiedades.

Esta “comunicación” forma parte del proceso de la expresión lingüística: proyectamos sobre las percepciones resultantes de nuestra intervención en el entorno nuestras categorías de pensamiento, y al hacerlo edificamos nuestra experiencia de él. Incluso la experimentación físico-química es incomprensible si no se tiene en cuenta que es lingüísticamente controlable; en otro caso no sería necesaria la formulación ni la elabora-

ción de leyes científicas, y bastaría la mera observación de los fenómenos. Pues bien, esa experiencia que obtenemos *vía* intervención lingüístico-categorial (conceptual) en el entorno la reelaboramos y la convertimos en pautas para la acción (normas), teórica o práctica. Así es como los humanos constituimos –lingüísticamente– los *sistemas de la acción*.

Los sistemas de la acción se han de acomodar al específico punto de vista de las disciplinas en que se apoyan, del conocimiento que los hace posibles. Así, de la matemática, la física, la química y la biología se extraen los conocimientos necesarios para configurar el sistema de la acción denominado “medicina”. Es usual considerar la medicina como una ciencia, dado su fuerte basamento científico, pero conviene recordar que la misma *prescribe* determinados métodos, diagnósticos y tratamientos, y en consecuencia es un sistema de la acción, lo que comúnmente llamaríamos un “arte”.

Igualmente, de la matemática, la geometría, la física y la geología se extraen los saberes necesarios para construir edificios, puentes, pantanos o caminos. Así pues, la combinación de estas ciencias funda diversos sistemas de la acción, tales como la arquitectura y la ingeniería.

Resulta algo más difícil establecer un juego entre ciencias sociales y humanas y “sistemas de la acción” típicamente sociales. Ello es debido al menor grado de desarrollo de las ciencias que tienen que ver con el hombre y la sociedad, y que hace que muy a menudo no se distingan, en verdad, de prescriptivas o consejos sobre la mejor forma de actuar. Sin embargo, existen la psicología, la economía, la sociología, la historia y la antropología, unánimemente consideradas como ciencias, y asimismo la moral, el derecho y la política, como artes prácticas de la vida, como prescriptivas humanas y sociales, como sistemas de la acción que se alimentan de los saberes acumulados por las correspondientes “ciencias”.

Por otro lado, debe tenerse en cuenta que las relaciones entre sistemas de transmisión de la experiencia (“ciencias”) y siste-

Gregorio
Robles Morchón

Rubén Alberto
Duarte Cuadros

EDITORES

272

APORTES

A LA TEORÍA
COMUNICACIONAL
DEL DERECHO (TCD),
FILOSOFÍA DEL DERECHO
Y TEORÍA JURÍDICA

Félix Francisco
Sánchez Díaz

273

COMUNICACIÓN,
EXPERIENCIA Y
ACCIÓN (UN ESTUDIO
DE LOS PRESUPUESTOS
DE LA TCD)

mas de la acción son bidireccionales. Entre unos y otros no existe una jerarquía discursiva. El discurso del conocimiento está al servicio del discurso práctico, y este lo está también al de aquel. La reversibilidad de las formas de comunicación se demuestra en que es posible articular un discurso cognoscitivo acerca de sistemas de la acción, esto es: un discurso que pretenda transmitir conocimiento acerca de lo comunicado en tales sistemas, del mismo modo que es posible establecer una prescriptiva de la adquisición de conocimiento, es decir, una metódica. Así pues, ante sistemas de la acción o "sistemas prácticos", el conocimiento disponible tiene, al menos, dos fuentes: una es la fuente de conocimiento (la o las ciencias) que ha inspirado las directivas que lo integran; otra, distinta, aunque relacionada con la anterior, es el propio sistema de la acción. Por eso, para conocer bien el sistema de la acción, es necesario conocer el o los puntos de vista específicos de las ciencias o saberes que lo han hecho posible.

Mientras el sistema de la ciencia (en cuanto sistema de transmisión de la experiencia) no define, ni constituye ni prefigura la acción humana, los sistemas de la acción cumplen la función de definir y constituir complejos de acciones y acciones singulares. Los contenidos con los que se construye este complejo de normas no pueden proceder más que del estado de nuestro conocimiento del mundo. La forma discursiva, esto es, la pragmática de la comunicación, es lo peculiar de estos complejos comunicacionales: en ella se aprecia el recurso a la directiva como uso preferente del lenguaje.

El lenguaje directivo está siempre presente en los sistemas de la acción. ¿En qué consiste este uso específico del lenguaje? El uso del modo imperativo en los verbos, o bien de formas de uso del modo indicativo en tiempo presente o futuro que fungen como modo imperativo, es revelador de la presencia del lenguaje directivo. Pero lo principal en la pragmática de la comunicación propia de los sistemas de la acción es la representación de la situación fáctica de partida, de los presupuestos de la acción resolutoria de la situación, del procedimiento mismo en que dicha acción resolutoria se desenvuelve, y del

estado o situación fáctica final o de llegada, a cuya obtención se busca orientar la acción. Esta estructura de la pragmática comunicacional (*si "x", entonces "y"*) no es necesariamente perceptible en el análisis de cada una de las normas o frases en que se descompone el discurso de los sistemas de la acción, que pueden adoptar la sintaxis propia de una aseveración categórica ("x" es "y") o de una norma ("y" *debe ser*)¹³. No obstante, está presente en las reconstrucciones hermenéuticas que hacen los exégetas o intérpretes de los distintos "sistemas de la acción". Es gracias a ello que los sistemas de la acción logran la orientación de la acción humana.

Los "sistemas de la acción" se especializan (esto es, se caracterizan de una forma determinada en cuanto a los conceptos, la forma de razonar, las valoraciones, la terminología, el estilo y la forma de expresarse) en función del campo en el que desarrollamos nuestra acción o, dicho de otro modo, en función del tipo de acción que queremos desarrollar. Hay sistemas que informan la acción que recae de forma directa sobre *objetos* (la técnica en general) y hay otros sistemas que informan la *comunicación humana* (esto es, la vida social) en la enorme diversidad (economía, derecho, política, enseñanza, expresión artística, etcétera) de sus manifestaciones. Así, la comunicación humana o comunicación social se orienta a sí misma mediante la constitución de sistemas comunicacionales centrados en alguna de las grandes vertientes de dicha comunicación.

Los sistemas de la acción son constructores de estructura social, de la sociedad misma. Cada específico sistema de la acción constituye un tipo concreto de acción social, y no al revés. Define, delimita y en general da carta de naturaleza, es decir, constituye las necesidades, las funciones sociales que se busca desempeñar a través de la acción social correspondiente. La estructura social es, así, inevitablemente, un fenómeno comunicacional complejo, integrado por una multi-

13 Así, puede consultarse la teoría de la heterogeneidad de las normas jurídicas defendida por Gregorio Robles, en su *Teoría del Derecho – Fundamentos de Teoría Comunicacional del Derecho, Volumen I* (2013, esp. pp. 196 y ss.).

Gregorio
Robles Morchón

Rubén Alberto
Duarte Cuadros

EDITORES

274

APORTES

A LA TEORÍA
COMUNICACIONAL
DEL DERECHO (TCD),
FILOSOFÍA DEL DERECHO
Y TEORÍA JURÍDICA

Félix Francisco
Sánchez Díaz

275

COMUNICACIÓN,
EXPERIENCIA Y
ACCIÓN (UN ESTUDIO
DE LOS PRESUPUESTOS
DE LA TCD)

tud de sistemas comunicacionales. Algunos tienen por función la comunicación de la experiencia, es decir, la constitución de un acervo social, compartido, de conocimiento. Otros cumplen la función de prefigurar y constituir la acción humana transformadora de su entorno, típicamente representando en su seno la situación de partida, la situación que se aspira alcanzar y el camino (método) necesario para transitar de una a la otra. A pesar de la existencia de una separación comunicacional entre unos y otros sistemas, las conexiones entre ellos corren en lo profundo de la estructura de la sociedad. Así, los sistemas de la acción no pueden existir sin sistemas de comunicación de la experiencia. Del refinamiento y especialización de estos, depende totalmente la sofisticación y efectividad de aquellos. Por otro lado, cabe el conocimiento de las acciones y de sus sistemas, y dicho conocimiento se organizará como un *sistema de la experiencia de la acción humana*. Ello significa que es posible, y diríase también, que es necesario, el conocimiento sobre la acción del hombre y, por consiguiente, la ciencia de lo humano, las ciencias de lo humano, las ciencias sociales, como sistemas comunicacionales que tratan sobre distintos aspectos de la comunicación humana.

Gregorio
Robles Morchón

Rubén Alberto
Duarte Cuadros

EDITORES

276

APORTES

A LA TEORÍA
COMUNICACIONAL
DEL DERECHO (TCD),
FILOSOFÍA DEL DERECHO
Y TEORÍA JURÍDICA

4. Conclusiones para una teoría de la comunicación jurídica

Este trabajo ha de ser breve, y no admite un desarrollo mayor de ideas que, bien se ve, son complejas. Se ruega pues al lector la merced de aceptar provisionalmente lo hasta aquí expuesto, salvo que le surjan objeciones graves, para pasar a continuación a abordar brevemente el problema más concreto de la teoría del derecho en cuanto teoría de la comunicación jurídica o *teoría comunicacional del derecho* (TCD).

De las consideraciones efectuadas en los epígrafes anteriores, se desprende que una teoría de la comunicación jurídica es, en primer lugar, *una teoría sobre una praxis* y, en segundo lugar, *una teoría sobre una praxis comunicacional*. Su objeto es la praxis jurídica, y por ello, a la hora de entenderla y de propo-

ner mejoras en ella, es fundamental partir de dos categorías lingüístico-conceptuales que configuran una de las especificaciones del polo primario de valoración a que antes se hizo referencia: el de acontecimientos que suponen un beneficio o perjuicio en la vida individual o colectiva, entre los cuales se encuentran el *éxito* o *el fracaso de la acción comunicacional jurídica*. Este esquema de valoración debe presidir todos los desarrollos teóricos en el examen de la comunicación jurídica.

¿Cuándo debe considerarse que la comunicación jurídica tiene *éxito*? Como primera aproximación, y sin ánimo alguno de agotar el tema, puede decirse que esto sucede cuando la comunicación jurídica propicia la aparición, mantenimiento o intensificación de un estado en las relaciones sociales que merezca la calificación de "justo". No hay espacio aquí para desarrollar esta idea, lo que no impide que, al menos *prima facie*, sea apta para concitar el consenso de juristas teóricos y prácticos, pero también de políticos, ejecutivos de sociedades mercantiles, profesionales y meros ciudadanos legos en derecho. Esta idea se puede ilustrar rápidamente con un ejemplo fácil de comprender: supóngase que se aprueba una ley que autorizara al fisco destraer el noventa por ciento del patrimonio de los ciudadanos; pues bien, aun siendo dicha ley eficaz en el sentido de que el Estado iniciara con los adecuados títulos legales y con toda su fuerza represiva una confiscación masiva de bienes, no podría ser considerada como un caso de *éxito* en la comunicación jurídica; y ello porque, con la excepción de una exigua minoría de favorecidos por las confiscaciones, *nadie la podría considerar como una ley justa, ni por su contenido declarado, ni por sus efectos sobre la vida social*.

Dando por sentado que la finalidad general de toda comunicación jurídica ha de ser la *justicia*, esto es, la *preservación de la paz social* en sus diversos aspectos o facetas, que al fin y al cabo son igualmente aspectos de la vida social (educación de los hijos, conservación y transmisión pacíficas del propio patrimonio, posibilidad de participar de forma pacífica en los intercambios mercantiles, y garantía del disfrute pacífico de los beneficios que de ello puedan resultar, relación armoniosa con

Félix Francisco
Sánchez Díaz

277

COMUNICACIÓN,
EXPERIENCIA Y
ACCIÓN (UN ESTUDIO
DE LOS PRESUPUESTOS
DE LA TCD)

las estructuras vigentes de dominación política, etc.), salta a la vista cuán complejo es determinar las condiciones de éxito o fracaso de la comunicación jurídica. Más allá de una cantidad de elementos fijos o permanentes, presentes en toda comunicación jurídica (que, por su relativa accesibilidad al conocimiento, han acabado por determinar el carácter de la ciencia jurídica como una ciencia textual, y asimismo el de la filosofía jurídica positivista y post-positivista, con su apego a las emanaciones históricas y temporales del poder político, como fuente de conocimiento dominante para el jurista y el teórico), una teoría de la comunicación jurídica como sistema de la acción exige la consideración teórica combinada de *todos los factores que hacen posible, eficaz y valiosa la comunicación jurídica*.

Las *condiciones de posibilidad* de la comunicación jurídica vienen dadas por el desarrollo cultural de la sociedad, por la historia de su pensamiento, que proporciona una imagen del bagaje de ideas a disposición de esa sociedad y que pueden pasar en cualquier momento a formar parte de la comunicación jurídica, y por la historia de la cultura jurídica, la cual proporciona al estudioso información acerca del grado de sofisticación alcanzado por la cultura jurídica propia de la sociedad o comunidad política o cultural de referencia.

Todos estos aspectos encajan perfectamente en el programa de investigaciones propuesto por la teoría comunicacional del derecho (TCD) de Gregorio Robles¹⁴. En dicho programa, tanto

14 Dicho programa aparece explicitado en dos de sus primeros trabajos: en *Las reglas del Derecho y las reglas de los juegos* (1984, pp. 271-278) lo presenta ya en forma de tripleta de disciplinas: *teoría de la decisión jurídica* (que guardaría correspondencia con la pragmática jurídica), *teoría de la dogmática jurídica* (que se correspondería con la semántica jurídica) y *teoría del derecho* (que sería la traslación al estudio teórico del derecho de la *sintaxis*). En su *Introducción a la teoría del derecho* (2003), el capítulo VI lleva por título "La teoría del derecho como análisis del lenguaje de los juristas", y contiene una caracterización de la teoría del derecho y la descomposición en "partes" de la misma: dichas partes son la *teoría de la decisión jurídica*, la *teoría de la dogmática jurídica* y la *teoría de la estructura formal del derecho* (que más adelante recibiría la denominación abreviada de teoría "formal" del derecho. Aquí vuelve a incidir el profesor Robles en la condición textualista de la perspectiva que él sigue y propone para el estudio del derecho. Robles nunca ha negado que hay otros aspectos a considerar, relevantes para el jurista. En el Volumen II de su *Teoría del Derecho* (2015, p. 377) dirá que hay que distinguir entre ciencias del derecho y ciencias acerca del derecho. Unas y otras serían la plasmación científica de dos puntos de vista diversos:

la "historia efectual" como los distintos aspectos formales de la comunicación jurídica ya existente o conocida pueden ser abordados con suficiencia, resultando del trabajo teórico un importante recuento de las *condiciones de posibilidad* de la comunicación jurídica. Para poder completar este estudio con el de las *condiciones de eficacia* y el de los *criterios de valor* a que la comunicación jurídica ha de atender, en tanto sistema de la acción, la propuesta epistemológica de la TCD tiene que ser asimismo completada, de modo que los distintos aspectos del sistema de la acción (comunicacional) jurídica sean atendidos teóricamente, y que todo aquel que tenga que comunicarse jurídicamente de modo profesional (y no solo el juez, el letrado o el funcionario de especialización jurídica) obtenga *orientación útil en su praxis jurídica*.

La TCD aborda sin duda alguna la cuestión del conocimiento de los caracteres formales de los distintos cuerpos de mensajes jurídicos que componen el derecho vigente en una sociedad –siguiendo aquí a Robles (2013, pp. 137 y ss.), el ordenamiento y el sistema jurídico–. Se espera, asimismo, dada la reiterada declaración de intenciones en este sentido del profesor Robles y de algunas intervenciones suyas al respecto, que la TCD abordará teóricamente el tema de los valores jurídicos, estudiando los mecanismos intelectuales subyacentes a la valoración. Ahora bien, la TCD no considera como parte del proceso de la comunicación jurídica el análisis de los problemas sociales que son abordados (jurídicamente) por la comunicación jurídica. Eso le parece a la TCD que es objeto de la sociología, de la economía, de la ciencia política y, en general, de las ciencias sociales. Pero, si las ciencias sociales analizan el problema respectivo, y lógicamente y consecuentemente condicionan e incluso determinan en sus conclusiones el curso de acción que debe adoptarse para darle solución, ¿qué papel se le reserva entonces a la ciencia jurídica, aparte de ser la disciplina que ayuda a

(cont. nota 14) el interno (textualista) y el externo (que se fija en el contexto del derecho). Ello es ya un reconocimiento implícito (que en otras partes de su obra es explícito) de que el punto de vista interno o textualista no es el único posible en el estudio teórico del derecho, aunque sí el recomendado por él. La TCD está íntegramente penetrada por este punto de vista textualista o *interno*.

Gregorio Robles Morchón

Rubén Alberto Duarte Cuadros

EDITORES

278

APORTES

A LA TEORÍA COMUNICACIONAL DEL DERECHO (TCD), FILOSOFÍA DEL DERECHO Y TEORÍA JURÍDICA

Félix Francisco Sánchez Díaz

279

COMUNICACIÓN, EXPERIENCIA Y ACCIÓN (UN ESTUDIO DE LOS PRESUPUESTOS DE LA TCD)

pasar a limpio y a escribir de forma solemne lo ya decidido en otro ámbito de conocimiento?

Si las ciencias sociales no tienen nada que aprender de los más de dos milenios de experiencia de los juristas, si la ciencia jurídica no tiene que aprender nada de los paradigmas y de la moderna metodología cuantitativa de los científicos sociales, si no hay posibilidad alguna de “contaminación recíproca” entre la ciencia de los juristas y las restantes ciencias sociales, ¿cómo va a mejorar el sistema de la acción (comunicacional) jurídica en cuanto sistema de la acción? Por último, ¿cómo va a ser posible confiar en los valores jurídicos presentados por un pensamiento jurídico que ignora ampliamente los hechos que deben ser valorados y frente a los cuales hay que valorar igualmente el curso de acción más adecuado, y confía únicamente en decisiones ya tomadas, ya comunicadas jurídicamente y sintetizadas en forma de valores de carácter general y abstracto por legiones de eruditos de la producción comunicacional jurídica?

Gregorio
Robles Morchón

Rubén Alberto
Duarte Cuadros

EDITORES

280

Una comunicación jurídica *eficaz y valiosa*, justa, en definitiva, necesita, además del conocimiento de sus *condiciones de posibilidad* (antes esbozado), una teorización sobre el impacto que tiene la comunicación jurídica en los aspectos de la vida social a los que aquella se dirige, y sobre las condiciones de dicho impacto, sobre los factores de la comunicación jurídica que favorecen o por el contrario dificultan el éxito y acrecen o por el contrario disminuyen el valor de la misma.

Sería fácil reducir ese estudio a una *sociología del derecho*, entendida como simple medición de la “eficacia del derecho”, una vez más reducida a la comparación cuantificable entre la sociedad imaginada desde el mundo del derecho y la sociedad que “de hecho” existe, contabilizando los casos de consonancia y disonancia entre el diseño prefigurado por el derecho y la “realidad” de la comunicación social.

Esta sería, en realidad, una visión muy superficial de lo que hace falta, que es una visión profunda de cómo el discurso jurídico penetra en el tráfico general de la sociedad y de las *condiciones*

generales en que la comunicación jurídica logra efectivamente canalizar la vida social. No será difícil comprobar entonces que tiene que haber un grado relativamente alto de compatibilidad o armonía entre el discurso jurídico y la restante comunicación social. Las condiciones de dicha compatibilidad son elemento esencial de una teoría de la comunicación jurídica que quiera ser algo más que mera arqueología jurídica y, por tanto, un cuerpo teórico con vocación de utilidad en la vida.

Sin que, de nuevo, se pretenda agotar el tema, podría postularse que la mentada “compatibilidad” entre el discurso jurídico y la restante comunicación social es un concepto compuesto por los siguientes elementos: la *inteligibilidad* del discurso jurídico, es decir, su capacidad para llegar al entendimiento de los legos, bien de forma directa, bien a través de asesores profesionales que convierten el tecnicismo en modificaciones concretas (y más fácilmente comprensibles) de los estados de relación del sujeto; la *comunidad de valores*, que obviamente implica que los valores informantes de la comunicación jurídica son (entendidos y) aceptados por la comunidad social; y el *encaje efectivo de la configuración de la acción social diseñada por el complejo ordenamiento-sistema en la estructura social preexistente*. Ello exige del jurista mucho más que el conocimiento de la sociedad ideal diseñada por su derecho; debe conocer la vida social y debe saber cómo actuar jurídicamente en ella con fórmulas que no se limiten a exigir la conformidad con lo sancionado legalmente, sino que asimismo sean capaces de suscitar adhesión o, por lo menos, aceptación social.

Por ello, la teoría que estudie el sistema de la acción (comunicacional) jurídica tiene que entender que este ha de dotarse de un *método que permita incorporar de modo eficaz a la comunicación jurídica toda aquella información social* (histórica, política, económica, tecnológica, sobre preferencias, usos y costumbres sociales) *que resulte relevante a los fines de la comunicación jurídica*. Para ello, es necesario elaborar una *metodología de la decisión jurídica*. Esta, como toda decisión racional, tiene en cuenta la información disponible y procura incorporarla en su estrategia comunicacional-jurídica, de una forma que resulte

Félix Francisco
Sánchez Díaz

281

COMUNICACIÓN,
EXPERIENCIA Y
ACCIÓN (UN ESTUDIO
DE LOS PRESUPUESTOS
DE LA TCD)

APORTES
A LA TEORÍA
COMUNICACIONAL
DEL DERECHO (TCD),
FILOSOFÍA DEL DERECHO
Y TEORÍA JURÍDICA

óptima de acuerdo con la *finalidad* que la misma se propone (para el derecho, la preservación de la justicia o la paz social).

Téngase en cuenta, por otra parte, que toda decisión jurídica es una “decisión de comunicar jurídicamente” alguna cosa. Es la decisión de someter algún aspecto de la vida social a los requisitos, exigencias, procedimientos, conceptografía y estilo *jurídicos*. Y de tomar de este modo una decisión con la que se quiere poner fin o dar solución a un problema político, económico, migratorio, familiar, de seguridad pública interior o exterior, comercial, etc. Por eso, la decisión jurídica no es solo la decisión que propone o impone una solución a un problema social previamente juridificado; es además y a la vez decisión de comunicar jurídicamente lo decidido, lo cual, por paradójico que pueda resultar, es un factor capital de la solución del problema. Ninguna decisión política por sí sola alcanza el efecto deseado si no se reviste, no ya de la solemnidad, sino de los caracteres estrictamente operativos y eficaces propios de la comunicación jurídica. Pero esto significa que la comunicación jurídica *ya es ella misma un método de resolución de problemas sociales*. Cuando un problema social es de tal entidad que amenaza la paz social, generando una situación de injusticia, juridificarlo es encauzarlo hacia una decisión resolutoria del problema.

Así pues, en la comunicación jurídica intervienen tres factores (dos, en realidad, si se considera que la valoración es un procedimiento inseparable del conocimiento de las cosas): la *información* acerca del ámbito de la vida social en el que se planea intervenir comunicacionalmente (información de todo orden y que incluye el contenido de la regulación jurídica que está vigente en ella y el catálogo de los valores jurídicamente establecidos para ello) y *la comunicación jurídica como artefacto cultural y como herramienta de trabajo*¹⁵. La decisión se toma siguiendo un cierto método, que es preciso elucidar, y comporta asimismo la *expresión de lo decidido*, la cual ha de

15 Entiéndase por tal la institución cultural del derecho, con todas sus tradiciones formales y de pensamiento, con su cuerpo conceptual, con sus procedimientos argumentativos consolidados y con sus métodos de interpretación conocidos.

hacerse recurriendo a la comunicación jurídica en su calidad de herramienta de trabajo¹⁶.

En fin, una teoría de la comunicación jurídica no puede ignorar el objetivo de su comunicación; no puede prescindir del hecho de que es un sistema de la acción y no puede mantenerse seria y responsablemente al margen de que sea capaz de orientar dicha acción de forma correcta o incorrecta. Nada de esto puede hacerse sin obtener un conocimiento cabal del espacio de intervención de la comunicación jurídica, lo que obliga a esta a abrir sus métodos al conocimiento de la sociedad, de su funcionamiento y de sus problemas.

Referencias

- Benveniste, É. (1997). *Problemas de Lingüística General*. Madrid: Siglo XXI Editores.
- Benveniste, E. (1999). La forma y el sentido en el lenguaje. En *Problemas de lingüística general II*. Madrid: Siglo XXI Editores.
- Ferrater Mora, J. (1979). *Diccionario de Filosofía*. Madrid: Alianza Editorial.
- Ortega y Gasset, J. (1964a). El hombre y la gente. En *Obras Completas*, T. VII (1948 – 1958), 2ª ed. Madrid: Ed. Revista de Occidente.

16 Debe tenerse en cuenta que, al hablar aquí de decisiones resolutorias de problemas sociales juridificados, *todavía no se está hablando de lo que habitualmente recibe el nombre de “decisiones jurídicas”* (tales como la decisión legislativa, la decisión judicial o la decisión contractual). Estas vienen después, forman parte de la comunicación jurídica como artefacto cultural y como método de trabajo, y reflejarán (o no, en este sentido son susceptibles de valoraciones diversas) el resultado del procedimiento de consideración jurídica y resolución del problema para la paz social que cierto aspecto de la vida social plantea.

La pregunta lógica, entonces, será la de a qué fase o parte del proceso de juridificación de los problemas sociales quedaría relegado el estudio y la resolución del “problema jurídico”; y la respuesta se abre paso por sí sola: es la *política* la que acoge el problema y lo contempla en su dimensión de amenaza para la paz social, a la cohesión de la sociedad, a la unidad política. El tratamiento despreciativo de la política por la teoría del derecho positivista y post-positivista es uno de los grandes culpables del empobrecimiento tanto del pensamiento político como del pensamiento jurídico actuales.

Gregorio
Robles Morchón

Rubén Alberto
Duarte Cuadros

EDITORES

282

APORTES

A LA TEORÍA
COMUNICACIONAL
DEL DERECHO (TCD),
FILOSOFÍA DEL DERECHO
Y TEORÍA JURÍDICA

Félix Francisco
Sánchez Díaz

283

COMUNICACIÓN,
EXPERIENCIA Y
ACCIÓN (UN ESTUDIO
DE LOS PRESUPUESTOS
DE LA TCD)

Ortega y Gasset (1964b). Gracia y desgracia de la lengua francesa. En *Obras Completas*, T. V (1933 – 1941), 6º ed. Madrid: Ed. Revista de Occidente.

Ortega y Gasset (1993). *¿Qué es filosofía?* 10ª ed. Madrid: Ed. Revista de Occidente en Alianza Editorial.

Robles, G. (2013). *Teoría del Derecho - Fundamentos de Teoría Comunicacional del Derecho*. Volumen I, Cizur Menor (Navarra): Ed. Thomson-Reuters - Civitas.

Robles, G. (2015). *Teoría del Derecho*. Volumen II, Cizur Menor (Navarra): Ed. Thomson-Civitas - Aranzadi.

Robles, G. (1984). *Las reglas del Derecho y las reglas de los juegos*. Palma de Mallorca, España: Ed. Facultad de Derecho de Palma de Mallorca.

Robles, G. (2003). *Introducción a la teoría del derecho*, 6ª ed. Madrid: ed. Debate.

Saussure, F. (1995). *Cours de linguistique générale*. Publié par Charles Bailly et Albert Sècheyay, avec la collaboration de Albert Riedlinger. París: Editions Payot & Rivages.

Gregorio Robles Morchón

Rubén Alberto Duarte Cuadros

EDITORES

284

APORTES

A LA TEORÍA COMUNICACIONAL DEL DERECHO (TCD), FILOSOFÍA DEL DERECHO Y TEORÍA JURÍDICA

Tiago Cappi Janini¹

LA INDETER-
DEFINIBILIDAD
DE LA “ACCIÓN”,
“PROCEDIMIENTO” Y
“NORMA” EN LA TCD

Introducción

Los seres humanos en su caminata de la vida realizan incontables actos, movimientos, acciones que, muchas veces, tienen reflejos en la vida de otras personas. Por eso, el derecho tiene como misión garantizar la paz social, apuntando las acciones que sean obligatorias, permitidas o prohibidas. Aunque es un concepto central en el derecho, el concepto de “acción” es prácticamente olvidado por la teoría general del derecho.

En su teoría comunicacional del derecho (TCD), Gregorio Robles demuestra la importancia de la acción jurídica como elemento central del derecho y desarrolla la elaboración de un concepto de acción jurídica de carácter universal, que puede ser usado

¹ Profesor e investigador en el Centro Universitario Salesiano de São Paulo (UNISAL)/Unidad de Lorena.



para todas las posibles acciones jurídicas y aplicable a todas las ramas del ordenamiento jurídico.

Para comprender la acción jurídica como un fenómeno comunicacional, el investigador también tiene que conocer el significado de "procedimiento" y de "norma". Son conceptos que se implican; son interdefinibles. La acción envuelve un procedimiento y una norma o regla.

Así, proponemos examinar la acción jurídica mirando por los ojos de la TCD, incluyendo el procedimiento y la norma. Por ello, en las páginas que siguen se esbozará, en primer lugar, una breve exposición de los fundamentos de la TCD, para, a continuación, ingresar en el concepto de acción genérica y de acción jurídica de acuerdo con los fundamentos de la TCD.

Gregorio
Robles Morchón

Rubén Alberto
Duarte Cuadros

EDITORES

1. Epistemología de la TCD

286

La teoría comunicacional del derecho (TCD) representa una interesante perspectiva de sistematización del conocimiento del derecho que se desarrolla a partir de la premisa: el derecho es texto. Para la TCD, efectivamente, el derecho es lenguaje y, sobre todo, es texto. El lenguaje es el modo de manifestación y de existencia del derecho.

"Texto" debe ser entendido en su sentido *lato*; no solo el texto escrito, sino como signo, como cualquier realidad que puede ser interpretada. El derecho es un conjunto de proposiciones lingüísticas cuya función pragmática es transmitir mensajes que tienen la característica de regular las acciones humanas. Los actos jurídicos son actos comunicacionales y estos actos solo son posibles mediante el lenguaje de las normas. Por ser el lenguaje omnipresente en el derecho, es posible estudiarlo con las mismas herramientas desarrolladas por la filosofía del lenguaje y por la semiótica.

El lenguaje es todo conjunto de signos aptos para transmitir un mensaje; puede ser oral, escrito o simbólico. Aunque sea posible encontrar el lenguaje oral y simbólico en el derecho, ac-

tualmente la escritura es la forma natural en que el derecho se positiviza. Sin palabras no hay el derecho. Dice Robles (2015): "Todo en el derecho es susceptible de ponerse por escrito" (p. 91). No hay duda de que la forma en la que se presentan la constitución, las leyes, los actos administrativos, las sentencias judiciales y los contratos entre particulares es la de un texto.

Cuando Robles sostiene que "derecho es texto" no podemos comprender esa afirmación sencillamente diciendo que el derecho es solo y exclusivamente texto. Es una premisa para empezar a estudiar el fenómeno jurídico. Por eso, el autor sostiene que "decir que el derecho es lenguaje no supone defender una posición ontológica 'fuerte' (algo así como una definición de su 'esencia')" (Robles, 2015, p. 93). El derecho es muchas más cosas, pero una de ellas es ser lenguaje. Es el modo universal de manifestación del derecho en la comunicación humana. Es una constatación existencial del derecho: él se presenta a los ojos de cualquier observador como lenguaje.

Diego Morales (2017) tiene una opinión semejante:

Evidentemente, lo que parece que Robles pretende afirmar con la citada expresión es que, en la medida que el derecho (como institución) necesita, para su materialización, del auxilio de reglas de conducta y de decisiones, éstas se tendrán que apoyar, de algún modo, para resultar operativas (adecuados y correctos instrumentos al servicio del jurista), en el lenguaje (oral o escrito), que es la primera forma natural y básica de comunicación del ser humano, para mediante el uso de las palabras poder orientar las acciones. Por este motivo, en nuestra opinión, no resultaría acertado extraer de esta afirmación la idea, demasiado simple, de que Robles, con ella, trata de sostener que el derecho consiste sólo en normas escritas. Esa postura, sostenida con simpleza, entraría en contradicción con otras, no menos importantes, afirmaciones sobre las que se asienta y encuentra apoyo esta teoría. (p. 28)

En síntesis, la TCD propone el estudio del derecho en cuanto sistema de mensajes, o lo que es igual, como sistema comu-

Tiago
Cappi Janini

287

LA
INDETERDEFINIBILIDAD
DE LA "ACCIÓN",
"PROCEDIMIENTO"
Y "NORMA" EN LA TCD

APORTES
A LA TEORÍA
COMUNICACIONAL
DEL DERECHO (TCD),
FILOSOFÍA DEL DERECHO
Y TEORÍA JURÍDICA

nicacional, que se concretan en textos jurídicos. Si el derecho es comunicación, los actos o acciones cuyo significado es jurídico pueden ser estudiados como actos comunicacionales, como textos.

2. El concepto genérico de “acción” para la TCD

El derecho tiene como finalidad orientar la acción humana. Los textos jurídicos que forman el ordenamiento se destinan a reglamentar los comportamientos de las personas. El derecho se refiere a la acción humana. Por eso, las normas solo tienen sentido cuando se refieren a una acción.

Enseña Robles (2015, p. 271) que la acción es un elemento omnipresente en el derecho, y quizá su elemento más central². De ahí que es importante el estudio de la teoría de la “acción”.

La “acción” es objeto de muchas escuelas de pensamiento. La filosofía la discute desde Platón. En el derecho no es fácil encontrar teorías que traten de la acción humana. Incluso Robles (2015, p. 272) afirma que no existe una auténtica teoría general de la acción aplicable a todos los campos del derecho, a pesar de su desarrollo en las diversas disciplinas jurídicas particulares.

Ante ese problema, la TCD propone un concepto hermenéutico-analítico o comunicacional de acción, concibiéndola como texto. Empieza su trayectoria con el concepto general de acción aplicable a todos los sistemas normativos, como la moral, el juego, los usos sociales y el derecho, hasta llegar a una definición de la “acción jurídica”.

En su sentido genérico, la acción es la significación de un conjunto de movimientos. El movimiento es un fenómeno físico-psíquico,

² En palabras de Robles (2015): “No necesita, pues, de especial demostración la tesis de que la acción constituye un elemento central en el derecho, tan central como pueden serlo los conceptos de norma, decisión o institución, o incluso más central que éstos, puesto que los tres últimos sólo tienen sentido en cuanto presuponen el concepto de acción” (p. 271).

formado de elementos de carácter externo e interno. Los actos de pensar, desear, fantasear, recordar, sentir son internos; solo están presentes en la consciencia del sujeto. De otro lado, hay actos meramente externos, que no comprenden elementos internos, como aquellos realizados en estados de sueño o de hipnosis. La acción es un entramado de movimientos físicos y psíquicos; posee los dos elementos: el externo y el interno.

Para caracterizar una acción, no basta el movimiento. Solamente es posible comprender la acción al atribuir significados al movimiento: “[...] sabemos qué acción es la que realiza una persona porque comprendemos su movimiento en un contexto determinado, dentro del cual el movimiento adquiere su sentido, esto es, se convierte en una acción determinada” (Robles, 2015, p. 192). Así, el observador de una acción tiene que interpretar los movimientos realizados por el sujeto para identificarla. Es una tarea similar a la de un lector de textos. Por eso, la TCD comprende la acción como un texto: tenemos que leerla para saber cuál es la acción realizada. Explica Robles (2015):

Con las acciones hacemos lo mismo que con los textos: vemos sus rasgos externos, los leemos, y los comprendemos en virtud de la comprensión de su contexto situacional. La única diferencia esencial es que en un caso se trata de un texto escrito mientras que en el otro estamos ante un texto “actuado”. (pp. 194-195)

El movimiento de “levantar la mano” es un acto físico que por sí solo es el movimiento de levantar la mano. Para comprender lo que el sujeto quiere decir con ese acto, debemos leerlo envolviendo su contexto. Un mismo movimiento adquiere diversos significados desde los respectivos ángulos en los que es posible interpretarlo, caracterizando una acción específica. “Levantar la mano” en una calle es la acción de cumplimentar a un conocido; en el parlamento, es la acción de votar la aprobación de una ley.

El concepto de acción abarca los conceptos de procedimiento y de norma. Son conceptos que se intersignifican. Dice Robles

Gregorio
Robles Morchón

Rubén Alberto
Duarte Cuadros

EDITORES

288

APORTES

A LA TEORÍA
COMUNICACIONAL
DEL DERECHO (TCD),
FILOSOFÍA DEL DERECHO
Y TEORÍA JURÍDICA

Tiago
Cappi Janini

289

LA
INDETERDEFINIBILIDAD
DE LA “ACCIÓN”,
“PROCEDIMIENTO”
Y “NORMA” EN LA TCD

(2015) que “donde hay acción, hay procedimiento, y también hay norma. Son tres conceptos que se coimplican, que van acompañados siempre. No es posible pensar uno sin relacionarlo de inmediato con los otros dos” (p. 285). Así, aunque existen importantes distinciones entre ellos, los comprendemos como un todo, uno por medio de los demás³.

En todo caso, así “acción”, “procedimiento” y “norma” sean conceptos que se implican, cada uno tiene un significado y una función determinados. Son palabras interdefinibles. Para definir una de esas palabras hacemos referencia a las otras. Así, sencillamente, podemos definir “acción” como la realización de un “procedimiento” descrito lingüísticamente en una “norma”.

Cuando observamos la realidad objetiva, es posible identificar incontables acciones humanas (jurídicas, morales, religiosas, sociales, etc.). Para cada acción damos un nombre: jugar, caminar, rezar, contraer matrimonio, comprar, llamar alguien, legislar, etc. Al nombrar una acción estamos atribuyendo significado a un conjunto de movimientos que hacemos; es el resultado de un proceso o procedimiento. El procedimiento de “andar rápidamente y con tanto impulso que, entre un paso y el siguiente, los pies quedan por un momento en el aire” es la acción de correr. Tenemos la primera interdefinibilidad: la acción es el procedimiento⁴.

3 Paulo de Barros Carvalho (2011) tiene un pensamiento semejante: “[...] importa dizer que *norma, procedimento e ato são momentos significativos de uma e somente uma realidade. O ato é, sempre, o resultado de um procedimento* que tanto *ato* quanto *procedimento* não de estar, invariavelmente, previstos em normas do direito posto” (p. 37). Por eso, el profesor brasileño entiende que es posible analizar los variados conceptos jurídicos por esos tres ángulos: como norma, como procedimiento y como acción. Por ejemplo, la liquidación tributaria es norma, es procedimiento y es acción.

4 La palabra “acción” sufre de la ambigüedad proceso/producto. “Acción” es usada tanto para significar un proceso o procedimiento como para su resultado. Robles (2015, p. 280) observó ese problema, y para separar la acción como resultado de la acción como procedimiento propuso dos perspectivas diferentes para considerar la acción: la estática y la dinámica. La acción estática es la consumada, expresada normalmente con un sustantivo: el saludo, el juramento. De otro modo, la acción dinámica la vemos como algo que se expresa por un verbo: saludar, prestar juramento. Con eso, podemos evitar la ambigüedad usando la palabra “acción” para aquella ya acabada (estática) y “procedimiento” para la acción dinámica.

La teoría de la definición utiliza dos elementos en una definición: el *definiendum*, que corresponde a la palabra o expresión que se va a definir, y el *definiens*, que está compuesto por las palabras utilizadas para explicar el significado del *definiendum* (Copi, 1981). Así, “triángulo” es ‘una figura compuesta por tres lados y tres ángulos’. “Triángulo” es el *definiendum* y “una figura compuesta por tres lados y tres ángulos” es el *definiens*.

Entendemos que es posible aplicar esa distinción entre *definiendum* y *definiens* para aclarar los conceptos de acción y procedimiento. La acción está para el *definiendum* y el procedimiento para el *definiens*. El procedimiento consiste en los movimientos que debemos practicar para realizar la acción. Sabemos que “correr” (*definiendum*) es ‘andar rápidamente y con tanto impulso que, entre un paso y el siguiente, los pies quedan por un momento en el aire’ (*definiens*). La acción de correr solamente es posible si realizo el procedimiento que la describe. En otras palabras: la acción de correr existe porque hay un procedimiento de correr que la define.

Además, esa es una acción genérica; toda la acción de correr tiene que observar el procedimiento genérico de ir deprisa, poniendo en marcha las piernas. Solamente sabemos lo que es correr porque conocemos la acción genérica de correr. Ahora, si realizamos la acción de correr de acuerdo con el procedimiento genérico (*definiens*) de correr en determinado contexto, estamos delante de una acción concreta, o mejor, una acción vivida.

Por ende, cuando verificamos una situación concreta solo la conocemos si sabemos el significado de la acción genérica correspondiente. Si producimos los requisitos del procedimiento genérico, realizamos una acción concreta en la realidad. Tenemos que saber lo que es correr para decir que Antonio está corriendo en el parque Ibirapuera en la ciudad de São Paulo. Por eso, explica Robles (2015) que “la acción es el *resultado de un proceso interpretativo*” (p. 277) y que “la calificación de un movimiento como una acción concreta es posible gracias a que disponemos de un *modelo genérico de acción* en el que encaja el significado de aquel movimiento” (p. 278). Si no sa-

bemos lo que es correr, tampoco podemos decir que Antonio está corriendo en el Ibirapuera.

Interpretamos la acción concreta para verificar su encaje con una acción genérica. Ese encaje se realiza mediante el mecanismo de la subsunción: “la acción concreta se subsume en la acción genérica que establece la regla procedimental [...]. De este modo se encaja lo concreto (la acción concreta) en lo general (la acción genérica)” (Adanero, 2011, p. 552).

Para conocer una acción tenemos que saber el procedimiento que la describe. Los procedimientos, por su parte, son descritos verbalmente, por medio de lenguaje. La norma es la expresión comunicativa del procedimiento. Procedimiento es “una *regla o norma* que establece lo que un sujeto *tiene* que hacer para realizar una acción” (Robles, 2015, p. 281). Es la regla que determina lo que el sujeto tiene que hacer para realizar la acción. O sea, la regla o la norma comunica en qué casos se realiza una acción. Hay reglas que dicen cómo tenemos que proceder para realizar una acción: lo que hacemos para correr, para manejar, para prestar un juramento, para saludar, etc.

Desde el giro lingüístico, el lenguaje es el elemento esencial para que las personas interpreten el mundo. El mundo solamente es accesible en forma de lenguaje. La comprensión y la interpretación de la realidad son posibles por medio del lenguaje. Las reglas o las normas son el lenguaje que hace posible comprender la acción.

Siempre que realizamos una acción concreta estamos actuando de acuerdo con una regla o norma que expresa lingüísticamente el procedimiento genérico de esa acción. Hay una regla que dice lo que tenemos que hacer para manejar. Por eso, toda acción es expresable en términos lingüísticos. En consecuencia, la acción es texto, un fenómeno comunicativo (Robles, 2015, p. 285).

Tomemos como ejemplo la preparación de una tarta de chocolate. Para lograr preparar una sabrosa tarta de chocolate debemos

buscar una receta que indique lo que tenemos que hacer: cuáles son los ingredientes y sus cantidades, cómo mezclarlos, el tiempo en el horno, etc. La receta es una norma, la formulación lingüística que explica el procedimiento que debe ser recorrido para realizar la acción genérica de preparar una tarta.

Ante una acción concreta, el observador externo la interpreta con la finalidad de encontrar su sentido, o sea, hace algo, como comparar la acción concreta con los procedimientos descritos en las normas para decir cuál es la acción que el sujeto realiza. Cuando digo: “Antonio corre en el parque Ibirapuera”, estoy leyendo esa acción concreta y subsumiéndola; encajándola en la norma que establece cómo se corre.

Luego de explicar que sin norma no hay acción, es importante estudiar qué tipo de norma establece el procedimiento de una acción. Esclarece Robles (2015) que “la norma procedimental es una proposición lingüística que establece los *requisitos necesarios* de la acción” (p. 290). Por eso, es del tipo de las normas técnicas, que establecen “[...] la técnica, el proceder necesario para realizar una acción o alcanzar un resultado” (p. 290).

La norma procedimental se expresa por el verbo *tener que*; no establece qué tiene que hacer para realizar una conducta. Así, no prescribe un deber, sino una necesidad. Si deseamos hacer una acción, es necesario, se tiene que hacer lo que determina la regla. No es posible elegir otro medio.

Por lo tanto, para realizar una acción concreta tenemos que seguir el procedimiento genérico establecido por una regla o norma procedimental. En suma: (a) la norma es la expresión lingüística donde encontramos la descripción del procedimiento que consiste la acción; (b) el procedimiento es la sucesión de movimientos practicados de acuerdo con la norma y caracteriza una acción; (c) la acción es el resultado de la actividad realizada de conformidad con el procedimiento descrito por una norma.

Queda clara la interdefinibilidad de los conceptos de “acción”, “procedimiento” y “norma”. Sin la expresión lingüística de una

Gregorio
Robles Morchón

Rubén Alberto
Duarte Cuadros

EDITORES

292

APORTES

A LA TEORÍA
COMUNICACIONAL
DEL DERECHO (TCD),
FILOSOFÍA DEL DERECHO
Y TEORÍA JURÍDICA

Tiago
Cappi Janini

293

LA
INDETERDEFINIBILIDAD
DE LA “ACCIÓN”,
“PROCEDIMIENTO”
Y “NORMA” EN LA TCD

norma no tengo el procedimiento. Por eso, “[...] sin procedimiento no hay acción, y sin regla no hay procedimiento; ergo, sin regla no hay acción. Realizar una acción, pues, es actuar de acuerdo a reglas” (Robles, 2015, p. 283).

3. Las acciones jurídicas

Hay dos tipos de realidad: la fenoménica y la jurídica. La fenoménica engloba todas las acciones posibles, producidas o no por el hombre. La realidad jurídica es aquella creada por los textos del derecho. De todos modos, siendo la realidad el punto de partida para la construcción de la jurídica, son ámbitos⁵ distintos.

La realidad jurídica es construida por los textos jurídicos. Como dice Barros Carvalho (2008, pp. 172-173), el lenguaje del derecho positivo, formado por el conjunto de los enunciados prescriptivos emitidos por el Poder Legislativo, por el Poder Judicial, por el Poder Administrativo y también por el sector privado, es el que *es, forma, crea y propaga* la realidad jurídica.

La acción jurídica es un tipo de acción. Por eso, todo lo que decimos en la sección anterior es aplicable a la acción jurídica. La norma jurídica establece el procedimiento genérico que tenemos que seguir para realizar una acción jurídica concreta.

En el universo de todas las acciones posibles, hay acciones que interesan al derecho y otras que nada tienen que ver con el derecho. Así, tenemos las acciones jurídicas que son los significados de ciertos movimientos que el derecho desea que sean reglamentados. Son acciones jurídicas las contempladas por normas jurídicas. Son jurídicas en tanto creadas por el derecho que les atribuye consecuencias jurídicas.

5 Para la TCD, el ámbito es como un espacio virtual dentro del cual tienen lugar todos los procesos comunicativos, incluidas las acciones de todo género. Existe el ámbito jurídico, pero también ámbitos sociales, religiosos, morales, económicos; cada uno demarcado por su específico proceso comunicativo.

El derecho mira las acciones y escoge aquellas que desea reglamentar. Para eso, produce normas jurídicas, o sea, textos jurídicos. El lenguaje del derecho separa del dominio de lo real lo que es jurídico y lo que no lo es. Así, las acciones jurídicas solo pueden explicarse en términos de las normas jurídicas. Se comprende la acción jurídica por medio de la formulación lingüística de la norma procedimental. Leemos los movimientos desde la perspectiva de los textos jurídicos para comprender la acción jurídica.

Como el derecho es un objeto cultural, las escogencias de lo que sea una acción jurídica o no son hechas por los seres humanos. Por eso, las acciones jurídicas son convencionales. Dicho de manera más formal: la norma jurídica procedimental que establece los requisitos necesarios de una acción es de tipo convencional.

Las formulaciones lingüísticas de las normas procedimentales permiten identificarlas en causal, lógica y convencional. Por supuesto, su contenido es una acción causal, lógica o convencional. Una norma causal apunta un medio para que se consiga un efecto: si deseamos el efecto e, tenemos que realizar la causa c. Esa norma mira el mundo de los acontecimientos fisicalistas. De ese modo, la acción causal es un fenómeno natural. La norma lógica se refiere a la concatenación formal de los argumentos y no a fenómenos de la naturaleza, como la norma causal.

La norma convencional es arbitraria, producida de acuerdo con el deseo de su creador. No deriva ni de la naturaleza ni de la lógica. No tiene previas condiciones que le son impuestas; solo que sea posible realizar la acción que ella describe. Son normas que no derivan de una realidad previa. Es una construcción artificial.

Las normas jurídicas son convencionales, pues son creadas por el hombre independientemente de la realidad previa. La acción jurídica es lo que una norma procedimental convencional dice. Así, para tener una acción jurídica es imprescindible que cumpla los requisitos de la regla procedimental. Como dice Robles (2015):

Gregorio
Robles Morchón

Rubén Alberto
Duarte Cuadros

EDITORES

294

APORTES

A LA TEORÍA
COMUNICACIONAL
DEL DERECHO (TCD),
FILOSOFÍA DEL DERECHO
Y TEORÍA JURÍDICA

Tiago
Cappi Janini

295

LA
INDETERDEFINIBILIDAD
DE LA "ACCIÓN",
"PROCEDIMIENTO"
Y "NORMA" EN LA TCD

La acción jurídica es una acción típicamente convencional, establecida o creada por una norma o regla procedimental. Ésta determina los requisitos necesarios de la acción jurídica, y esa determinación la hace *ex conventione*, no porque provenga de la naturaleza física o lógica (como sucede con las reglas procedimentales causales y lógicas). (p. 304)

Sin embargo, para que una acción sea jurídica poco importa si existe en la naturaleza o no. Basta una convención. La acción jurídica de celebrar un contrato de compraventa de un carro no es natural. Es una ficción jurídica creada por los textos jurídicos. Apenas aquellos que conocen las normas jurídicas contractuales saben cómo realizar esa acción. De otro modo, la muerte es un fenómeno natural que el derecho transforma en jurídico atribuyéndole efectos jurídicos. Para eso, es necesaria una norma del ordenamiento que cree las acciones jurídicas que el fenómeno natural muerte puede desarrollar. Es necesaria una decisión que crea el “homicidio”, el “aborto”, la “pensión por muerte”, la “sucesión”, el “impuesto causa mortis”.

Hay igualmente acciones jurídicas genéricas y concretas. Enseña Mercedes Adanero (2011) que

la acción genérica es la acción constituida por el derecho, pero la acción concreta es aquella que produciéndose o no en el mundo natural es evaluada a la luz de la acción genérica o regla procedimental que le dota de sentido, conectando a la acción concreta las consecuencias jurídicas oportunas. (p. 555)

En el derecho hay un fenómeno de aplicación o concreción. Muchas veces no basta solamente hacer la interpretación de la acción concreta para identificarla con la norma procedimental genérica. Es necesario producir otra norma, ahora concreta, que impone consecuencias jurídicas para una acción concreta realizada. De ese modo, hay dos tipos de textos: uno que dice el procedimiento de la acción jurídica genérica y otro que afirma la existencia de una acción jurídica concreta y le atribuye consecuencias.

El ejemplo del matrimonio puede ayudar a explicar lo que mencionamos. La acción de contraer matrimonio tiene distintos efectos de acuerdo con el ámbito en que ocurre. Para la religión católica nos casamos cuando participamos de una ceremonia en la presencia de un padre. Solamente si se realiza esa acción concreta, el matrimonio produce efectos en el ámbito católico: no se puede contraer otro matrimonio y tampoco pueden casarse dos personas del mismo sexo.

“Contraer matrimonio” es igualmente una acción jurídica. Hay una descripción de su procedimiento genérico en una norma jurídica que la acción genérica: cuando dos personas manifiestan, en frente un juez, su voluntad de establecer vínculo conyugal y el juez los declara casados. Esa es la acción jurídica genérica de casarse prevista en el ordenamiento jurídico brasileño (art. 1.514 del Código Civil y Resolución 175/2013 del Consejo Nacional de Justicia –CNJ–). Son textos jurídicos que integran el ordenamiento jurídico brasileño. Solamente es posible interpretar lo que es contraer matrimonio, para el derecho brasileño, si conocemos las normas contenidas en esos textos.

Existe una decisión de los legisladores que crean el matrimonio en el derecho. No encontramos el casamiento en la naturaleza. Tampoco es un razonamiento lógico. Es la norma jurídica convencional que dota de sentido el matrimonio en el ámbito del derecho, así como la norma religiosa católica convencional atribuye los valores cristianos al matrimonio.

Ahora, si tenemos una declaración de un juez que dice: “El 27 de agosto de 2019, Antonio y João contraerán matrimonio en la ciudad de Lorena, São Paulo, Brasil”, estamos ante una norma concreta que habla de la acción jurídica concreta de contraer matrimonio, la cual producirá consecuencias jurídicas en Brasil, como la sucesión, la transmisión de bienes, la pensión por muerte. Nótese que esa acción no es posible en el ámbito de la religión católica (no acepta el casamiento de personas del mismo sexo). La misma acción tiene interpretaciones diferentes: una es permitida y tiene efectos jurídicos, otra es prohibida y probablemente la pareja sería excomulgada.

Gregorio
Robles Morchón

Rubén Alberto
Duarte Cuadros

EDITORES

296

APORTES

A LA TEORÍA
COMUNICACIONAL
DEL DERECHO (TCD),
FILOSOFÍA DEL DERECHO
Y TEORÍA JURÍDICA

Tiago
Cappi Janini

297

LA
INDETERDEFINIBILIDAD
DE LA “ACCIÓN”,
“PROCEDIMIENTO”
Y “NORMA” EN LA TCD

Además, es posible que una acción jurídica exista en un ordenamiento y no en otro. Hay países que todavía no aceptan el matrimonio homoafectivo y otros más rigurosos que atribuyen la prisión perpetua y la pena de muerte para los homosexuales. La acción jurídica de contraer matrimonio entre personas del mismo sexo es permitida en Brasil. La misma acción es un crimen en Paquistán. Son realidades jurídicas distintas.

Así, la acción jurídica está prevista en una norma jurídica procedimental. Los textos del derecho no solamente presentan los requisitos para realizar una acción jurídica concreta, igualmente traen las consecuencias jurídicas que la realización de esa acción implica.

Por fin, como bien observa Barros Carvalho (2011, p. 35), para la TCD *acción y conducta* no son sinónimos. El concepto de acción es semánticamente más vasto. La conducta es una acción caracterizada por un *deber*. De tal manera, toda conducta es una acción, pero no toda acción implica una conducta.

4. La norma jurídica procedimental

Identificado el concepto de acción, debemos observar los tipos de normas jurídicas que regulan las acciones. La TCD clasifica las normas jurídicas atendiendo a su función en relación con las acciones y a su verbo característico (Robles, 2015, pp. 212-242).

En un primer momento, las normas jurídicas son dirigidas directa o indirectamente a orientar la acción humana. La proposición lingüística que es la norma no puede ser entendida sino en relación con la acción. Como ya señalamos, la función primordial de las normas jurídicas es dirigir u orientar la acción humana y las normas realizan esa función de forma directa o indirecta. Así, utilizando como criterio la "acción humana", es posible separar las normas en dos clases: *normas directas de la acción y normas indirectas de la acción*.

Las normas indirectas no regulan acciones, sino que se limitan a firmar los presupuestos de la acción, estipulando los

elementos espaciales y temporales, así como los sujetos, sus capacidades y competencias. Crean condiciones previas para la regulación directa de las acciones. Son normas ónticas, pues crean algo. Se expresan por el verbo *ser*.

Por su parte, la norma directa contempla en sí misma una acción. La TCD señala tres tipos de normas directas de la acción que establecen procedimientos, poderes o deberes, cuyos verbos característicos son *tener que, poder y deber*, respectivamente. Explica Robles (2015):

[...] a) las normas cuya función consiste en establecer la acción misma, que son las normas procedimentales; b) aquellas que declaran que la acción es lícita, autorizándola, que son las normas potestativas; y, por fin, c) las normas que tienen por objeto exigir la acción como debida, que podemos llamar normas deónticas. (p. 231)

Para fines de este estudio, dedicaremos atención a las normas jurídicas directas de acción procedimentales. Ese tipo de norma constituye, crea la acción. Procuramos dejar claro que la acción es un procedimiento y la norma que establece el procedimiento crea la acción. Sin norma jurídica no es posible una acción jurídica. La norma que crea la acción jurídica es la procedimental, que se manifiesta por el verbo *tener que*. En su contenido encontramos el procedimiento que tenemos que seguir para realizar una acción.

La norma procedimental crea la acción como una realidad jurídica. Una acción solamente se torna jurídica si tiene su procedimiento establecido por una norma jurídica. El "homicidio" existe jurídicamente porque hay una norma que describe su procedimiento.

Clasificar la acción como lícita o ilícita, como permitida o prohibida, es una tarea secundaria. Primero es necesario crear la acción; después otra norma establece sus consecuencias. El legislador establece lo que es el "homicidio" y posteriormente lo cualifica como prohibido. Antes de ser una acción ilícita, es

Gregorio
Robles Morchón

Rubén Alberto
Duarte Cuadros

EDITORES

298

APORTES

A LA TEORÍA
COMUNICACIONAL
DEL DERECHO (TCD),
FILOSOFÍA DEL DERECHO
Y TEORÍA JURÍDICA

Tiago
Cappi Janini

299

LA
INDETERDEFINIBILIDAD
DE LA "ACCIÓN",
"PROCEDIMIENTO"
Y "NORMA" EN LA TCD

una acción. Enseña Robles (2015) que “la consecuencia de no cumplir la norma procedimental no es la infracción de un deber, sino la no realización de la acción que, presumiblemente, se pretendía realizar” (p. 234).

Las normas procedimentales se expresan mediante la forma verbal *tener que*, con el sentido de *es necesario que*. Tienen formas lingüísticas del tipo: “si alguien quiere cometer un homicidio, tiene que matar a otro”; “si alguien se quiere casar, tiene que presentar determinados documentos ante la autoridad”.

En conclusión, la norma procedimental señala los requisitos necesarios (procedimiento) que una acción tiene que cumplir para que sea una acción jurídica y produzca consecuencias jurídicas. Con eso, se demuestra la interdefinibilidad de los conceptos de “norma jurídica procedimental”, “procedimiento” y “acción jurídica”.

El concepto de “acción jurídica” es un concepto central para el derecho, pues se encuentra íntimamente conectado con el concepto de “norma jurídica procedimental”. La norma es la expresión lingüística que define lo que es una acción jurídica; lo que es necesario hacer para que el sujeto realice una acción jurídica. Es conjunto de requisitos, es el procedimiento.

Así, la TCD propone una definición de acción jurídica que sea útil para todos los ordenamientos, y no solo para una determinada rama del derecho, como hacen los penalistas, civilistas y administrativistas. El derecho carece de un concepto general de acción jurídica.

La definición del concepto de “acción” envuelve los conceptos de “procedimiento” y de “norma”. En suma: (a) “norma jurídica” es la expresión lingüística donde encontramos la descripción del procedimiento que crea una acción jurídica; (b) “procedimiento” es la sucesión de movimientos practicados de acuerdo

con la norma jurídica y caracteriza una acción jurídica; (c) “acción jurídica” es el resultado de la actividad realizada de conformidad con el procedimiento descrito por una norma jurídica del tipo procedimental.

Observamos que son conceptos interdefinibles: sin norma no hay descripción del procedimiento; sin procedimiento no hay acción. Por consiguiente, la norma jurídica es la expresión lingüística que crea una acción jurídica.

Referencias

- Adanero, M. G. (2011). La acción en la teoría comunicacional del derecho. La acción como texto. En P. de B. Carvalho y G. Robles (Eds.). *Teoria comunicacional do direito: diálogos entre Brasil e Espanha* (pp. 533–562). São Paulo: Noeses.
- Carvalho, P. de B. (2011). Regras técnicas ou procedimentais no direito tributário. En P. de B. Carvalho y G. Robles (Eds.). *Teoria comunicacional do direito: diálogos entre Brasil e Espanha* (pp. 33–45). São Paulo: Noeses.
- Carvalho, P. de B. (2006). *Direito tributário: fundamentos jurídicos da incidência* (4th ed.). São Paulo: Saraiva.
- Copi, I. M. (1981). *Introdução à lógica* (3rd ed.). São Paulo: Mestre Jou.
- Morales, D. M. (2017). Comunicación y derecho. Transcendencia de una teoría. En D. M. Morales (Ed.). *La teoría comunicacional del derecho a examen* (pp. 23–41). Cizur Menor (Navarra): Civitas Thomson Reuters.
- Robles, G. (2015). *Teoría del derecho: fundamentos de teoría comunicacional del derecho* (6th ed., vol. 1). Cizur Menor (Navarra): Civitas Thomson Reuters.
- Robles, G. (2012). *Comunicación, lenguaje y derecho*. México, D.F.: Fontamara.

Gregorio
Robles Morchón

Rubén Alberto
Duarte Cuadros

EDITORES

300

Conclusión

APORTES
A LA TEORÍA
COMUNICACIONAL
DEL DERECHO (TCD),
FILOSOFÍA DEL DERECHO
Y TEORÍA JURÍDICA

Tiago
Cappi Janini

301

LA
INDETERDEFINIBILIDAD
DE LA “ACCIÓN”,
“PROCEDIMIENTO”
Y “NORMA” EN LA TCD

Ginés Marco
Perles¹

LA DECISIÓN
JUDICIAL EN
LA TEORÍA
COMUNICACIONAL
DEL DERECHO Y SUS
IMPLICACIONES
ÉTICAS

1. Introducción

La génesis del tópico de esta contribución trae causa del análisis exhaustivo de los dos volúmenes (hasta la fecha publicados) de la gran obra del profesor Gregorio Robles (2015), *Fundamentos de teoría comunicacional del derecho*, y otro tanto de su reciente monografía *Cinco estudios de teoría comunicacional del derecho* (2018).

En esta última obra, el profesor Robles (2018) dedica todo un capítulo a la llamada “teoría comunicacional de las decisiones jurídicas” (pp. 19-39). Este capítulo se erige, por cierto, en verdadero antecedente del tercer volumen (todavía no editado de sus *Fundamentos de teoría comunicacional del derecho*), que versará sobre las decisiones jurídicas en la teoría comunica-

¹ Decano de la Facultad de Filosofía, Antropología y Trabajo Social de la Universidad Católica de Valencia.



cional del derecho. Y es precisamente en ese capítulo aludido donde aparece un epígrafe que trata expresamente acerca de las decisiones judiciales, esto es, de las decisiones jurídicas productoras de textos normativos (decisiones jurídicas sistémicas). Y, lo que considero más importante, se detalla el modo en que habitualmente se enfrentan los jueces y magistrados ante los casos sometidos a su escrutinio. Por cierto, todo ello tratado desde una doble perspectiva, a saber: desde un punto de vista académico, a partir de los postulados de la teoría comunicacional del derecho, y desde un punto de vista práctico, extraído de experiencias del foro.

Es en esta última perspectiva donde quisiera detenerme para, acto seguido, tratar de dar respuesta al siguiente objetivo genérico: “conocer los elementos más significativos en los que se basan los jueces y magistrados para tomar decisiones encaminadas a impartir justicia”. Pues bien, para dar respuesta a este objetivo no he encontrado mejor instancia que apelar a lo referenciado en la nota 32 de *Cinco estudios de teoría comunicacional del derecho*, y que tiene, en este caso, como protagonista al profesor Pablo Lucas y a la sazón magistrado del Tribunal Supremo de España en su Sala Tercera de lo contencioso-administrativo. En uno de sus comentarios a la obra, a instancias de su autor, vino a destacar que, en la práctica diaria, los jueces y magistrados a la hora de resolver los casos acuden regularmente a tres elementos, a saber: 1. los principios jurídicos, 2. los precedentes judiciales, 3. la prudencia.

Considero esta cita de gran trascendencia como para analizar su contenido con exhaustividad. Y todo ello no solo por lo que se expresa en la misma (en donde se refiere, entre otros aspectos, al recurso a una virtud ética como es la prudencia), sino también por lo que se omite. En efecto, en la práctica diaria de los jueces es usual que estos, para resolver un caso, terminen por prescindir del “farragoso” recurso consistente en consultar la doctrina y acaben acudiendo directamente, por un lado, a las alegaciones de los abogados de las partes del proceso y, por otro, a la base de datos informática de que dispongan en busca de un precedente parecido para, una vez encontrado, aplicar análoga solución con los matices que la prudencia les

aconseje. Este modo de proceder no supone en forma alguna que la doctrina sea irrelevante², pero sí suscita la necesidad de indagar en torno a la formación ética que reciben los jueces y magistrados, incluso desde el temprano momento en el que estos acceden a las Escuelas de Práctica Judicial, pues será la virtud ética de la prudencia –y la formación ética que presupone la vivencia de la misma– el factor causal clave que nos permitirá dar razón de cómo resuelven aquellos casos que –en el día a día– son sometidos a su consideración.

2. La decisión judicial como una especificidad de los procesos de toma de decisiones

Los procesos de toma de decisiones han alcanzado verdadera notoriedad en el ámbito de las ciencias sociales de nuestro tiempo, hasta el punto de que la ciencia política ha ido evolucionando en estricto paralelismo con la implementación de decisiones que han hecho suyas gobernantes y personajes históricos. Bien es cierto que, con anterioridad a la irrupción en el ámbito político, las denominadas “ciencias de la dirección” ya hacían uso de tales procesos de toma de decisiones. En el caso de las ciencias jurídicas no cabe decir lo mismo, quizá porque han hecho especial hincapié en el mandato que confieren las normas, y no tanto en la génesis de las mismas que, dicho sea de paso, presupone una decisión.

Entre otros factores, y para proporcionar una réplica a semejante percepción, se ha ocupado –en fecha reciente– la teoría comunicacional del derecho, a través de un autor tan insigne como el profesor Gregorio Robles. La relevancia que esta teoría jurídica le ha proporcionado a la decisión ha llegado al extremo de defender la tesis de que “no hay norma ni institución jurídica sin decisión. La decisión está en el origen de todo lo jurídico...” (Robles, 2015, p. 125). A continuación, empleando una bella metáfora, el profesor Robles llegará a decir que

² La doctrina dista, desde luego, de ser irrelevante, porque los principios a los que se alude han sido normalmente objeto de interpretación doctrinal. Como expresa el profesor Robles (2018): “hay que desconfiar de los principios ‘moralmente intuitivos’” (p. 32).

[...] la decisión no canaliza un derecho previamente existente, como canaliza el hombre con su construcción artificial el agua que brota espontáneamente. La decisión es ella misma derecho. El agua existe independientemente de la fuente, pero el derecho no existe independientemente de la decisión. (p. 125)

Entre las decisiones en las que el profesor Robles se ha detenido con exhaustividad, cabe mencionar las denominadas decisiones jurídicas creadoras de textos potencialmente normativos (decisiones jurídicas *ordinamentales*, cuya implementación se puede expresar en un texto constitucional, en leyes, tratados, etc.); las decisiones jurídicas generadoras de *propuestas* de textos normativos (*decisiones jurídicas de propuestas normativas*); y las decisiones jurídicas productoras de textos normativos (*decisiones jurídicas sistémicas*).

Esta última modalidad aludida de decisiones las han de asumir las autoridades jurídicas –sobre todo, los tribunales de justicia–, quienes se encuentran para resolver los casos tomando como referencia “dos bibliotecas”: por una parte, tendrían ante sí los textos jurídicos ordinamentales (por ejemplo, los *corpus* legislativos en la forma de códigos, así como las leyes especiales); por otra parte, contarían con los textos del sistema didáctico-expositivo, que incluirían los comentarios a dichos códigos y a dichas leyes, así como los tratados, manuales y monografías que prestan orden sistemático y tratamiento completo (sin lagunas, sin contradicciones, etc.) a los textos de esos *corpus* legales.

La trascendencia de las decisiones judiciales trae causa tanto de su incidencia práctica en la recta administración de justicia como de la teoría que toma su nombre, pues no en vano emplea una singular metodología, de corte crítico-reflexiva, dado que “se cuestiona por los valores inherentes al ordenamiento jurídico, las decisiones que lo componen, desarrollan y, en última *ratio*, la finalidad de toda decisión jurídica: la justicia” (Robles, 2009, p. 56; cit. por Sánchez Hidalgo, 2017, p. 86).

No obstante, la administración de justicia ha recibido una inusitada influencia de uno de los dogmas del positivismo jurídico

(cuya eclosión se dio en el siglo XIX, pero que continuó influyendo en buena parte del siglo XX), y que se concretaría –entre otros postulados– en que la única tarea que están impelidas a acometer las autoridades judiciales es la aplicación de la ley.

Ahora bien, aun estando fuera de toda duda que a las autoridades judiciales les corresponde aplicar la ley, tampoco se pone en cuestión el hecho de que las leyes plantean a su vez muchas cuestiones interpretativas, en la medida en que el ordenamiento está lejos de ofrecer siempre y en toda ocasión una regla clara para resolver las diversas controversias. Precisamente por el margen de discrecionalidad que queda incoada en la actuación de jueces y magistrados, la formación ética que estos posean merece un estudio destacado³, por mucho que las autoridades judiciales se acaben sirviendo de los letrados a su servicio o de las opiniones doctrinales que merezcan el calificativo de “mayoritarias” o “dominantes”.

En este proceso comunicacional que se da entre el legislador, el jurista (dogmático) que elabora la doctrina y las autoridades judiciales, tenemos las claves para entender cómo se forja el sistema jurídico propiamente dicho. Dicho con otras palabras, del ordenamiento –resultado de la implementación de decisiones jurídicas ordinamentales– se pasa al sistema jurídico (que, a su vez, está formado por el conjunto de propuestas doctrinales que tienen éxito al incorporarse a las decisiones de las autoridades judiciales). Este tránsito, como bien señala el profesor Robles (2018, p. 31), se lleva a término a través de un complejo fenómeno de actos comunicacionales cuyos protagonistas son los actores señalados.

3 Cosa distinta en la praxis cotidiana de los jueces y magistrados se da cuando existe disposición aplicable y no entra en contradicción con otra ni suscita dudas, pues en esos casos lo usual será extraer de ella las consecuencias. Los principios entrarían en juego cuando no hubiera claridad respecto de o en la regulación aplicable. Por lo que hace referencia a la jurisprudencia, cabe decir que sigue siendo un factor guía insoslayable, en la medida en que exista sobre el problema planteado para hacer efectiva la igualdad en la aplicación de la ley y la seguridad jurídica. Esto último no significa que deba mantenerse de manera invariable el recurso a la jurisprudencia consolidada porque si hay razones que avalen descartar determinada línea jurisprudencial se podrá hacerlo, aunque eso suceda de manera gradual y con el lento transcurrir del tiempo... Más fácil será buscar en el caso diferencias que permitan eludir la aplicación de la jurisprudencia consolidada cuando observarla conduzca a situaciones injustas.

El sistema jurídico “está formado por el conjunto de propuestas doctrinales que tienen éxito al incorporarse a las decisiones de las autoridades. Son éstas las que dan el ‘visto bueno’ a las propuestas de los autores; y lo hacen a través de sus decisiones” (Robles, 2018, p. 31). Por tanto, a las autoridades judiciales no les queda otra alternativa más que *decir el derecho* caso a caso en un proceso de toma de decisiones que presupone la admisión, o no, de estas o aquellas propuestas doctrinales. Y en ocasiones puede acontecer que la doctrina de los autores no proporcione ninguna propuesta, o bien que las que estén formuladas no resulten convincentes. En tales casos, no les quedará otro remedio a las autoridades judiciales que decidir –de un modo *prudente*– una respuesta a la cuestión planteada.

Ahora bien, la apelación a la virtud de la *prudencia* nos remite a la ética, aunque conviene adelantar que cualquier tradición ética no sería adecuada. La cuestión sería entonces cómo propiciar un retorno a una ética –en la formación de los jueces y magistrados– que trascienda el procedimentalismo actualmente imperante (Robles, 2016, p. 184), y que sea compatible con una sociedad tan marcadamente pluralista como la nuestra (González, 2009, p. 147).

3. ¿Se puede enseñar a ser ético?

La pregunta en torno a si se puede enseñar la ética o a ser ético se retrotrae a Platón y a sus constantes preguntas en sus diálogos acerca de si se puede enseñar la virtud o si se puede enseñar a ser buenos.

En el mundo clásico se comenzó a plantear este problema –y de un modo sistematizado– en Aristóteles (1999): “el llegar a ser buenos piensan algunos que es obra de la naturaleza, otros que del hábito, otros que de la instrucción” (p. 170). Y su respuesta sigue sin dejar indiferente a nadie: para llegar a ser buenos no basta la instrucción racional, pues la ética no es una disciplina puramente especulativa, sino práctica. De ahí la importancia concedida por Aristóteles a los hábitos; tanta, que llega a considerarlos esenciales para asistir a sus clases

de ética⁴: a fin de sacar algún provecho de ellas, dice, es preciso haber sido bien conducido por las costumbres (Aristóteles, 1999; cit. por González, 2009, p. 147). Así pues, como parte importante de la propedéutica para la ética tenemos la misma experiencia de la vida buena, según Aristóteles: quien vive bien ya conoce el contenido de la moral. Y a ese le falta poco para llegar a conocer los principios morales. Hasta el punto de que “si no los conoce, no tardará en descubrirlos, pues de hecho los ejerce constantemente” (González, 2009, p. 148).

Ahora bien, ¿todavía podemos hablar de “buenas costumbres”? Esta pregunta –tan propia de nuestro tiempo– remite a un planteamiento –el aristotélico– que nos deja un tanto perplejos. Y esto por las siguientes dos razones:

La primera razón de perplejidad es porque Aristóteles habla de las buenas costumbres como si todos supieran cuáles son las buenas costumbres, cuando lo cierto es que dicha expresión dista de estar clara en el momento en que carecemos de un universo moral compartido y el único consenso básico sería la convicción de que los hombres y las mujeres somos autónomos y debemos orientar nuestra vida como nos parezca mejor, con independencia de lo que juzguen los demás sobre ello. La diversidad de formas de vida –connatural al pluralismo ético e implícita a tal consideración– se reviste con el nombre de “autenticidad”, por más que autores como Taylor (1994) hayan llamado la atención sobre la necesidad de no entender ese término en clave individualista, mostrando hasta qué punto las relaciones con los demás y con la propia tradición desempeñan un papel decisivo en la configuración de la propia identidad. En cualquier caso, la invocación aristotélica a “las buenas costumbres” parece estar dando por supuesto que hay otras que no lo son, por lo que surge de inmediato la pregunta de cómo podemos aceptar ese punto de vista en una sociedad como la nuestra, que ha enarbolado la bandera de la diversidad cultural como rasgo distintivo.

⁴ Haciéndose eco de esa referencia aristotélica, pero “dándole la vuelta”, Alasdair MacIntyre sostendrá la irrelevancia de la enseñanza de una ética alejada de la formación de hábitos. Cfr.: MacIntyre (2015, pp. 7-21).

Gregorio
Robles Morchón

Rubén Alberto
Duarte Cuadros

EDITORES

308

APORTES

A LA TEORÍA
COMUNICACIONAL
DEL DERECHO (TCD),
FILOSOFÍA DEL DERECHO
Y TEORÍA JURÍDICA

Ginés Marco
Perles

309

LA DECISIÓN JUDICIAL
EN LA TEORÍA
COMUNICACIONAL
DEL DERECHO Y SUS
IMPLICACIONES ÉTICAS

La segunda razón de perplejidad se da porque en el planteamiento de Aristóteles se asume que la finalidad de la ética es el aprendizaje de la virtud, pero esta idea –como sostiene Ana Marta González (2009)– “suena en nuestros oídos un tanto problemática” (p. 150), quizá porque para gran parte de la ética desde la modernidad se concibe como misión propia enseñar a tomar decisiones correctas obviando la virtud. Sin duda, se puede objetar que es imposible tomar una decisión correcta sin haber perfeccionado previamente la razón práctica por la virtud de la prudencia y, por tanto, sin haber adquirido un cierto grado de virtud moral. Pero, entonces, se plantea la espinosa cuestión de cómo llegar a ser prudente, pues ¿hay acaso posibilidades de llegar a ser bueno sin tomar decisiones correctas? E incluso aquí cabe preguntarse cuándo una decisión sería correcta desde el punto de vista ético: ¿cuándo es universalizable al modo kantiano?, ¿cuándo produce mayor felicidad al mayor número de personas, al modo utilitarista?, ¿o bien cuando equilibra mejor consecuencias positivas y negativas de nuestros actos?; aunque aquí nuevamente se nos plantea el problema de cuáles son positivas y negativas. Por si fuera poco, todavía entonces se podría objetar que el calificar de “buena” o “mala” una decisión depende de las concepciones del bien propias de cada cultura, con lo que la ética misma terminaría por disolverse en antropología cultural.

4. Una aproximación a la noción de “pluralismo ético”

Si la sola mención de las anteriores perplejidades basta para ilustrar la complejidad del tema señalado, es cierto también que nos permite llamar la atención sobre el doble sentido que consideramos posee –siguiendo a Ana Marta González (2009)– la expresión “pluralismo ético” (p. 150), que es preciso tener en cuenta, ya que afecta inevitablemente el modo de abordar la enseñanza de la ética, en general, y de la ética dirigida a jueces y magistrados, en particular.

Así, y tomada en un sentido que podríamos llamar “existencial”, la expresión “pluralismo ético” denota la pluralidad de formas de vida en el contexto de una comunidad política. Por otro lado,

y ya en un sentido más epistemológico, la expresión “pluralismo ético” haría referencia a la variedad de filosofías morales.

Aunque con el fin de arrojar alguna luz sobre la enseñanza de la ética lo lógico sería comenzar por la cuestión epistemológica y esclarecer en la medida de lo posible la naturaleza misma de la ética, esta senda nos llevaría demasiado lejos y nos impediría afrontar lo que, desde el punto de vista práctico, todos consideramos prioritario: el pluralismo de formas de vida, con los problemas que puede plantear tanto en el plano de la convivencia como a la hora de buscar lugares comunes sobre los que construir el discurso ético y cimentar la enseñanza de la ética, concebida al modo clásico como doctrina de la vida lograda. O, en otras palabras, cómo afrontar el logro de la vida en el contexto de una sociedad pluralista. Escoger este punto de partida nos obliga a ensanchar el ámbito de nuestras consideraciones, y a recordar que la ética es, en cierto modo, una disciplina política: que la reflexión sobre lo que hace de la vida una vida buena no es ajena en modo alguno a la reflexión sobre lo que hace que la convivencia sea algo más que un ejercicio de tolerancia recíproca: que sea el lugar de expansión de lo humano.

En efecto,

al hablar de sociedad pluralista es un contexto como el presente, lo que se persigue es arrojar alguna luz sobre el modo de resolver los problemas de convivencia que, de hecho, puede plantear el pluralismo, sin adoptar posturas totalitarias, ni tampoco confesionales. Lo que se persigue, por tanto, es tomar políticamente en consideración la posibilidad real que tiene cada persona de enfocar su vida como le *parezca mejor*, con independencia de la opinión que esta postura le merezca a los demás. (González, 2009, p. 152)

El consenso existente acerca de este punto se explica por la valoración positiva que a todos nos merece el respeto a la autonomía de la persona, hasta el punto de estar dispuestos –con tal de defenderla– a padecer algún tipo de incomodidad social. Es verdad que cuando la incomodidad se convierte en conflicto abierto, fácilmente llegamos a pensar que, después

Gregorio
Robles Morchón

Rubén Alberto
Duarte Cuadros

EDITORES

310

APORTES

A LA TEORÍA
COMUNICACIONAL
DEL DERECHO (TCD),
FILOSOFÍA DEL DERECHO
Y TEORÍA JURÍDICA

Ginés Marco
Perles

311

LA DECISIÓN JUDICIAL
EN LA TEORÍA
COMUNICACIONAL
DEL DERECHO Y SUS
IMPLICACIONES ÉTICAS

de todo, ser autónomos no es nuestra única aspiración en la vida. Pero esto no constituye por sí solo una objeción al valor de la autonomía personal: los mejores valores no siempre son los más urgentes; sobrevivir puede ser más urgente que realizar un acto de liberalidad en un momento dado, pero no cabe duda de que es más noble lo segundo que lo primero.

En este contexto, no deja de ser curioso que en los últimos años haya sido más la percepción de la incomodidad –del malestar cultural– que la existencia de un conflicto abierto, lo que ha conducido en mayor medida a la conocida rehabilitación del pensamiento comunitarista. En efecto, desde diversos ángulos se ha querido poner en crisis la noción de sujeto autónomo, aduciendo que en la configuración de su identidad intervienen de forma decisiva los contactos que establece con los otros y que, por consiguiente, el planteamiento que se hace de la propia vida no puede comprenderse como emergiendo libremente de una pura individualidad original.

Con todo, las reflexiones comunitaristas no pasan de ser una corrección al discurso liberal dominante, que sitúa la autonomía individual por encima de cualquier otra consideración. Pues si es cierto que el pensamiento liberal se ha hecho eco en los últimos años de las observaciones procedentes de pensadores de corte más comunitarista, en la práctica el esquema liberal sigue postulando promover unos mínimos éticos en el ámbito público –tolerancia y derechos humanos–, reservando las diferencias sustantivas para la privacidad de cada quien.

Proyectando este esquema sobre la vida social, el pensamiento liberal pretende dar respuesta al principal reto que –en el contexto de la actual sociedad pluralista– tiene planteado la filosofía práctica contemporánea: articular estilos de vida diversos en un marco político común; un reto que adquiere inusitadas dimensiones si del marco nacional trascendemos a un marco globalizado regido por la economía, y sin tomar en consideración más allá de la mera vida.

Ahora bien, ¿tan peligroso resulta el pluralismo ético para la estabilidad social? ¿Y la búsqueda de un minimalismo o procedimentalismo ético sería la única alternativa posible?

Para dar respuesta a esta cuestión, conviene señalar que el pluralismo no tendría por qué conducir necesariamente al malestar y a la fragmentación social de la que se hace eco buena parte de la literatura y de la filosofía práctica contemporánea. Con todo, no deja de ser cierto que el pluralismo ético lleva inscrita una poderosa tendencia en ese sentido, tan pronto como restringe al ámbito privado cualquier discurso que verse sobre lo que hace valiosa a una vida, pues –como sostiene Ana Marta González (2009, p. 153)– tal cosa equivale a restringir enormemente la posibilidad de contrastar en profundidad nuestro parecer o estilo de vida con el de otras personas, perdiendo así la oportunidad de mejorar el nuestro.

Y es que defender la posibilidad de que cada cual viva a su manera, como le parezca mejor, no significa que no haya formas de vida mejores o peores, y, desde luego, no significa negar el hecho cierto de que, especialmente en lo atinente al modo de vivir, todos tenemos un gran deseo de acertar: es verdad, con otras palabras, que cada uno sigue lo que le parece bueno; pero ello no supone que “de manera general uno prefiera el bien aparente al bien real” (González, 2009, p. 154).

Sin duda, el bien aparente puede resultar más atractivo en algunas circunstancias y desde ciertos puntos de vista; pero, en general, los hombres y las mujeres, como animales de realidades que somos, necesitamos del diálogo racional con los otros para aclararnos acerca de la naturaleza del bien. Precisamente por eso, relegar el discurso ético a la esfera privada, cuando es precisamente el diálogo sobre estas cuestiones lo que más luz arroja sobre el propio modo de vivir, es, cuando menos, un desacierto notable.

Ese desacierto se presenta hoy avalado por todos aquellos planteamientos que hacen de la neutralidad ética la tarjeta de acceso a la vida pública. Hasta el punto de que cuando uno abandona el ámbito familiar y se viste de personaje público parece que debería silenciar sus concretas convicciones personales, “dando paso a un discurso objetivo y supuestamente neutral desde el punto de vista ético” (González, 2009, p. 154). El problema de fondo con semejante toma de postura en el ámbito público es la inevitable proyección que de la misma ha-

Gregorio
Robles Morchón

Rubén Alberto
Duarte Cuadros

EDITORES

312

APORTES

A LA TEORÍA
COMUNICACIONAL
DEL DERECHO (TCD),
FILOSOFÍA DEL DERECHO
Y TEORÍA JURÍDICA

Ginés Marco
Perles

313

LA DECISIÓN JUDICIAL
EN LA TEORÍA
COMUNICACIONAL
DEL DERECHO Y SUS
IMPLICACIONES ÉTICAS

remos en el ámbito de las relaciones personales. Y todo ello por la natural unidad de la razón práctica.

Y es que cualquier pretensión de neutralidad ética es un puro artificio, toda vez que los seres humanos somos naturalmente éticos. De ahí que esta pretensión, en la medida que silencia artificialmente la existencia de otras dimensiones humanas, tiende por sí sola a favorecer un determinado estilo de relaciones humanas: concretamente, un estilo de relaciones humanas marcado por la búsqueda del propio interés. La lógica de este proceso está basada en el deseo de no ofender a nadie en sus convicciones –como si estas no pudieran estar sujetas a revisión o perfeccionamiento, y el contraste no nos diera indicaciones para ello–, razón por la que eludimos todos los temas que presumimos conflictivos, pactando así la reducción del discurso público a todos aquellos temas en los que podemos estar de acuerdo, que –más allá de la tolerancia y el respeto a la pluralidad abstracta– son los asuntos que hacen referencia al deseo de vivir (no al deseo de vivir bien).

No hace falta insistir en el hecho de que esta visión es la que resulta dominante en el ámbito de la judicatura, por lo que existe una tendencia a convertir la apelación a la ética en una instancia meramente procedimental que, además, convendrá que se “positivice” en un código de naturaleza ética, pero de cuño básicamente formal y ajeno por completo a la interioridad de quienes tendrían que hacerlo suyo en sus decisiones y en su vida personal.

En esa misma línea, no será de extrañar que el discurso prevalente verse sobre dinero o corrupción, mientras el discurso público se vacía poco a poco de referencias humanas que ayuden a dotar de sentido a la actuación personal. Pues es evidente que palabras que no encuentran eco en la vida pública solo con dificultad pueden arrojar algo de luz sobre la existencia personal. Y a la inversa: las categorías dominantes en la vida pública fácilmente se convierten en los únicos puntos de referencia para quien, por las más variadas circunstancias, no ha tenido otros. Es así como la lógica instrumental puede llegar a imponerse incluso en las relaciones más personales, cuando cada uno termina buscando su interés particular, sin que pue-

da hablarse propiamente de un auténtico bien común⁵. De esto último no han de dejado de verse influenciadas la dogmática penalista y civilista, y la consiguiente jurisprudencia que pudiera basarse en tales aportaciones doctrinales.

En el plano jurídico-político, el bien común existe cuando los ciudadanos hacen algo en común. La cuestión decisiva, entonces, se formula en clave de qué se puede hacer en común en una sociedad pluralista. En este punto, y para eludir el totalitarismo que acompaña a una de sus fuentes inspiradoras: el republicanismo de inspiración rousseauiana-marxista, lo que se ha de subrayar es el carácter práctico del bien común político: no es la identificación previa de la voluntad particular, sino una voluntad general abstracta lo que hace el bien común, la confluencia pública de diversos pareceres que, a pesar de su diversidad, tienen una cosa en común: querer lo mejor para la comunidad.

En ese contexto no es ocioso insistir en la enorme importancia de la opinión pública, destacando que –por definición– la opinión pública ha de ser expresión de la pluralidad de voces que entran en el diálogo político. De lo que se trata, en primer término, pues, es de hablar, de contrastar pareceres, y en el caso de los jueces y magistrados, de escuchar las aportaciones de las partes en el proceso.

A nadie se le escapa, en efecto, que para promover un diálogo semejante se requiere de algo más que palabras: se requiere de un alto grado de compromiso cívico, de la puesta en práctica de bastantes virtudes, y no solo de artificios retóricos, pues bien estamos acostumbrados a esto último.

Por lo demás, que el compromiso político de un ciudadano concreto responda a la búsqueda de su interés privado no le descalifica de suyo ni desde un punto de vista jurídico ni desde un punto de vista ético; desde ambos puntos de vista, en efecto,

5 Del eclipse de la noción de bien común en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional y el Tribunal Supremo de España me he ocupado en Marco, G. (2009). 'Bien común' e 'interés general' en la retórica de los poderes públicos: ¿conceptos intercambiables? *Anuario Filosófico*, 42(96), 613-625.

Gregorio
Robles Morchón

Rubén Alberto
Duarte Cuadros

EDITORES

314

APORTES

A LA TEORÍA
COMUNICACIONAL
DEL DERECHO (TCD),
FILOSOFÍA DEL DERECHO
Y TEORÍA JURÍDICA

Ginés Marco
Perles

315

LA DECISIÓN JUDICIAL
EN LA TEORÍA
COMUNICACIONAL
DEL DERECHO Y SUS
IMPLICACIONES ÉTICAS

lo que importa en primer término es que tal ciudadano, mientras persiga sus intereses, no quebrante las exigencias de la justicia y la solidaridad. A este respecto conviene recordar que la virtud no es un bien entre otros bienes, sino el modo adecuado de perseguir los demás bienes; que no consiste, por tanto, en hacer unas cosas y evitar otras, sino en hacer unas cosas de cierta manera, sin pararse a pensar siquiera en la posibilidad de hacer ciertas otras (que, de acuerdo con la tradición moral, merezcan el calificativo de intrínsecamente malas). En última instancia no es malo perseguir los propios intereses, si por eso se entiende perseguir el bien individual. Todos lo hacemos. Malo sería perseguirlos al margen o por encima de cualquier otra consideración. Así, la diferencia la marca el perseguirlos justa o injustamente (por ejemplo, a costa de los fondos públicos).

Sin duda, lo relevante desde un punto de vista político no son tanto las intenciones o sentimientos que inspiren una acción como las palabras pronunciadas y las obras realizadas. Pero incluso en este sentido es manifiesto que unas y otras, tanto por lo que suponen como por lo que manifiestan, requieren de todos –de los que gobiernan, porque gobiernan; de los gobernados, porque de ellos depende el mismo control del gobierno– algo más que una ética mínima. Se requiere una ética de virtudes.

De esto se sigue cuál es el concepto de ética que debe ser rescatado en el contexto de una sociedad pluralista: no una ética mínima, sino una ética de virtudes. El inconveniente que presenta esta propuesta es que, al menos de entrada, parece menos adecuada al carácter multicultural de nuestras sociedades que las propuestas minimalistas.

En lo que sigue me propongo mostrar que, en contra de lo que pudiera parecer, tanto desde un punto de vista teórico como desde un punto de vista práctico, la ética de la virtud responde mejor a las exigencias del ethos contemporáneo de lo que puede hacerlo la ética mínima.

Seguramente en este contexto tiene utilidad distinguir –nuevamente siguiendo a Ana Marta González (2009, p. 161)– el plano práctico-existencial, en el que se desarrolla la conducta, y el

plano filosófico-práctico, que es el propio de la ética como disciplina que tiene reservado un lugar en el mundo académico. Es útil distinguir, porque parece evidente que, como disciplina académica, la ética no puede ir más allá de la instrucción racional, entre otras cosas porque ello supondría una injerencia indebida en la conducta ajena. Con todo, ello no debe hacer que la ética filosófica sea, por sí misma, una disciplina controvertida, que acusa la irrefrenable tendencia a reflexionar sobre sus propios supuestos. Precisamente por ello, está en su derecho cuando plantea la necesidad de acompañar la instrucción racional con una conducta que incorpore los principios del razonamiento moral: lo que Aristóteles denominaba “buenas costumbres”.

5. Conclusiones

En el presente trabajo he procurado indagar en torno a la génesis, la naturaleza y los efectos de la decisión judicial en el conjunto de la *Teoría comunicacional del derecho* sustentada por el profesor Gregorio Robles. Lo primero que cabe resaltar es la diferenciación que se ha establecido –aunque en tal diferenciación medie una cierta porosidad– entre la fundamentación académica y la vertiente práctica de los procesos de toma de decisiones emprendidos por jueces y magistrados. Dicho con otras palabras, se ha procurado constatar que el “encaje” de las decisiones judiciales en el conjunto de la teoría de las decisiones jurídicas concebida como *pragmática jurídica* dista de ser lineal por el hecho de que los tribunales de justicia se encuentren, para resolver los casos –desde un punto de vista académico–, ante “dos bibliotecas”: la primera, que contiene los textos ordinamentales, y la segunda, que incorpora los textos del sistema didáctico-expositivo, en la vertiente práctica de la actuación judicial, en la cual entran en liza otros elementos, como son: los principios jurídicos, los precedentes judiciales y la prudencia. Al referirnos a este último elemento, estamos apelando a una virtud, y con ella, a la ética, como instancia de formación necesaria para incorporar en la carrera profesional de los jueces y magistrados. Pero también he querido destacar que no basta una apelación formal a la ética ni una conformidad con el minimalismo ético, sino que se precisa una apuesta

Gregorio
Robles Morchón

Rubén Alberto
Duarte Cuadros

EDITORES

316

APORTES

A LA TEORÍA

COMUNICACIONAL

DEL DERECHO (TCD),

FILOSOFÍA DEL DERECHO

Y TEORÍA JURÍDICA

Ginés Marco
Perles

317

LA DECISIÓN JUDICIAL
EN LA TEORÍA
COMUNICACIONAL
DEL DERECHO Y SUS
IMPLICACIONES ÉTICAS

por la ética de la virtud, en tanto tradición ética que aglutina la prudencia y un buen número de otras virtudes, que devienen necesarias para contrarrestar el influjo procedimentalista que acecha a la ética dirigida a jueces y magistrados.

Referencias

- Aristóteles (1999). *Ética a Nicómaco X, 9, 1179b 20-21*. Edición bilingüe y traducción de María Araujo y Julián Marías. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- González, A. M. (2009). *La ética explorada*. Pamplona: EUNSA.
- MacIntyre, A. (2015). The irrelevance of Ethics. En Bielskis, A. y Knight, K. (eds.). *Virtue and Economy. Essays on Morality and Markets*. Farnham: Ashgate Publishing Company.
- Marco, G. (2009). 'Bien común' e 'interés general' en la retórica de los poderes públicos: ¿conceptos intercambiables? *Anuario Filosófico*, 42(96), 613-625.
- Medina, D. (coord.). (2017). *La Teoría Comunicacional del Derecho a examen*. Madrid: Civitas Thomson Reuters.
- Robles, G. (2009). *La justicia en los juegos. Dos ensayos de Teoría Comunicacional del Derecho*. Madrid: Mínima Trotta.
- Robles, G. (2015). *Fundamentos de Teoría Comunicacional del Derecho*, vol. I. Madrid: Civitas Thomson Reuters.
- Robles, G. (2016). *Los derechos humanos y la ética en la sociedad actual*. Madrid: Cuadernos Civitas.
- Robles, G. (2018). *Cinco estudios de teoría comunicacional del derecho*. Buenos Aires: Ediciones Olejnik.
- Sánchez Hidalgo, A. (2017). Los derechos fundamentales en la Teoría Comunicacional del Derecho. En Medina, D. (coord.). *La Teoría Comunicacional del Derecho a examen*. Madrid: Civitas Thomson Reuters.
- Taylor, Ch. (1994). *La ética de la autenticidad*. Barcelona: Paidós.

Gregorio
Robles Morchón

Rubén Alberto
Duarte Cuadros

EDITORES

318

APORTES

A LA TEORÍA
COMUNICACIONAL
DEL DERECHO (TCD),
FILOSOFÍA DEL DERECHO
Y TEORÍA JURÍDICA

Donald
Bello Hutt¹

DOGMÁTICA
Y NORMA EN
LA TEORÍA
COMUNICACIONAL
DEL DERECHO:
UNA CRÍTICA

1. Introducción

Este artículo critica la forma en la que la teoría comunicacional del derecho (TCD) elabora su noción de norma, por no distinguir de manera satisfactoria entre normas y proposiciones normativas. La aplicación de esta distinción conduce a una revisión de la idea presente en la TCD que la existencia de la norma jurídica es independiente del ordenamiento (ORD) y depende, en cambio, conceptualmente, del ejercicio de la dogmática o, en su terminología, del sistema (SIS)².

¹ Flanders Research Foundation (FWO), Instituto de Filosofía, KU Leuven, Bélgica. Correo electrónico: donaldemerson.bellohutt@kuleuven.be

² Mis agradecimientos a Gregorio Robles por sus comentarios y, sobre todo, por sus objeciones. También a Aurelio de Prada, Francisco Campos, Matija Žgur. Versiones de este trabajo han sido presentadas en el Seminario de Filosofía del Derecho dirigido por la Asociación Cultural "Seminario de Filosofía del Derecho", en Madrid, así como también en el Special Workshop "Communicational Theory of Law: Communication, Law, Emotions", del XXII Congreso IVR de Filosofía Jurídica y Social, en Washington D.C. Mis agradecimientos a quienes participaron en ambos eventos. Uso las nomenclaturas "SIS" y "ORD" siguiendo las estipulaciones de Robles (2015a, pp. 141, 149).



Procederé del siguiente modo. Comenzaré describiendo los conceptos básicos de la TCD sobre los que discutiré (sección 2). En la siguiente parte, expondré la distinción entre norma y proposición normativa, y, a efectos de mostrar su importancia, citaré el principio de prohibición como un caso ejemplar en el que la distinción tiene relevancia (sección 3). A continuación, aplicaré la distinción al problema de la existencia de la norma en la TCD. Discutiré dos ejemplos en los cuales aplico la distinción para concluir que el papel que la TCD le asigna a dogmática en la generación del concepto de norma ha de ser repensado. El primer ejemplo es un conocido caso de antinomias en el ordenamiento jurídico chileno. El segundo es un caso hipotético que imagina un juez que fundamenta su sentencia exclusivamente sobre la base de teorías económicas (sección 4). Finalizo con una breve conclusión (sección 5).

Gregorio
Robles Morchón

Rubén Alberto
Duarte Cuadros

EDITORES

2. Teoría comunicacional del derecho: conceptos básicos

320

La TCD identifica el derecho con la idea de ámbitos jurídicos (Robles, 2015a). El ámbito se define como un “[c]onjunto de procesos comunicativos que tienen como referencia directa a un ordenamiento jurídico [(ORD)] determinado” (Robles, 2009, p. 19).

El ORD es un punto de referencia, un centro alrededor del cual giran todos los elementos que componen el ámbito. Es solo un elemento referencial, situacional si se quiere, dentro de la comprensión del fenómeno que conocemos como derecho. Por su parte, el ámbito es un conjunto de procesos comunicativos que tienen lugar en relación con, o en referencia a, un ORD. La idea de comunicación permea así todo el entramado de la TCD, que concibe el derecho como un sistema de comunicación entre los hombres cuya misión inmanente es dirigir la acción humana (Robles, 2006a, p. 21).

En tanto sistema de comunicación, el derecho consiste en una estructura de signos generados por el ORD. Este último está integrado por un conjunto de textos legales, constitucionales, administrativos y contractuales “en bruto”, textos jurídicos que se encuentran en las fuentes del derecho y que se manifiestan

por medio de textos esencialmente prescriptivos (Robles, 2006b, p. 69; 2015a, p. 141).

El ORD tiene a su vez como referencia la idea de decisión (Robles, 2015a, pp 105-137; 2015b, p. 23). Los diversos tipos de decisión dan lugar a un esquema que tradicionalmente conocemos como fuentes del derecho, que se inicia con la decisión constituyente y que finaliza con fuentes de menor fuerza normativa –en términos formales y sustanciales–, como son las sentencias y los negocios jurídicos. La TCD nos dice que el ORD es un conjunto de materiales jurídicos, legales, constitucionales, administrativos, judiciales y contractuales que se emiten por vía de decisiones; un grupo de textos sin depuración conceptual y que de manera desordenada existen en función de regular la vida en sociedad y estabilizar las expectativas de comportamiento de quienes están sujetos a los mandatos del legislador, administrador o juez, o quien tenga la potestad y competencia de generar derecho (Robles, 2006a, p 19).

En virtud de su desorden e imperfección conceptual, el ORD requiere un reflejo, una elaboración sistemática y crítica por parte de los juristas (Robles, 2015a, pp. 139-151; 2015b, pp. 49-54). De este modo surge el *sistema* (SIS): si mediante las decisiones jurídicas se crean los textos cuyo conjunto conforma el texto global que es un ordenamiento jurídico, la transformación de este en sistema tiene lugar gracias a la labor intelectual de la ciencia o dogmática jurídica. La dogmática organiza la interpretación y comprensión del texto global de un ordenamiento en instituciones (Robles, 2006a, p. 20). El conjunto de instituciones configura el sistema jurídico (SIS). El SIS es el texto que refleja, comporta y perfecciona el ordenamiento para su aplicación a casos concretos (Robles, 2015a, p. 142).

El SIS es un sistema de carácter comunicativo que participa de las características de un sistema científico. Es, además, práctico, en tanto pretende dirigir la conducta de los miembros de la sociedad. La transformación de ORD en SIS implica una reconstrucción hermenéutica que no solo refleja el primero, sino que crea su estructura formal e interpreta sus contenidos dando, así, origen a la noción de norma. En palabras de Robles

Donald
Bello Hutt

321

DOG MÁTICA Y
NORMA EN LA TEORÍA
COMUNICACIONAL DEL
DERECHO: UNA CRÍTICA

APORTES
A LA TEORÍA
COMUNICACIONAL
DEL DERECHO (TCD),
FILOSOFÍA DEL DERECHO
Y TEORÍA JURÍDICA

(2015a), la norma es una “proposición lingüística perteneciente a un sistema proposicional expresivo de un ordenamiento jurídico, cuya función (por su sentido) directa o indirecta es orientar o dirigir la acción humana” (pp. 159, 215).

Esta definición caracteriza la norma como una expresión de lenguaje que no surge de ORD, sino de SIS. Con las disposiciones, con el texto jurídico “en bruto”, se construyen las normas (Robles, 2015a, p. 159). El ORD no se basta a sí mismo para ser aplicable, sino que requiere de una labor constructiva por parte de la clase profesional de los juristas, quienes lo completan, depuran y sistematizan. La norma será aplicable a un caso concreto en la medida que el decisor pueda interpretar y aplicar el texto de manera coherente con el contexto jurídico. Por esta razón, el recurso a la dogmática se vuelve esencial. Sin SIS, no hay norma: “*El ordenamiento está compuesto de disposiciones o preceptos (mandato de la autoridad jurídica). El sistema está compuesto de normas jurídicas*” (Robles, 2015a, p. 162. Énfasis en el original).

En este orden de ideas, la TCD fundamenta la labor de la ciencia jurídica sobre la base de dos premisas: en primer lugar, la consideración de la dogmática como una ciencia *constructiva* y no *descriptiva*, pues, según la TCD, las normas no vienen dadas de antemano en el ordenamiento, sino que se insertan en el sistema, el cual, como queda dicho, es el resultado de una construcción teórica (Robles, 2015b, p. 49). En segundo lugar, la tesis de que la dogmática jurídica o ciencia del derecho es una ciencia *práctica*, puesto que

como consecuencia de la construcción del sistema. No se limita [...] a situarse frente a la realidad para “contemplarla”, sino para “construirla” y, por tanto, para “crearla” aunque sea parcialmente. Por tanto, la dogmática tiene un efecto generativo, productor de normas. (Robles, 2015a, p. 163)

En otro lugar, Robles insiste sobre este punto:

[La ciencia del derecho es práctica] por un doble motivo. Primero, porque en el sistema se contienen las normas jurídicas propiamente dichas. Segundo, porque eso hace posible la

aplicación a los casos y situaciones que plantea la vida del derecho. (Robles, 2015b, p. 570)

La tarea del jurista es la de reconstruir racionalmente la realidad que tiene frente a sí. Esto es, conectar aquellos elementos que no son evidentes en el ordenamiento, extraer los significados presentes en sus disposiciones, y crear lo que en definitiva viene a ser el derecho desde el punto de vista de la TCD: una interrelación comunicativa compleja entre el ORD, el SIS y el ámbito jurídico que estos dos regulan (Robles, 2015a, pp. 148-150).

En palabras de Robles (2015a),

[E]l sistema es el resultado de la elaboración doctrinal o científica del texto bruto del ordenamiento [...]

El sistema implica la ordenación del material jurídico y su interpretación. Es la presentación del derecho de manera sistemática, conceptualmente depurada, libre de contradicciones y ambigüedades. Si el ordenamiento lo proporciona el legislador o, para ser más exactos, los “operadores jurídicos” que tienen competencia o capacidad para emitir decisiones normativas, el sistema es el producto de la labor de los juristas científicos, de la doctrina [...] Porque el sistema es el derecho, mientras que el ordenamiento es la materia para construir hermenéuticamente el sistema. (p. 142)

El ORD es el punto de partida para llegar al sistema, y “el sistema es el derecho” (Robles, 2015a, p. 143). Estas definiciones son una teorización de la práctica jurídica y de la relación que los juristas mantienen con la misma y con los materiales con que trabajan (Robles, 2015b, pp. 25-27). El derecho es lenguaje, y concretamente, lenguaje de una clase profesional, lenguaje de los juristas.

La TCD nos ofrece, por tanto, una lectura más caritativa de la práctica de los juristas que la que se le atribuye a Napoleón. Nos sugiere que quizás este último estaba equivocado cuando decía que su código había muerto con el primer comentario; quizás estaba comenzando a vivir. Ahora bien, en este artículo quiero ensayar algunas consideraciones críticas al carácter altamente normativo que la TCD le concede a la ciencia del derecho.

Gregorio
Robles Morchón

Rubén Alberto
Duarte Cuadros

EDITORES

322

APORTES
A LA TEORÍA
COMUNICACIONAL
DEL DERECHO (TCD),
FILOSOFÍA DEL DERECHO
Y TEORÍA JURÍDICA

Donald
Bello Hutt

323

DOGMÁTICA Y
NORMA EN LA TEORÍA
COMUNICACIONAL DEL
DERECHO: UNA CRÍTICA

En lo que sigue, discutiré algunos problemas relativos a las relaciones entre la teoría del derecho y el razonamiento jurídico que ponen en entredicho los conceptos y conexiones arriba expuestos. La relación entre ambas esferas del derecho ha sido enfatizada en la literatura³, ya que una teoría del derecho ha de dar cuenta del ámbito dentro del cual podemos aseverar que estamos en presencia de un grupo de normas autoritativas y, por tanto, respaldadas por el ejercicio del monopolio estatal de la coerción. Así mismo, estas han de poder distinguirse de otras fuentes de obligación de tipo convencional, como la moral, los usos sociales, la religión, etc. En el proceso en que los operadores jurídicos deban adoptar decisiones para casos concretos, deberán hacer uso de estándares compartidos por la comunidad jurídica como parte del grupo de hechos sociales que vinculan a los ciudadanos.

Respecto de esto último, la TCD plantea un argumento polémico y, creo, problemático. Si la TCD argumenta que el rol del sistema es el de completar el ordenamiento y dar vida a la norma jurídica; si la norma no existe fuera del SIS, se debe a que la dogmática tiene un papel normativo en un sentido fuerte en la construcción de la norma. Estas conclusiones deben ser rechazadas. Para ello, me serviré de la distinción entre normas y proposiciones normativas.

3. Normas y proposiciones normativas

En esta sección expondré la distinción entre normas y proposiciones normativas, en la medida que afecta al entramado conceptual de la TCD. Según Guastini (2017), la distinción opera de la siguiente manera:

Una norma es (el significado de) un enunciado del discurso prescriptivo. Por ejemplo: "los asesinos deben ser castigados" [...]
[...] Una proposición normativa es una proposición que recae sobre una norma: afirma su existencia (entendida como re-

lación de pertenencia a un determinado ordenamiento), o su validez, o su efectividad. Por ejemplo: "La norma 'los asesinos deben ser castigados' es válida (efectiva, etc.)". (p. 235)

La cuestión es, por consiguiente, que los juicios deónticos de los cuales suele estar compuesto el derecho admiten dos sentidos diversos. Pueden ser formulados como proposiciones que aseveran la existencia o inexistencia de una norma o, por otro lado, como prescripciones, respecto de las cuales no es posible predicar un valor de verdad o falsedad, sino otro tipo de juicios (justicia o injusticia, conveniencia o inconveniencia, validez o invalidez, eficacia o ineficacia, etc.) (Guastini, 2017, p. 235).

Sin embargo, con todo lo trivial que parezca, y a pesar de que su historia puede retrotraerse al menos hasta Bentham (1970, p. 179; Bulygin, 2015, p. 194), no son pocas las ocasiones en que los juristas cometen errores con relación a esta distinción y al uso de cada tipo de proposición. Como el mismo Von Wright reconoce: "*it has taken me nearly thirty years to see its full significance. And not all logicians and philosophers have seen it even now*" (von Wright, 1999, citado en Bulygin, Atienza Rodríguez, y Bayón, 2009, p. 11). De modo que, a pesar de lo simple de la distinción, es común no reparar en ella. Esto puede deberse, con seguridad, al hecho de que los enunciados deónticos de los cuales se compone el derecho son ambiguos. Estos "pueden expresar, según el contexto y las circunstancias, normas o proposiciones normativas. Por ejemplo, expresan normas cuando son formulados por un legislador; expresan proposiciones normativas cuando son formulados por un jurista al describir el derecho vigente" (Guastini, 2015, p. 241).

Un ejemplo que ha ilustrado de manera fehaciente la importancia de la distinción es el denominado principio de prohibición. Este principio ha sido discutido en gran medida en el contexto de la pregunta si los sistemas jurídicos son cerrados e integrales o, más bien, incompletos y tienen lagunas (Atria, 2005, p. 16). El principio ha tenido diversas formulaciones⁴, pero en

⁴ Y no siempre con el mismo rótulo. Bobbio, por ejemplo, discute la denominada "teoría del espacio jurídico vacío", de Bergbohm, y la "norma general exclusiva", de Zitelmann (Bobbio, 1991, pp. 230-233).

su versión más simple versa: “todo aquello que no se encuentra prohibido está permitido”. Kelsen (2009) manifiesta esto de forma expresa cuando señala que “... [La teoría que aboga por la existencia de lagunas en el derecho] es errada, puesto que reposa en la ignorancia del hecho de que cuando el orden jurídico no estatuye ninguna obligación a cargo de un individuo, su comportamiento está permitido...” (p. 255). Descansa, entonces, sobre la base de dos supuestos:

1. Los sistemas jurídicos no pueden tener lagunas porque si un comportamiento no está prohibido por el derecho, entonces está permitido.
2. En los casos en que no existe una norma que obligue a determinada persona a un determinado comportamiento, si otra persona presenta una demanda contra él, el juez competente *aplica* el derecho rechazando la demanda. (Moreso, 1998, p. 92)

¿Es el principio de prohibición una norma o una proposición normativa? Alchourrón y Bulygin han razonado del siguiente modo. Si asumimos que es una norma que expresa que todo aquello que no está expresamente prohibido se encuentra permitido, esta formaría parte del sistema jurídico, y en su calidad de derecho positivo, sería contingente y susceptible de sufrir las consecuencias de toda prescripción que exista en el sistema, es decir, su derogación, abrogación o modificación. Por tanto, el principio de prohibición no es de la esencia de un sistema jurídico. Si, por otra parte, se tratara de una proposición normativa, se debe distinguir si se usa la voz “permitido” en un sentido fuerte o un sentido débil. Si se interpreta “permitido” en un sentido fuerte (permiso positivo, expresado en una norma jurídica), entonces el principio de prohibición es falso, pues de la ausencia de una norma prohibitiva no cabe inferir la existencia de una permisiva. No es posible, por tanto, extraer una norma de clausura a partir del principio de prohibición.

Si, por el contrario, interpretamos el principio de prohibición en un sentido débil, es decir, como ausencia de prohibición, entonces la formulación del mismo entendido como “lo que no está prohibido, no está prohibido” es tautológica, y por tanto vacua,

en tanto nada dice sobre la existencia o no de lagunas (Alchourrón y Bulygin, 1971, pp. 125-127; Bulygin, 2005, pp. 36-37).

Por estas razones, Bulygin cree que Kelsen no puede demostrar bajo el principio de prohibición la inexistencia de las lagunas en el derecho y, por tanto, su plenitud. Es más, Kelsen en la segunda edición de la *Teoría pura del derecho* abandona la versión fuerte del principio y adopta, por consiguiente, la débil (Alchourrón y Bulygin, 1971, p. 131). La adopción de esta versión del principio implica para Alchourrón y Bulygin que Kelsen ya no puede sostener que los sistemas jurídicos son cerrados, y con ello, el reconocimiento implícito de la existencia de lagunas.

Tales conclusiones se siguen de no reparar de manera adecuada en la distinción entre normas y proposiciones normativas.

4. La distinción aplicada a la TCD

Hecho este análisis sobre la distinción entre normas y proposiciones normativas, debemos ver cómo lo relacionamos con la TCD en lo tocante al papel del sistema como parte esencial del concepto de norma jurídica.

Los ordenamientos jurídicos –y en esto lleva razón la TCD– son un grupo de textos muchas veces desordenados, sin coherencia entre ellos y consigo mismos, con problemas de oscuridad, ambigüedad, vaguedad, entre otros defectos. En ese contexto, la doctrina opera como una ayuda al aplicador del derecho. La pregunta de fondo es si dicha función auxiliar es *necesariamente* un recurso para completar y (sobre todo) construir el sistema jurídico⁵. Mi respuesta es negativa, precisamente porque lo contrario supone no distinguir de forma apropiada entre normas y proposiciones normativas.

Una serie de consideraciones apoya esta respuesta. En primer lugar, la misma práctica de aplicación del derecho por parte

⁵ El énfasis es para dejar claro que me refiero a un sentido filosófico de necesidad, como opuesto a contingencia.

Gregorio
Robles Morchón

Rubén Alberto
Duarte Cuadros

EDITORES

326

APORTES

A LA TEORÍA
COMUNICACIONAL
DEL DERECHO (TCD),
FILOSOFÍA DEL DERECHO
Y TEORÍA JURÍDICA

Donald
Bello Hutt

327

DOGMÁTICA Y
NORMA EN LA TEORÍA
COMUNICACIONAL DEL
DERECHO: UNA CRÍTICA

de los tribunales muestra la inexistencia de una vinculación necesaria entre la función jurisdiccional y el recurso a la doctrina. Los tribunales no están obligados a citar autores. Si bien lo que tradicionalmente se denomina la “doctrina del tribunal” en ocasiones se condice con un autor o grupo de autores en particular, esto no es evidencia suficiente para saber si los tribunales siguen o no esa u otra corriente jurisprudencial. De hecho, es posible que la obra de un autor sea dominante en la jurisprudencia, pero no en la literatura académica, y viceversa.

Esto último se debe a que la opinión de los autores, sus recomendaciones, interpretaciones, soluciones normativas y descripciones del ORD no son *normas* en el sentido fuerte del término, sino que son proposiciones normativas. La dogmática reconoce falencias, ambigüedades, vaguedades, etc., y las denuncia con la intención de que los aplicadores del derecho, en particular los jueces, se vean influenciados. Pero no es extraño para ningún jurista el hecho incómodo de no ver sus ideas reflejadas en la jurisprudencia de los tribunales. En el fondo de esta discusión hay una evaluación normativa sobre el papel que le corresponde a la doctrina en el fenómeno jurídico. Creo que este rol es uno de carácter paradójico, puesto que la ciencia del derecho debe plantearse a sí misma la tarea de sistematizar e influenciar la práctica jurídica, pero dicha pretensión debe detenerse y llegar justo antes de considerarse a sí misma como parte necesaria del concepto de norma. Esto no implica abandonar el carácter crítico de la dogmática. Por ponerlo en lenguaje de la TCD, limitar el carácter normativo de la ciencia jurídica no es incompatible con una dogmática abierta. Esto quiere decir que la dogmática no tiene que limitarse

a reflejar y completar lo que el ordenamiento parece que dice, sino que al paso de la exposición del sistema que refleja hermenéuticamente el ordenamiento, se permite criticar el derecho vigente e incluso más, se permite hacer propuestas *lege ferenda*. (Robles, 2015a, p. 61)

Esto es, sin embargo, algo distinto a decir que las opiniones presentes en el SIS son normas.

Las siguientes consideraciones prueban mi punto. La primera es un conocido caso de antinomias en el ordenamiento jurídico chileno. La segunda es un caso hipotético fallado por un juez pragmatista.

Piénsese primero en el siguiente ejemplo de una antinomia. El Código Civil chileno contiene dos disposiciones en principio contradictorias entre sí. La primera de estas disposiciones es el artículo 680, que dispone:

La tradición puede transferir el dominio bajo condición suspensiva o resolutoria, con tal que se exprese.

Verificada la entrega por el vendedor, se transfiere el dominio de la cosa vendida, aunque no se haya pagado el precio, a menos que el vendedor se haya reservado el dominio hasta el pago, o hasta el cumplimiento de una condición.

Nos encontramos frente a una autorización legal de suspender los efectos de la tradición en un sistema dual de adquisición del dominio. En principio, para traspasar el dominio de una cosa, es necesaria la concurrencia solo de título y modo. El título debe ser traslativo de dominio, en este caso, la compraventa, y el modo, la tradición. Sin embargo, y como una forma de resguardar al vendedor, el legislador chileno contempla, en el inciso segundo del artículo transcrito, la posibilidad de que los contratantes pacten lo que la doctrina ha denominado “reserva de dominio”.

Hasta aquí no existe problema interpretativo alguno⁶. Nos encontramos frente a una disposición perfectamente identificable, pues se encuentra en el Código Civil, un compendio de normas de derecho privado –y solo derecho privado–, dentro del título de la Tradición, la que a su vez se encuentra en el apartado más general que regula los modos de adquirir el dominio. Más claro y sistemático, imposible.

⁶ También se podría decir que se trata de un problema interpretativo de fácil solución. No me interesa, aquí, ser demasiado preciso en lo que a interpretación se refiere. Me he ocupado de cuestiones relativas al concepto de interpretación en [omitido para arbitraje].

Gregorio
Robles Morchón

Rubén Alberto
Duarte Cuadros

EDITORES

328

APORTES

A LA TEORÍA
COMUNICACIONAL
DEL DERECHO (TCD),
FILOSOFÍA DEL DERECHO
Y TEORÍA JURÍDICA

Donald
Bello Hutt

329

DOGMÁTICA Y
NORMA EN LA TEORÍA
COMUNICACIONAL DEL
DERECHO: UNA CRÍTICA

Pero la claridad y sistematicidad desaparecen cuando consideramos el artículo 1874 del mismo Código Civil, que reza:

La cláusula de no transferirse el dominio sino en virtud de la paga del precio, no producirá otro efecto que el de la demanda alternativa enunciada en el párrafo precedente; y pagando el comprador el precio, subsistirán en todo caso las enajenaciones que hubiere hecho de la cosa o los derechos que hubiere constituido sobre ella en el tiempo intermedio.

¿Qué hacer?⁷ El artículo 680 confiere plena validez al pacto de reservarse el vendedor el dominio de la cosa tradida bajo condición de pago. Por contrapartida, el artículo 1874 solo otorga la posibilidad de accionar judicialmente por el precio o resolución del contrato más la indemnización de perjuicios.

Una primera aproximación posible al problema es de carácter formalista. Un formalista debería inmediatamente citar las reglas auxiliares de interpretación que el mismo Código Civil contempla en sus artículos 19-24. Sin embargo, es conocida y acertada la crítica que señala que, a su vez, dichas disposiciones deben ser interpretadas, y que conducen por sí mismas a otros problemas hermenéuticos. Las normas aquí citadas no resuelven por sí solas el problema de la cláusula de reserva de dominio. El ordenamiento jurídico no nos sirve para resolver un problema en principio regulado por el mismo.

El anterior representa un caso de un ORD carente de depuración y sistematización. Para poder aplicar una norma a un caso concreto, la TCD nos dice que necesitamos a los juristas. En efecto, la doctrina ha propuesto soluciones para esta antinomia por medio del argumento *pro subjecta materia*: el artículo 680 se encuentra en el título que regula la Tradición, en tanto que el artículo 1874 se encuentra en el título de la compraventa. Sin embargo, si miramos atentamente, el artículo 684 se refiere al “vendedor”⁸, por lo que debido a que dicha disposición regu-

la la tradición *en un contrato de compraventa*, debemos darle primacía a aquella que mejor ubicada se encuentra dentro del Código Civil, esto es, el artículo 1874 (Caprile, 2000; Alcalde Silva, 2016). Problema resuelto.

Pero, nos dice la TCD, no hubiésemos podido llegar a esta solución, ni un juez hubiese podido resolverla, si no existiesen juristas que hayan dado forma y sistematicidad a las normas sobre la tradición y la compraventa. Casos como estos dan motivo a la TCD para darle el lugar que tiene el sistema dentro de su teoría del derecho. El SIS es un *reflejo y reelaboración* del ORD. El ORD “... es el material bruto, plagado de lagunas, contradicciones y omisiones...”. El SIS “... es el mismo derecho generado en ORD, pero en su plenitud o perfección expositiva...” (Robles, 2006a, pp. 29-30). El SIS, en consecuencia, adquiere un rol integrador y de sistematización del ORD, y su existencia es tarea de los juristas o científicos del derecho.

Pero, ¿es realmente así? ¿Es la opinión de los juristas sobre cómo resolver la antinomia parte de la norma en la aplicación judicial de la cláusula de reserva de dominio? Si tenemos en cuenta la distinción entre normas y proposiciones normativas, la respuesta debe ser necesariamente no. La opinión de un jurista, por influyente que pueda ser, no pasa de ser eso, una opinión de la cual se espera que haya cierta influencia⁹. Pero la norma resultante de la aplicación judicial de ya sea el artículo 680 o 1874 del Código Civil, es aquella que se refleja en la sentencia y solamente en la sentencia. Robles, de hecho, reconoce que los jueces pueden, y de hecho lo hacen, extraer sus propios argumentos interpretativos para dar sentido a los textos contenidos en el ORD. Estos recursos retóricos pueden, en efecto, expresarse de distinta manera. Sin embargo, nos dice Robles (2015b), “*lo que parece más probable* es que, con uno u otro rótulo persuasivo, encuentren esos argumentos en las obras doctrinales de los juristas, esto es, en la ciencia o dogmática ju-

7 Sobre el problema de la regulación de la reserva de dominio en Chile, véase, por ejemplo, Caprile (2000).

8 “... verificada la entrega por el vendedor...”.

9 Guastini (2017) admite que se supone que los juristas “no crean normas, sino que las describen”, pero que “no siempre es así” (pp. 235-236). Dicha afirmación está hecha, sin embargo, en nota al pie y el punto no está desarrollado. Una posibilidad es el caso del derecho internacional, donde la doctrina es una fuente subsidiaria.

rídica” (p. 604). Las cursivas las introduzco para dar cuenta de que el mismo autor de la TCD es consciente de que la inclusión de la doctrina en la configuración de la norma es absolutamente contingente. Y al ser contingente, no puede ser condición necesaria de la existencia de una norma.

Tampoco la distinción que la TCD hace entre el SIS didáctico-expositivo y el SIS propiamente dicho resuelve este problema (Robles, 2015b, pp. 545-619). Al primero se le asigna la función de sistematizar el ORD, pero este orden sistemático “no es equivalente al concepto de *sistema (SIS)*” (Robles, 2015b, p. 554. Énfasis en el original). El SIS propiamente dicho (SIS) está, como he insistido en este artículo, “compuesto por las normas jurídicas aplicables a los casos concretos” (Robles, 2015b, p. 554). Pero esta distinción, incorporada en la edición más reciente de la TCD, solo reitera el problema que aquí discuto.

Quiero ser claro en esto. No niego el valor que tiene la doctrina de los autores, ni quiero decir que debiéramos dejar de escribir tratados de derecho ni que la teoría no tenga valor normativo alguno. Tampoco estoy sugiriendo que nuestras teorías jurídicas no tengan de hecho un carácter performativo, ni que estas puedan limitarse a describir su objeto. Sabemos desde Weber que la objetividad en nuestras disciplinas es una noción que incorpora consideraciones internas al científico o sujeto cognoscente (2017 [1904]). De hecho, en este punto, estoy de acuerdo con Robles (2015b): “Me parece que ninguna ciencia es meramente descriptiva, ni siquiera las ciencias naturales, ni tampoco las matemáticas. Pero mucho menos lo son las ciencias sociales y humanas” (p. 556).

No obstante, el valor normativo de la dogmática puede ser reclamado por esta solamente al interior de la disciplina académica, no fuera de ella, y ciertamente no para definir y conceptualizar la norma jurídica. Esta última existe diferenciada y con independencia de la opinión doctrinal que se tenga de ella. En esto punto sigo al Kant (1998 [1795]) de *La paz perpetua*, cuyo artículo secreto prescribe que “las máximas de los filósofos sobre las condiciones de posibilidad de la paz pública *deben ser tomadas en consideración* por los Estados preparados para la

guerra” (p. 42. Énfasis añadido). Pero “tomados en consideración” es una exigencia normativa débil, al modo de una opinión consultiva. No hay que esperar, nos dice Kant (1998 [1795]), “que los reyes filosofen ni que los filósofos sean reyes, como tampoco hay que deseárselo, porque la posesión del poder daña inevitablemente el libre juicio de la razón” (p. 43). La vinculación conceptual SIS-norma en la TCD desoye este consejo.

Un paralelo interesante con el problema en comento se da en el caso de la denominada interpretación histórica, es decir, aquella por medio de la cual una línea de interpretación prima por sobre otra porque la “historia fidedigna del establecimiento” de la disposición en cuestión indica tal o cual interpretación como la correcta. Estos casos son recurrentes, y los abogados, autores y jueces usan este recurso de manera frecuente¹⁰.

Pero asumamos, por mor del argumento, que la interpretación dominante en el debate parlamentario (o en la mente de Andrés Bello), explícita en actas u otro documento fiable, relativa a los artículos 1874 y 680, arroja que los parlamentarios de la mayoría claramente defendieron una postura que privilegiaba la aplicación del artículo 680. ¿Es dicha historia vinculante para el juez?, ¿es derecho? Y si el juez aplica el artículo 680 por esta razón en un caso concreto, ¿forma parte de la norma la historia fidedigna de su establecimiento? La respuesta es, del mismo modo que con la doctrina, negativa. Si se quiere, la opinión de la mayoría parlamentaria es también una opinión más similar a una proposición normativa que a una norma, porque la norma es el texto final publicado en el diario oficial de que se trate, cuyo significado es aplicado en un caso concreto por el juez¹¹.

La distinción entre proposiciones normativas y normas nos da pie para una reflexión adicional. El concepto de norma en la TCD nos plantea un problema relativo a la noción misma

¹⁰ Por ejemplo, para un análisis histórico sobre el problema de la reserva de dominio en Chile, véase Alcalde Silva (2016, pp. 1212-1226).

¹¹ En esto lleva razón, por ejemplo, Guastini (2017, p. 240). Dicho esto, hago presente que en [omitido para arbitraje] he argumentado en contra de una perspectiva institucional centrada en la judicatura que se suele adoptar en la teoría del derecho y, en particular, en el derecho constitucional.

Gregorio
Robles Morchón

Rubén Alberto
Duarte Cuadros

EDITORES

332

APORTES

A LA TEORÍA
COMUNICACIONAL
DEL DERECHO (TCD),
FILOSOFÍA DEL DERECHO
Y TEORÍA JURÍDICA

Donald
Bello Hutt

333

DOGMÁTICA Y
NORMA EN LA TEORÍA
COMUNICACIONAL DEL
DERECHO: UNA CRÍTICA

de jurista¹². La pregunta es: ¿quién es un jurista? y, en consecuencia, ¿quién integra el sistema y quién coadyuva en la generación de la norma? Creo que otra de las consecuencias de confundir norma y proposición normativa es que la TCD pierde capacidad discriminadora en lo que se refiere a la determinación de quiénes cuentan como juristas. Dicha confusión nos conduce a conclusiones contraintuitivas respecto de qué sujetos han de ser considerados como parte del gremio.

Para ejemplificar mi argumento, téngase en consideración un ideal de juez pragmatista, con fines heurísticos, una suerte de exageración del ideal de juez defendido por Posner (1996; 1997; 2005). Posner (1997) ha argumentado que, en casos difíciles, el recurso a teorías morales, como la defendida, por ejemplo, por Dworkin¹³, no da al juez herramientas suficientes para resolver casos difíciles (p. 1700). Posner considera que el apoyo argumentativo en la moral solo es de utilidad en situaciones en las que la cuestión moral no es interesante, porque no hay desacuerdo sobre ella. Por el contrario, cuando los problemas morales son lo suficientemente complejos como para suscitar desacuerdos razonables, la moral deja de servir al juez como criterio argumentativo suficiente. Como consecuencia de dicha incapacidad para resolver casos difíciles (moral y jurídicamente), Posner (1997) considera que no hay razón para que el juez no haga uso de

un amplio espectro de datos empíricos extraídos de investigaciones históricas, psicológicas, sociológicas, y económicas. Cuando a menudo se hace uso de esto, la cuestión moral desaparece [...] esta es una razón para considerar a la teoría moral como inútil para el derecho, si bien tiene algún valor de uso en su propio dominio. (p. 1701)

De modo que, según nuestro juez imaginario, la situación inicial es una en la que ni el derecho ni la moral resuelven el asunto en disputa. El juez debe mirar a otro lado, y la opción pragmática de Posner es buscar la solución en las ciencias sociales.

12 Para algunas reflexiones en este sentido, véase de Prada (2011; 2014a; 2014b; 2015).
13 Véase, por ejemplo, Dworkin (1996 y 2002).

Considérese el siguiente ejemplo. Una comunidad de 10 vecinos adopta una decisión entre tres alternativas posibles, A, B y C. Una mayoría de 9 a 1 se inclina en favor de A. El ordenamiento jurídico solo contiene una norma en la ley de propiedad horizontal que dice que las comunidades de vecinos adoptarán sus decisiones de modo que reflejen la voluntad de la comunidad. El estatuto de la comunidad señala a su vez que, en cumplimiento de dicha disposición legal, las decisiones se adoptarán por mayoría simple de los propietarios.

Sin embargo, el perdedor en la decisión, que ha votado por la opción B, ha impugnado la decisión ante un tribunal que, de manera muy conveniente para nuestro ejemplo, está integrado por el juez Posner. Posner no está convencido de que el derecho resuelve el problema. Tampoco, como sabemos, cree que la moral le ayude demasiado. Sin embargo, como buen conocedor de la teoría económica y política de la elección racional y la elección pública, Posner sabe que Kenneth Arrow dio cuenta de un problema inherente a las reglas mayoritarias de decisión colectiva, y que lo formuló en su conocido “teorema de la imposibilidad” (2012). Posner, entonces, falla como sigue:

“Considerando:

Primero: que el ordenamiento jurídico señala que las decisiones de las comunidades de vecinos han de adoptarse de modo que reflejen la voluntad de la comunidad.

Segundo: que Arrow ha demostrado la imposibilidad de obtener una idea de utilidad social que sea el resultado de la agregación de voluntades o preferencias individuales, al mismo tiempo que se cumplan una serie de criterios racionales débiles y mínimamente exigibles. Que incluso en un caso de decisión colectiva que afecte a dos individuos, no es posible obtener una voluntad colectiva cuando el número de alternativas sea de tres o más.

Tercero: que, en consecuencia, no hay una regla de decisión colectiva que sea capaz de traducir preferencias individuales en preferencias colectivas si los votantes son más de dos y si las alternativas a ser votadas son más de tres.

Cuarto: que la comunidad en cuestión en el caso *sub lite* rige su toma de decisiones por medio de la regla de la mayoría, y que las alternativas son más de tres.

Gregorio
Robles Morchón

Rubén Alberto
Duarte Cuadros

EDITORES

334

APORTES

A LA TEORÍA
COMUNICACIONAL
DEL DERECHO (TCD),
FILOSOFÍA DEL DERECHO
Y TEORÍA JURÍDICA

Donald
Bello Hutt

335

DOGMÁTICA Y
NORMA EN LA TEORÍA
COMUNICACIONAL DEL
DERECHO: UNA CRÍTICA

Se resuelve: que la regla de la mayoría no puede ser reflejo de la voluntad de los propietarios, por lo que se acoge la demanda, y se da por anulado el acuerdo de la comunidad”.

¿Cómo valora esto la TCD? Creo que es justo afirmar que la consecuencia que se sigue de sus premisas es que Arrow, sin pretender influir en la jurisprudencia, ha pasado a ser un jurista. Adicionalmente, la falta de distinción entre normas y proposiciones normativas ha hecho que el teorema de la imposibilidad haya pasado a ser norma, y la teoría económica, fuente del derecho¹⁴. Esto es perfectamente coherente con la noción de sistema y de norma de la TCD.

No tengo tiempo aquí para desarrollar el set completo de razones por las que nuestra intuición “jurídica” se ve desafiada por esta conclusión. Pero en el marco de este artículo, la consideración del teorema de Arrow como norma y de Arrow como jurista se puede explicar debido a que hay ciertas entidades que, a pesar de que entren en el set argumentativo del juez, no han de ser consideradas fuentes.

El valor que la TCD le asigna a la dogmática jurídica puede ser reconducido de tal manera que dé mejor cuenta de su labor sistematizadora si la entendemos como un recurso importante, mas no suficiente en los discursos de motivación y justificación. Las proposiciones normativas, que interpretan el texto jurídico en bruto, tienen un gran valor cuando ayudan al juez a salir del atasco que representa un ordenamiento desordenado y carente de interpretaciones coherentes.

Dicho valor puede emerger si se articula con el deber que tiene el juez, ya no de fallar conforme a derecho –donde la norma emana exclusivamente de las fuentes reconocidas como tales y donde el juez no tiene más salida que decidir en virtud del deber de inexcusabilidad–, sino de justificar y fundamentar sus decisiones. Frente a dos sentencias, una que

14 Por cierto, que otros economistas (o ¿juristas?) han disputado las conclusiones de Arrow. De manera más notoria, Mackie (2003). Para un intento más reciente, véase Neblo (2015).

falle “vistos, se confirma la sentencia de primera instancia”, y otra que dé razones que demuestren por qué se confirma la resolución, razones que estén en consonancia con una línea de interpretación coherente y provista por la doctrina, podemos decir que ambas son sentencias válidas, las dos producirán efectos, y ante las dos estaremos en presencia de la aplicación de normas jurídicas autoritativas y vinculantes para sus destinatarios. Sin embargo, la segunda sentencia se condice más con el papel que la judicatura debe desempeñar en nuestras democracias modernas, y en ese punto la doctrina tiene mucho que ofrecer. De ahí la existencia e influencia de programas de investigación centrados en la argumentación (e.g. Atienza, 2006; Alexy, 2009) y la deliberación (e.g. Habermas, 2008; Wintgens, 2006; Oliver-Lalana, 2010; 2016). Tiene mucho que ofrecer, pero no todo. No al punto de integrar el concepto de norma.

La TCD es ambivalente entre, por una parte, su tesis débil del concepto de derecho (Robles, 2006, p. 21), que abandona cualquier posición ontologista al respecto (Robles, 2009, p. 21; 2015b, pp. 49-50, 618), y, por otra, su carácter fuertemente normativo del binomio SIS/norma. Dicha relación entre ambas esferas es difícil de justificar si nos tomamos en serio la distinción entre normas y proposiciones normativas.

A modo de conclusión

He argumentado en este artículo que la TCD ofrece una interpretación del concepto de norma jurídica que es problemática a la luz de la distinción norma/proposición normativa. La distinción pone en duda que la relación entre la dogmática jurídica, el ORD, el SIS y la norma pueda ser elevada a nivel conceptual. Esto, incluso, a pesar de que la TCD desarrolla dichos conceptos de manera internamente coherente y de un modo empíricamente atractivo. No obstante, la distinción norma/proposición normativa tiene la virtud de recordarnos que ambos dominios han de mantenerse en planos analíticos distintos. La TCD, sin embargo, los confunde y, por ese motivo, llega a conclusiones problemáticas.

Gregorio
Robles Morchón

Rubén Alberto
Duarte Cuadros

EDITORES

336

APORTES

A LA TEORÍA
COMUNICACIONAL
DEL DERECHO (TCD),
FILOSOFÍA DEL DERECHO
Y TEORÍA JURÍDICA

Donald
Bello Hutt

337

DOGMÁTICA Y
NORMA EN LA TEORÍA
COMUNICACIONAL DEL
DERECHO: UNA CRÍTICA

Es conveniente, en este punto, concluir citando algunas consideraciones que hace Hobbes (1968) acerca de la interpretación de las leyes de naturaleza:

The Interpretation of the Lawes of Nature, in a Common-wealth, dependeth not on the books of Morall Philosophy. The Authority of writers, without the Authority of the Common-wealth, maketh not their opinions Law, be they never so true. That which I have written in this Treatise, concerning the Morall Vertues, and of their necessity, for the procuring, and maintaining peace, though it bee evident Truth, is not therefore presently Law; but because in all Common-wealths in the world, it is part of the Civill Law: For though it be naturally reasonable; yet it is by the Sovereigne Power that it is Law: Otherwise, it were a great error, to call the Lawes of Nature unwritten Law; whereof wee see so many volumes published, and in them so many contradictions of one another, and of themselves. (pp. 322-323)

Gregorio
Robles Morchón

Rubén Alberto
Duarte Cuadros

EDITORES

338

Referencias

- Alcalde Silva, J. (2016). La eficacia de la reserva de dominio en el Derecho chileno. *Anuario de derecho civil*, 69(4), 1195-1258.
- Alchourrón, C. E., y Bulygin, E. (1971). *Normative Systems*. Viena: Springer-Verlag.
- Alexy, R. (2009). *A Theory of Legal Argumentation*. Oxford: Oxford University Press.
- Arrow, K. (2012). *Social Choice and Individual Values*. New Haven & London: Yale University Press.
- Atienza, M. (2006). *El derecho como argumentación*. Barcelona: Ariel.
- Atria, F. (2001). *On Law and Legal Reasoning*. Oxford: Hart Publishing.
- Atria, F. (2005). Sobre las lagunas. En F. Atria, J. J. Moreso, P. Navarro, J. Rodríguez, y J. Ruiz Manero (Edits.). *Lagunas en el derecho* (pp. 15-28). Madrid, Barcelona: Marcial Pons.
- Atria, F., Moreso, J. J., Navarro, P., Rodríguez, J., y Ruiz Manero, J. (Edits.). (2005). *Lagunas en el derecho*. Madrid, Barcelona: Marcial Pons.

- Bentham, J. (1970). *Of Laws in General*. (H. Hart, Ed.). London: Athlone Press.
- Bobbio, N. (1991). *Teoría general del derecho*. Madrid: Debate.
- Bulygin, E. (2003). *Los jueces ¿crean derecho?* Isonomía, 18, 6-25.
- Bulygin, E. (2005). Creación y aplicación del derecho. En F. Atria, J. J. Moreso, P. Navarro, J. Rodríguez, y J. Ruiz Manero (Edits.). *Lagunas en el derecho* (pp. 29-44). Madrid, Barcelona: Marcial Pons.
- Bulygin, E. (2015). Norms, Normative Propositions, and Legal Statements. En E. Bulygin, C. Bernal, C. Huerta, T. Mazzarese, J. J. Moreso, P. Navarro, y S. L. Paulson (Edits.). *Essays in Legal Philosophy* (pp. 188-206). Oxford: Oxford University Press.
- Bulygin, E., Atienza Rodríguez, M., y Bayón, J. C. (2009). *Problemas lógicos en la teoría y práctica del derecho*. Madrid: Fundación Coloquio Jurídico Europeo.
- Calsamiglia, A. (1977). *Kelsen y la crisis de la ciencia jurídica*. Barcelona: Ariel.
- Caprile, B. (2000). La reserva de propiedad: ¿garantía eficaz en el derecho chileno? *Revista chilena de derecho*, 27(1), 29-49.
- De Prada, A. (2011). Teoría Comunicacional del Derecho y lenguaje de los juristas: Algunas consideraciones. En G. Robles, y P. Barros Carvalho (Edits.). *Teoria Comunicacional do Direito: Diálogo entre Brasil e Espanha* (pp. 145-167). Sao Paulo: Niese.
- De Prada, A. (2014a). ¿Lenguaje de juristas o de ciudadanos? A propósito del lenguaje jurídico. *Eunomía. Revista en Cultura de la Legalidad*, (7), 76-84.
- De Prada, A. (2014b). Cuestiones retóricas: La maldad del derecho y de los juristas. Una propuesta de transformación en el aprendizaje del derecho. *Academia. Revista sobre enseñanza del Derecho*, (23), 93-110.
- De Prada, A. (2015). The communicational Theory of Law TCL and the Language of Jurists. En M. e. Galuppo (Ed.). *Human Rights, Rule of Law and the Contemporary Social Challenges in Complex Societies: Proceedings of the XXVI World Congress of Philosophy of Law and Social Philosophy of the Internationale Vereinigung für Rechts- und Sozialphilosophie* (pp. 185-194). Belo Horizonte: Initia Via.

Donald
Bello Hutt

339

DOGMÁTICA Y
NORMA EN LA TEORÍA
COMUNICACIONAL DEL
DERECHO: UNA CRÍTICA

APORTES
A LA TEORÍA
COMUNICACIONAL
DEL DERECHO (TCD),
FILOSOFÍA DEL DERECHO
Y TEORÍA JURÍDICA

- Dworkin, R. (1996). *Freedom's Law: The Moral Reading of the American Constitution*. Cambridge: Harvard University Press.
- Dworkin, R. (2002). *Los derechos en serio*. (M. Guastavino, Trad.). Barcelona: Ariel.
- García de Enterría, E., y Menéndez, A. (1997). *El Derecho, la Ley y el Juez. Dos estudios*. Madrid: Civitas.
- Guastini, R. (2017). *Interpretar y argumentar*. (S. Álvarez Medina, Trad.). Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- Habermas, J. (2008). *Facticidad y Validez. Sobre el derecho y el Estado democrático de derecho en términos de teoría del discurso*. (M. Jiménez, Trad.). Madrid: Trotta.
- Hobbes, T. (1968). *Leviathan or The Matter, Forme and Power of a Common Wealth Ecclesiasticall and Civil*. London: Penguin Books.
- Kant, I. (1998 [1795]). *Sobre la paz perpetua*. (J. Abellán, Trad.). Madrid: Tecnos.
- Kelsen, H. (2009). *Teoría Pura del Derecho*. (R. Vernengo, Trad.). México D.F.: Porrúa.
- Mackie, G. (2003). *Democracy Defended*. Cambridge: Cambridge University Press.
- Montesquieu. (1995 [1748]). *Del espíritu de las leyes*. Madrid: Tecnos.
- Moreso, J. J. (1998). *La indeterminación del derecho y la interpretación de la constitución*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- Neblo, M. A. (2015). *Deliberative Democracy between Theory and Practice*. Cambridge: Cambridge University Press.
- Oliver-Lalana, D. (2010). Foreword: Towards a Theory of Legislative Argument. *Legisprudence*, 4(1), 3-12.
- Oliver-Lalana, D. (2016). ¿Le importa a alguien que los legisladores razonen? Sobre el análisis y el control del debate parlamentario de las leyes. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa*, 57(2), 5-37.
- Posner, R. (1996). *Pragmatic Adjudication*. *Cardozo Law Review*, 18(1), 1-20.

- Posner, R. (1997). The Problematics of Moral and Legal Theory. *Harvard Law Review*, 111, 1637-1717.
- Posner, R. (2005). *Law, Pragmatism and Democracy*. Cambridge-London: Harvard University Press.
- Robles, G. (2006a). Bases para una teoría comunicacional del derecho. En G. Robles. *El derecho como texto. Cuatro estudios de teoría comunicacional del derecho* (2ª ed., pp. 19-49). Cizur Menor: Thompson Reuters-Aranzadi.
- Robles, G. (2006b). El derecho como texto (en torno a la fundamentación de una teoría comunicacional del derecho. En G. Robles. *El derecho como texto. Cuatro estudios de teoría comunicacional* (2ª ed., pp. 51-95). Cizur Menor: Thompson Reuters-Aranzadi.
- Robles, G. (2009). *Comunicación, lenguaje y derecho. Algunas ideas básicas de la teoría comunicacional del derecho*. Madrid: Real Academia de las Ciencias Morales y Políticas.
- Robles, G. (2015a). *Teoría del derecho. Fundamentos de la teoría comunicacional del derecho* (6ª ed., Vol. I). Madrid: Civitas.
- Robles, G. (2015b). *Teoría del derecho. Fundamentos de teoría comunicacional del derecho* (Vol. II). Pamplona: Thompson Reuters- Aranzadi.
- Rodríguez, J. (2005). La imagen actual de las lagunas en el derecho. En F. Atria, J. J. Moreso, P. Navarro, J. Rodríguez, y J. Ruiz Manero (Edits.). *Lagunas en el derecho* (pp. 127-157). Madrid, Barcelona: Marcial Pons.
- von Wright, G. (1999). Value, Norms, and Action in my Philosophical Writings. En G. Meggle (Ed.). *Actions, Norms and Values. Discussions with Georg Henrik von Wright* (pp. 11-33). Berlin, New York: de Gruyter.
- Weber, M. (2017 [1904]). *La "objetividad" del conocimiento en la ciencia social y en la política social*. (J. Abellan, Trad.). Madrid: Alianza.
- Wintgens, L. J. (2006). Legisprudence as a New Theory of Legislation. *Ratio Juris*, 19(1), 1-25.

Gregorio
Robles Morchón

Rubén Alberto
Duarte Cuadros

EDITORES

340

APORTES

A LA TEORÍA
COMUNICACIONAL
DEL DERECHO (TCD),
FILOSOFÍA DEL DERECHO
Y TEORÍA JURÍDICA

Donald
Bello Hutt

341

DOGMÁTICA Y
NORMA EN LA TEORÍA
COMUNICACIONAL DEL
DERECHO: UNA CRÍTICA

Rubén
Alberto
Duarte
Cuadros¹

LA FENOMENOLOGÍA
DEL LENGUAJE
JURÍDICO EN
LA TEORÍA
COMUNICACIONAL
DEL DERECHO

Resumen: El presente artículo tiene como objetivo básico dilucidar las implicaciones que tiene la Teoría del Lenguaje cuando esta es pensada como fenómeno en la construcción del derecho, la idea es partir de la reflexión constructiva del derecho desde el uso que hacen los juristas del lenguaje. Puede pensarse desde este punto que la Teoría Comunicacional del Derecho, advierte permanentemente que de lo que se trata es observar cómo fenómeno el uso del lenguaje que propicia la creación del derecho como un acto eminentemente lingüístico, el cual, se manifiesta a varios niveles de comprensión, pero nuestra intención aquí es reflexionar a un nivel básico o preconfigurado desde la fenomenología como método filosófico.

1 Decano de la Facultad de Filosofía y Ciencias Humanas. Director de la Especialización y Maestría en Filosofía del Derecho y Teoría Jurídica de la Universidad Libre Colombia. Docente e Investigador de la Universidad Libre. Director del Grupo de Investigación en Filosofía y Teoría Jurídica Contemporánea, reconocido por Colciencias - Colombia. creado en enero del año 2003 y nuevamente certificado el día 28 de enero 2020, con el registro COL-0047708220200128101. Filósofo de la Universidad Nacional de Colombia. Abogado de la Universidad Autónoma de Colombia. Especialista en Derecho Penal y Criminología, y Magíster en Filosofía del Derecho y Teoría Jurídica de la Universidad Libre. Doctorando en Derecho de la Universidad Externado de Colombia.



Partamos de la premisa adoptada en la Teoría Comunicacional del Derecho (TCD), en la que propone el Autor, la idea o supuesto que el derecho en sí no es lenguaje, “sino que se *manifiesta* como comunicación, como lenguaje.” (Robles y Barros, 2017). Este es su punto de inflexión de carácter metodológico, no parte de la idea tradicional propia de los estudios de la Teoría del Derecho que se pregunta: ¿Qué es el Derecho? Sino que, por el contrario, “La TCD, adopta como punto de partida otra cuestión, a saber: ¿Cómo se *manifiesta* el Derecho?”. (Robles y Barros, 2017)

Esta formulación de la pregunta ¿Cómo se *manifiesta* el Derecho?, es la que nos permite constituir la como el punto de inflexión fenomenológico de la TCD, en cuanto, al partir de la premisa adoptada que el derecho en sí, no es lenguaje, sino que el derecho se manifiesta como lenguaje, este sería su principio básico configurador del derecho a un nivel puramente fenomenológico en su presencia o manifestación, es decir, en el que se partiría de la premisa que el ser del Derecho se hace patente o se evidencia en el modo de su apareamiento en la manera como se presenta ante el investigador, en este caso del jurista propiamente dicho y este sería su principio metodológico básico enunciado en TCD.

Ahora bien, este presupuesto que se encuentra a la base de la reflexión del análisis lingüístico o sobre el lenguaje como es reiterado permanentemente, es el estudio acotado del lenguaje de los juristas, desde esta perspectiva puede advertirse un encadenamiento configurador o creador del Derecho que se produce desde un nivel inicial de carácter fenomenológico lingüístico y se traduce o remite al nivel de lo hermenéutico del lenguaje jurídico, desde un punto de vista interno de la reflexión sobre el Derecho, esta idea nos conduce a reflexionar sobre estos dos niveles de aproximación en la comprensión de la Teoría Comunicacional del Derecho. TCD.

Gregorio
Robles Morchón

Rubén Alberto
Duarte Cuadros

EDITORES

344

APORTES

A LA TEORÍA
COMUNICACIONAL
DEL DERECHO (TCD),
FILOSOFÍA DEL DERECHO
Y TEORÍA JURÍDICA

En principio puede advertirse en TCD., que el derecho como objeto de reflexión o de estudio, existe como un acto de creación que un agente ha realizado mediante un proceso de contenido decisional, es un acto de voluntad en la que participan múltiples actores, desde un agente particular en la expresión de su voluntad decisional de confeccionar un contrato, un legislador de crear una Ley o un acto normativo de un agente administrativo y el de una decisión que adquiere el estatus de una sentencia. Esta característica específica es un fáctum o hecho que va ha determinar lo más complejo del Derecho, por cuanto, el supuesto implícito que este acto decisional posee es que sólo es realizable de un único modo posible, a través del uso del lenguaje.

Al acercarnos a esta comprensión de lo que pueda llegar a ser el Derecho, le emerge su complejidad fenomenológica y hermenéutica a la vez, en cuanto, todos podemos coincidir con TCD, que:

“El ordenamiento se genera mediante ese conjunto de decisiones. Si el ordenamiento es el texto generado, el texto global que tenemos introducido en el ordenador, las decisiones son los actos de *habla* de los creadores del Derecho. El legislador «*habla*» cuando promulga la Ley, el juez «*habla*» al dictar sentencia. Los contratantes «*hablan*» cuando fijan el contenido del contrato que les ha de vincular en su relación. En suma, todos los creadores o generadores de normas «*hablan*», emiten «*actos de habla*» al concretar las normas. La decisión es un acto de habla, un acto de lenguaje. La decisión jurídica es un acto de habla que, por ser emitido por quien tiene un *poder* especial (jurídico) para hacerlo, adquiere la calidad de pasar a formar parte del ordenamiento jurídico, con todo lo que esto implica”. (Robles, 2012 - 2015).

Esta implicancia advertida por Robles, que en sí es problemática y singular de la reflexión en TCD, se evidencia en la emergencia de pasar de la reflexión del puro acto decisional al de la

Rubén Alberto
Duarte Cuadros

345

LA FENOMENOLOGÍA
DEL LENGUAJE
JURÍDICO EN LA TEORÍA
COMUNICACIONAL DEL
DERECHO

reflexión lingüística de configuración de los significados que contraen o entrañan la esencia decisional del acto creador normativo, institucional o jurisdiccional emitidos como actos de habla o en términos generales como actos lingüísticos. Estos actos lingüísticos a su vez contienen o prevé los niveles semióticos de lo semántico, de lo sintáctico y de lo pragmático. En este sentido, pasamos del acto configurador del Derecho que se integra al interior del sistema jurídico ordenado en normas e instituciones, en los que se transforman los actos de habla y pasan a configurar la entidad que denominamos Derecho en una perspectiva estática de comprensión de lo jurídico.

Desde esta perspectiva, la idea es ahora reflexionar en el acto decisional puro si es posible denominarlo así, en cuanto actividad eminentemente dinámica, y para ello hacemos uso del lenguaje como mecanismo de comunicación lingüística y es en este preciso instante que emerge como apareamiento del lenguaje desde su perspectiva fenomenológica como productora de la decisión o como acto de habla comunicacional, es el a priori del apareamiento de la decisión en código lingüístico, constituyéndose este hecho de apareamiento lingüístico en el punto que en nuestro criterio, contrae el acto de habla en su fenomenología o apareamiento del derecho como fenómeno o acto de creación y reflexión al mismo tiempo, para ejercer sobre el "fenómeno aparecido" la hermenéutica del acontecimiento denominado Derecho.

Analógicamente, en TCD., este acto de apareamiento o de origen existente como fenómeno es pensado a partir: "Del conjunto de decisiones que generan el ordenamiento jurídico, en la que hay *una* que destaca, sin lugar a duda, como la más importante, pues es el «comienzo» de todo, el punto de partida de la existencia del ordenamiento y, con ello, de las decisiones posteriores. Es la llamada *decisión constituyente o extraordinaria (o extrasistémica)*". (Robles, 2012 - 2015).

Este planteamiento específico del Autor, es para este artículo el punto de dilucidación inicial que podrá ampliarse hacia el futuro en la posibilidad de construir un nivel de desocultamiento

fenomenológico del origen del derecho, como conato de apareamiento o fuerza creativa decisional que emerge como lenguaje jurídico o de los juristas. Es el punto de partida del origen del derecho o como es previsto en TCD., es el «*Fiat*» de la decisión constituyente, sin este «*Fiat*» no hay derecho, es la Constitución en sí misma considerada como origen del derecho, como realidad constituida a través del acto o actividad decisional expresada lingüísticamente como un a priori de la realidad que se entreteje entre el acto decisional que sólo es posible mediante el lenguaje como conato fenomenológico de creación.

Al arribar a esta consideración, podemos reflexionar con TCD., que el punto "«*extraordinamental*» o «*extrasistémica*» abundan en la misma idea. El primero supone que la decisión constituyente se produce «fuera» o «antes» del ordenamiento, que todavía no existe; el segundo «fuera» o «antes» del sistema (concepto este que, como veremos más adelante, es próximo al ordenamiento. Una vez emitida la decisión constituyente y, por tanto, generada la constitución, el resto de las decisiones se producen en el marco constitucional y, en consecuencia, ordinamental. Todas las demás decisiones que no son la decisión constituyente son las *decisiones constituidas* (en el sentido de «constitucionales», lo que quiere decir adoptadas según lo exigido por la constitución generada por la decisión constituyente). También las podemos denominar decisiones *intraordinamentales o intrasistémicas* (o sea, decisiones jurídicas emitidas «dentro» del ordenamiento o sistema)". (Robles, 2012).

En síntesis, podemos afirmar, que desde la perspectiva fenomenológica el punto de partida del origen del derecho es de un doble contenido que nos exigirá a futuro desocultar el nivel impreso desde una posición fenomenología del apareamiento del derecho, por una parte; "*el acto intencional decisional*", y, por otra parte; "*la configuración lingüística del derecho*". Para Robles:

"La decisión constituyente, que es la acción creadora de las normas básicas del ordenamiento (Constitución), sin las cuales no es posible la existencia de éste. La decisión constituyente se concreta en un conjunto de normas (las normas

Gregorio
Robles Morchón

Rubén Alberto
Duarte Cuadros

EDITORES

346

APORTES

A LA TEORÍA
COMUNICACIONAL
DEL DERECHO (TCD),
FILOSOFÍA DEL DERECHO
Y TEORÍA JURÍDICA

Rubén Alberto
Duarte Cuadros

347

LA FENOMENOLOGÍA
DEL LENGUAJE
JURÍDICO EN LA TEORÍA
COMUNICACIONAL DEL
DERECHO

constitucionales), que organizan los poderes máximos del Estado y sus principios políticos (instituciones constitucionales). Las normas constitucionales *son la expresión verbalizada o lingüística de la constitución*". (Robles, 2012 - 2015)

Fenomenológicamente hablando, una constitución es el resultado de la decisión constituyente que le ha dado origen, así: *"La constitución es lo que se ha decidido mediante la decisión constituyente, al concluir el proceso constituyente"* (Robles, 2012-2015). Es el conato de creación o fuerza comunicacional referida a los actos de habla, previstos por el agente o asambleísta constituyente que le da origen desde el horizonte fenomenológico que se da en un universo de posibilidades de carácter a priori, que deviene de afuera y antes de la existencia del derecho como realidad posible. Luego del acto creador emerge el derecho como realidad o existente concreto quedando expuesto a la hermenéutica del acto creador y lingüístico. En nuestro parecer aquí es donde se concreta los dos niveles fenomenológicos del acto creador del derecho ya supuestos anteriormente, a saber: por una parte; *"el acto intencional decisional"*, y, por otra parte; *"la configuración lingüística del derecho"*.

Con lo hasta aquí previsto, lo que se pretende en este artículo es revisar en TCD., dos momentos o espacio previos de configuración del derecho al nivel del modelo fenomenológico que insiste revisar el en sí de la realidad y para nuestro caso el en sí del derecho configurado o creado. Es una idea de carácter ontológica que prevé la existencia del derecho como fenómeno, que deviene de una realidad mediada lingüísticamente que emparenta a TCD., con la teoría pragmática del lenguaje y de la realidad vista desde la postulación clásica por ejemplo de Pierce y Dewey, en cuyo caso si se observa esta idea se contrae al momento del a priori decisional y configurador de la preceptiva constitucional a un nivel dinámico que se vincula al acto creador exclusivamente en los actos de habla, como a priori lingüístico en los usos del lenguaje como fenómeno que nos es dado como lo exige el modelo fenomenológico. Es decir, que el conato o a priori lingüístico es la condición necesaria, y a la vez suficiente, que permite el apareamiento del derecho como un ente o realidad

que es constituida como un acto de lenguaje, en el que es posible que emerja la constitución y luego de su apareamiento se fija el derecho por así decirlo, este hecho es lo que en TCD., se determina como el aspecto estático del Derecho.

Acotando ahora el punto de partida de esta dilucidación, podemos decir desde TCD., que el «aspecto dinámico» y configurador desde la perspectiva del lenguaje como «actos de habla», que produce los significados del derecho y para el caso de esta reflexión, es lo que podemos denominar la fenomenología del derecho con un fuerte contenido pragmático de configuración del derecho como realidad. Desde la otra perspectiva asumida también en TCD., podemos decir, que cuando se ha concretado la decisión constituyente, para el caso de la creación constitucional o de la Constitución luego de haber terminado el acto creativo y dinámico del derecho, éste adquiere su dimensión estática o consumada que se ha de referir y exponer a la dimensión hermenéutica del derecho creado a los tres niveles semióticos y por analogía también previstos por el pragmatismo a la cabeza de Pierce.

En síntesis, podemos afirmar que el modelo fenomenológico sólo se contraería al puro acto decisional y terminaría aquí en su capacidad de responder a una teoría del derecho, si esta tesis ha de ser verificable, entonces, el derecho desde su aspecto dinámico sería fenomenológico y se extendería por el acto lingüístico a la pragmática del lenguaje en su aspecto estático. La razón se fundamentaría de un modo inversamente proporcional, es decir, luego que el derecho ha sido decisionalmente creado, emerge en él, la «dimensión estática» y en esta perspectiva ya no sería suficiente el modelo fenomenológico, sino que se hace necesario pasar a un nuevo modelo que ya ha sido previsto en TCD., a saber, el de la hermenéutica en sus tres niveles de reflexión, el semántico, el sintáctico y el pragmático.

Este modelo hermenéutico a la vez puede ser contraído en el modelo de la pragmática de la acción y del lenguaje de los juristas. Veamos cómo podemos ir avanzando en este punto de referencia, por ejemplo: desde John Dewey, sobre el punto de la

Gregorio
Robles Morchón

Rubén Alberto
Duarte Cuadros

EDITORES

348

APORTES

A LA TEORÍA
COMUNICACIONAL
DEL DERECHO (TCD),
FILOSOFÍA DEL DERECHO
Y TEORÍA JURÍDICA

Rubén Alberto
Duarte Cuadros

349

LA FENOMENOLOGÍA
DEL LENGUAJE
JURÍDICO EN LA TEORÍA
COMUNICACIONAL DEL
DERECHO

realidad configurada por la acción y el lenguaje para el derecho y crear un discurso de familia con TCD., previamente lo habíamos realizado con Peirce. (Duarte, 2018)

2. La conducta, el carácter social, las normas morales y jurídicas

La propuesta ética, política y jurídica de Dewey, confluye en la consideración de la experiencia a partir de la conducta. Todo individuo en su proceder ético opera a través de las condiciones de su ambiente natural y social, es decir, la experiencia particular se ve influenciada y se constituye por las disposiciones del carácter del individuo, como por las condiciones del entorno social en el que participa. A su vez, el entorno se ve influenciado y se constituye por la correlación de experiencias particulares del agente y participante que interviene constantemente en la acción ejercida sobre el mundo.

En consecuencia, no es posible pensar al individuo apartado de su experiencia vital, como de su ambiente. Esto involucra tanto las predilecciones éticas y jurídicas de la conducta personal, la construcción del «yo» público, como los escenarios políticos y la historia como resultado de la conducta individual y del carácter social construido como ethos culturalmente relevante para un nosotros compartido de modo intersubjetivo.

Ahora bien, lo que Dewey determina como «conducta», es analógicamente lo que en James ha anunciado como la continuidad del pensamiento en la acción en su tesis del «*monismo radical*», o la categoría de la «terceridad» en Peirce, es decir, al modo en que una predilección tomada por el individuo en su intervención en el mundo conduce a los «actos» transformadores y prácticos de la realidad o entorno social.

La conducta envuelve una sucesión entretejida de acciones, y en tanto, que entretejida puede dirigirse potencialmente hacia el ámbito de lo moral, lo jurídico y lo político al mismo tiempo sin escisiones. Esto quiere decir, que el accionar particular no

es un ejercicio independiente de la voluntad; es decir, que la voluntad es conductual y no se compone por acciones dispersas, indiferentes, separadas y neutras, sino por acciones en continua conexión y potencia con el mundo de la vida, que de por sí, es intersubjetivo, mediado lingüísticamente como dirá Habermas y analógicamente como lo entienden también Peirce, Apel, James y ahora Dewey. En este aspecto el acto o acciones creadoras por ejemplo del derecho constitucional como lo expone Robles, en TCD., haría parte de un continuo desde la visión pragmática del derecho que presupone que la voluntad creadora del derecho del agente constituyente comporta de por sí el todo compartido de la sociedad, es decir, su ethos o yo público.

Así mismo, tanto en el plano moral, como en el plano político, es necesario el desarrollo y el conocimiento de esa sucesión entretejida, pero además de esto, es necesario ir más allá del sólo reconocimiento de ésta, para llegar a cuestionarse el cómo se produce y el por qué se produce tal sucesión. Esto debe suceder porque la sucesión no puede quedarse en una mera continuidad de acciones, ya que aquella puede tener la capacidad de plasmar en el carácter del individuo «hábitos», que son las creencias de lo que perdura dentro de la conducta particular, tal y como Alexander Bain lo había previsto, al definir el «hábito» “como el conjunto de creencias o reglas de acción con las que se cuentan para actuar”. (Bain, 1867).

Por lo tanto, el «hábito» como conjunto de creencias de las que está dotado el individuo para actuar, no debe confundirse como si fuera un dispositivo de repetitivos impulsos del actuar humano, sino como depositarios e impulsores de deseos, emociones, propósitos y pensamientos; en suma, la voluntad individual plasmada en el entorno social íntimamente vinculado a una concepción de evolución cultural en continuidad con la evolución biológica, al modo como fue concebido por Darwin, en este punto podemos decir con Rorty que:

“James y Dewey admiraban a Peirce y compartían sus opiniones de que la filosofía tiene que adaptarse a Darwin. (...) Se concentraron en las profundas implicaciones anticartesias-

Gregorio
Robles Morchón

Rubén Alberto
Duarte Cuadros

EDITORES

350

APORTES

A LA TEORÍA
COMUNICACIONAL
DEL DERECHO (TCD),
FILOSOFÍA DEL DERECHO
Y TEORÍA JURÍDICA

Rubén Alberto
Duarte Cuadros

351

LA FENOMENOLOGÍA
DEL LENGUAJE
JURÍDICO EN LA TEORÍA
COMUNICACIONAL DEL
DERECHO

nas del desarrollo que había realizado Peirce de la intuición antirepresentacionista inicial de Bain. Y de este modo desarrollaron una teoría no representacionista de la adquisición y contrastación de las creencias que culmina con la tesis de James según la cual: «afirmará, “lo verdadero” ... es tan sólo lo conveniente para nuestro modo de pensar». Tanto James como Dewey se proponían llevar a cabo la reconciliación de la filosofía con Darwin por medio de una concepción de la búsqueda humana de la verdad y del bien que pusiera a ésta en línea de continuidad con las actividades de los animales inferiores, concibiendo la evolución cultural en continuidad con la evolución biológica”. (Rorty, 2000).

En consecuencia, todo «*acto en la conducta individual*» da cabida a acrecentar, disminuir o dar continuidad a los hábitos. Tal es así, que un criterio moral, jurídico o político visto desde esta óptica, debe dirigirse desde el cimiento de la «*acción hacia el futuro*», sin dejar de lado los «*hábitos*» que la han constituido, modificado o transformado a través de la intervención del agente potencial o promotor de toda conducta que perdura en el tiempo por el carácter de continuidad de los hábitos y de las prácticas individuales y colectivas dentro de una sociedad previamente determinada. En esta determinación juega un papel vital el derecho y vista desde la perspectiva configuradora del acto creador como lo presupone Robles, en TCD., y como lo señalábamos arriba determinaría las rutinas del pensar jurídico a los niveles presupuestos, que nos permite construir un discurso de familia con el pragmatismo como ha sido nuestra intención desde tiempo atrás.

Lo anterior, obliga a preguntar: ¿En qué sentido los *hábitos* pueden despertar aprobación o desaprobación? ¿En qué sentido los *hábitos* pueden ser motivantes, aprobados o censurados? En consecuencia, todo *hábito* concentra dentro de sí, un deseo reflexiónate, tal y como lo advertimos en los términos de Dewey, porque todo *habito*, está dotado de discernimiento para motivar, aprobar o censurar una acción, y a la base de este discernimiento, se encuentra la «*norma de aprobación*», como criterio de justificación para desaprobar, aprobar o dar

estímulo a un hábito, que hoy en criterio jurídico entenderíamos como los juicios de validez, eficacia y legitimidad de todo acto mediado normativamente, bien sea por medio de la moral o del derecho.

Desde esta perspectiva, puede plantearse en primera instancia; que la norma de aprobación no está en oposición con aquello que deseamos o pensamos; por el contrario, tanto la norma como el deseo están íntimamente ligados y yuxtapuestas. Por ejemplo, lo bueno como fin en sí mismo, sería aquello que pudiese ser exaltado y aprobado como legítimamente necesario, de igual forma que los deberes en pro de consecuencias favorables y solidarias a favor de los demás miembros de la sociedad recibirían por unanimidad, quizá, la aprobación y justificación de toda la comunidad en la que se practica dicho criterio valorativo o de principios de justicia y solidaridad.

En segunda instancia; toda norma jurídica o moral es concebida como criterio de racionalidad para la realización de una conducta que se ha aprobado o desaprobado, en la que se tomaría como criterio dependiente de sus consecuencias o utilidad que pudiera generar una acción o un tipo de carácter, en concordancia con la felicidad, la justicia o el bienestar en general. (Dewey, 1965).

El problema en este punto emerge, cuando se suscita la pregunta, cómo la idea del bien general, la justicia o la felicidad puede llegar a convertirse en un propósito dentro de la conducta concreta y en acción presente de un individuo, y cómo el individuo transforma lo particular en la condición de un todos o de un nosotros, que en el punto del acto creador constituyente o normativo dentro del derecho y visto desde TCD., asumiría fenomenológicamente y pragmáticamente la posición original del “*Fiat*”; puesto que con regularidad consideramos el bien y la felicidad con mayúscula como una finalidad eminentemente particular e individual, en cuanto, quien pudiera prever la felicidad y lo bueno de todos, quizá lo que alcancemos como bien general sería la idea de lo justo para todos y no solo para un yo concreto, sino que pueda arrastrar un nosotros situado en

Gregorio
Robles Morchón

Rubén Alberto
Duarte Cuadros

EDITORES

352

APORTES

A LA TEORÍA
COMUNICACIONAL
DEL DERECHO (TCD),
FILOSOFÍA DEL DERECHO
Y TEORÍA JURÍDICA

Rubén Alberto
Duarte Cuadros

353

LA FENOMENOLOGÍA
DEL LENGUAJE
JURÍDICO EN LA TEORÍA
COMUNICACIONAL DEL
DERECHO

contextos sociales universales previstos y concertados por una comunidad de intereses comunes, como los aludidos por las democracias que comparten valores conjuntos de realización ético políticas.

Es precisamente, aquí, donde nace la preocupación de Dewey, sobre la pregunta de: ¿Cómo una norma puede influir en nosotros?, en nuestra disposición y en nuestro carácter particular o individual, ya que es en el carácter donde reposan las posibilidades para optar por cosas provechosas y convenientes que atañen no sólo a nuestra integridad como individuos, sino a la sociedad en su conjunto. Luego, la norma de aprobación, la cual es la manera más inmediata en que la sociedad forma a un individuo dentro de lo público, es la llave maestra para formar al individuo en un carácter ejemplar, capaz de formular propósitos, procesos y resultados que promuevan el beneficio general; y, a su vez, la norma es el instrumento social para sancionar todo perfil de la personalidad y todo rasgo institucional que logre desequilibrar la función de dichos propósitos.

Por este motivo, es importante que la norma jurídica o la norma moral que se implican mutuamente permita en todo caso concreto distinguir determinados fines y deseos que estén por encima de otros fines y deseos respectivamente. Así, se permitirá formar a los individuos en sus hábitos y en el carácter que pueda ser aprobado en conjunto por la sociedad que deviene jurídica y moralmente; puesto que la norma debe darnos la posibilidad de diferenciar las finalidades que una comunidad concreta asume en la práctica y en sus expectativas de existencia teleológicamente asumida como un ethos solidario y cooperativo, que hoy no es extraño reflexionar sobre ellas, por ejemplo, en las democracias constitucionales.

3. Sobre los hábitos y experiencias individuales y colectivas

Para Dewey y Rorty, la mente humana reúne todo un conjunto de hábitos, creencias, deseos y pensamientos que se recons-

truyen en el medio natural y social en un continuo como en consonancia a la línea de continuidad entre el mundo natural y social con un criterio evolutivo darwiniano. Este continuo se reedifica a través de la contingencia de la experiencia en términos rortyano, donde la experiencia se constituye por las creaciones, recreaciones, creencias y deseos de la mente humana, las cuales irrumpen en el modo de pensar y de actuar ejerciendo una influencia en lo individual y en lo social, piénsese como es presentado en TCD., que el acto configurador y creador del derecho debe reunir la capacidad de garantizar este continuo social el cual se ve evidente en el acto creador constituyente y constitucional, del cual deviene todo el derecho.

Durante este proceso, los deseos y las creencias pueden verse afectados por su rechazo o aceptación, pueden exponerse al olvido o estar sujetos al reconocimiento continuo, pueden llegar a configurarse en nuevos hábitos y en nuevas formas de vida. Todo esto debido a la capacidad de adaptación y de maleabilidad que tenemos de elaborar y de reelaborarnos como seres humanos dentro del ambiente que nos circunda. Por lo tanto, todo este conjunto de deseos y creencias representa un mecanismo no sólo simbólico, sino fisiológico y psíquico, ya que activan la mente y el cuerpo; es decir, que activan al «yo» que no es otra cosa que el conjunto de dicha totalidad y mismidad, que, en sí, es inescindible. (Rorty, 1996).

En la óptica de Dewey, la conexión entre el conjunto de deseos y creencias y el espacio natural y social permiten generar el hábito, el carácter, el impulso y la inteligencia como factores propios de la experiencia, los cuales han tenido su efecto dentro de la concepción pragmática que tiene Rorty respecto al accionar particular y general. Según Rorty, estos factores nos otorgan una mayor comprensión del «yo» y del «mundo», que, en un apretado concepto de familia, es lo que para Habermas representa la intramundandad y mundandad, sin apelar a criterios universales a priori o trascendentales con relación a la conducta, sino vincular al mundo de nuestras experiencias realizativas proclives al éxito, en tanto normativamente mediado por las experiencias de un mundo posible, que se autodetermi-

Gregorio
Robles Morchón

Rubén Alberto
Duarte Cuadros

EDITORES

354

APORTES

A LA TEORÍA
COMUNICACIONAL
DEL DERECHO (TCD),
FILOSOFÍA DEL DERECHO
Y TEORÍA JURÍDICA

Rubén Alberto
Duarte Cuadros

355

LA FENOMENOLOGÍA
DEL LENGUAJE
JURÍDICO EN LA TEORÍA
COMUNICACIONAL DEL
DERECHO

na para sí y para otro socialmente intersubjetivo y por lo tanto compartido lingüísticamente.

Desde la perspectiva pragmatista, todo individuo adopta y desarrolla un conjunto de hábitos, habilidades y prácticas dentro del ambiente donde aparece o se consolidan y el derecho lo determina ritualizándolo mediante el acto creador, para garantizar la continuidad de los hábitos socialmente compartidos. Los hábitos son el resultado de un ejercicio continuo de incorporación y de adaptación continua. La adaptación individual y la incorporación social deben ser coordinadas por los hábitos para que se pueda conformar la conducta y conocer a través de la observación la naturaleza del hombre en la experiencia. Si no hay hábitos conformados y coordinados en el hombre con sus condiciones ambientales no es posible una modificación inteligente de la conducta. (Dewey, 1964).

De esto puede deducirse, que los hábitos reúnen todas las disposiciones orgánicas, las creencias, las apetencias, las tendencias adquiridas, el ejercicio de la voluntad individual y su capacidad de organizarse, de adaptarse y de conseguir fines socialmente relevantes y edificantes. Ahora bien, es importante decir, que los hábitos no son simples actos rutinarios, son en realidad hábitos inteligentes porque interactúan con elementos como la costumbre y la reflexión. De esta forma, toda acción, creación, interpretación y descripción que hagamos del mundo y de nosotros, se forja en nuestro «*carácter y conducta*», en nuestras «*creencias y deseos*», se recrea en los «*hábitos*» y se adapta a las finalidades individuales y sociales dentro de una comunidad con prácticas sociales concretas e históricas determinadas que configuran el mundo plural descrito por James.

En consecuencia, «*el carácter*» es el que nos permite hacer todas las actividades mencionadas anteriormente, puesto que es el conector de los hábitos, es el que nos da la posibilidad de pensar, discernir, sentir, imaginar, interpretar, indagar, deliberar, actuar, etc. Por esto, entre más hábitos se adquieran más amplia y reflexiva será nuestra conducta en relación con el contexto que la envuelve y la conduzca a otros rumbos o tendencias.

Esto no quiere decir, que los hábitos sean los que deciden por nosotros; es la inteligencia la que nos permite decidir, conocer y distinguir las tendencias actuales y latentes en nuestro carácter y en nuestra conducta. Esta capacidad de la inteligencia es la que nos permite hacernos conscientes de la conducta en sus predilecciones presentes y posibles. (Dewey, 1964).

Además, los hábitos implican los impulsos, los cuales irrumpen en ellos produciendo emociones y dirigiéndolos hacia nuevos y posibles cursos de acción, aprobando o dando nulidad a los propios hábitos y suscitando en la inteligencia un tipo de «*acuerdo*» entre el hábito pasado y el nuevo impulso o hábito en el futuro, para conducir y reconducir a la conducta (Dewey, 1964). De aquí, se puede deducir, como lo habíamos tratado ya en Peirce y James respecto de los hábitos y las creencias, que sólo se reconstituyen en las consecuencias que son solo predecibles en el futuro. Pero, lo que pueda ocasionar dialécticamente una pugna entre los hábitos pasados y los nuevos impulsos, es un estímulo dentro del curso de la conducta que se va asumiendo constantemente y se potencializa o no en el futuro, esto no ha de significar que los impulsos nuevos ejerzan dominio sobre la conducta, estos logran afectarla y afectar a los hábitos, pero es desde el carácter que se conoce y se delibera (Dewey, 1964).

Dentro del transcurso deliberativo entre los impulsos nuevos y los hábitos establecidos o los viejos hábitos, se contemplan posibles actos de acción y esto lo produce el imaginario, y, a modo de un ensayo teatral, compiten respecto de sus consecuencias posibles, hasta que uno de ellos termine por acaparar todas las fuerzas de la acción (Dewey, 1964). Ese carácter inspirador se manifiesta según Rorty, a partir del discurrir de ciertas descripciones metafóricas, despertando así la capacidad de auto creación y la búsqueda de objetos que generen beneficio, utilidad y aprobación, es decir:

“Las metáforas que, según el pragmatista, ponemos en lugar de toda esta referencia masoquista al carácter duro y directo son las de la conducta lingüística como uso de herramientas, del

Gregorio
Robles Morchón

Rubén Alberto
Duarte Cuadros

EDITORES

356

APORTES

A LA TEORÍA
COMUNICACIONAL
DEL DERECHO (TCD),
FILOSOFÍA DEL DERECHO
Y TEORÍA JURÍDICA

Rubén Alberto
Duarte Cuadros

357

LA FENOMENOLOGÍA
DEL LENGUAJE
JURÍDICO EN LA TEORÍA
COMUNICACIONAL DEL
DERECHO

lenguaje como una manera de asir las fuerzas causales y conseguir que hagan lo que deseamos, modificarnos a nosotros y a nuestro entorno según nuestras aspiraciones". (Rorty, 1996).

Puede, por tanto, decirse, y aquí ocuparía un lugar especial la reflexión de Robles, en TCD., cuando afirma: El derecho en sí no es lenguaje, "sino que se manifiesta como comunicación, como lenguaje". (Robles y Barros, 2017). En este punto de especificidad del acto creador del derecho como acto de lenguaje compartiría la idea presentada en la cita precedente de Rorty, en la que no es posible una captación universal y abstracta de las cosas independientes de la práctica y de la experiencia lingüística. El lenguaje es la forma mediante la cual somos capaces de asir las fuerzas causales de la realidad y modificarla.

De esto trata la deliberación moral, jurídica y política en el pragmatismo, la cual vaticina de manera teatral los posibles resultados de la acción, al tratar de incorporar las tendencias de los nuevos impulsos en un carácter y conducta ya presentes en relaciones intersubjetivas y lingüísticas como característica propia del pragmatismo. Además, la deliberación sería la consecuencia de la inteligencia dentro de la conducta; en otras palabras, vendría a ser el discernimiento entre el juicio particular y la acción que está presente o está próxima a presentarse, modificarse o crearse. Esta actitud discerniente se educa como un hábito y puede permitirnos evaluar nuestras tendencias actuales y presentes en un proceso consciente de la contingencia del futuro. En síntesis, no ponemos al presente como dispositivo para controlar el futuro, sino que la indagación del futuro dentro de una acción presente, nos permitirá corregirla y perfeccionarla en la conducta. (Rorty, 1996).

Conclusiones

Como posible conclusión considero oportuno señalar, que de la lectura de TCD., me interesa permanentemente encontrar niveles de comprensión, a los cuales sea posible reflexionar el derecho desde modelos como el fenomenológico, el pragmático o el

hermenéutico, provenientes de la filosofía con el fin de señalar posibles rutas, que nos acerquen a la idea de construir una visión integradora entre la teoría del derecho y la filosofía del derecho para satisfacer niveles comprensivos o integradores del derecho. Modelos que podamos exponer y argumentar permanentemente a la hora de resolver casos concretos, que se presentan al interior de la sociedad, esta circunstancia de observación nos permite a la vez, compartir visiones en torno al derecho que puedan ser compartidas por todos los que participamos del curso del profesor Gregorio Robles en Madrid, en octubre de 2018.

Bibliografía

- Bain, Alexander. *The Emotions of the Hill*. Londres: Edición de J. W. Parker, 1859. Ver también la Tercera Edición de Longman & Green, Londres, 1875 y Appleton, Nueva York, 1867.
- Dewey, John. *Teoría de la Vida Moral*. México: Editorial Herrero Hermanos. SUCS, S.A. 1965.
- Dewey, John. *Naturaleza Humana y Conducta. Introducción a la Psicología Social*. México: Editorial, Fondo de Cultura Económica. 1964.
- Ortiz Bolaños, Liliana y Robles, Gregorio. *Comunicación, Lengua-je y Derecho. Contribuciones a la Teoría Comunicacional del Derecho*. Navarra: Editorial Thomson Reuters-Aranzadi - Cali: Editorial Pontificia Universidad Javeriana. 2018.
- Robles, Gregorio. *Teoría del Derecho: Fundamentos de Teoría Comunicacional del Derecho*. Navarra: V. I. 4ta. Edición. Editorial. Civitas – Thomson Reuters 2012.
- Robles, Gregorio E. y Barros Carvalho, Paulo. *Teoría Comunicacional do Direito: Diálogo entre Brasil e Espanha*. Santa Cruz do Rio Pardo: Editorial. Noeses 2017.
- Rorty, Richard. *El Pragmatismo, Una Versión. Antiautoritarismo en Epistemología y Ética*. Barcelona: Editorial Ariel, S.A. 2000.
- Rorty, Richard. *Objetividad, Relativismo y Verdad. Escritos Filosóficos I*. Barcelona: Editorial Paidós. S.A. 1996.

Gregorio
Robles Morchón

Rubén Alberto
Duarte Cuadros

EDITORES

358

APORTES

A LA TEORÍA
COMUNICACIONAL
DEL DERECHO (TCD),
FILOSOFÍA DEL DERECHO
Y TEORÍA JURÍDICA

Rubén Alberto
Duarte Cuadros

359

LA FENOMENOLOGÍA
DEL LENGUAJE
JURÍDICO EN LA TEORÍA
COMUNICACIONAL DEL
DERECHO

Aportes a la Teoría Comunicacional del Derecho (TCD),
Filosofía del Derecho y Teoría Jurídica

Se terminó de imprimir en julio de 2020.

Para su elaboración se utilizó papel bond de 70 gr en páginas interiores
y papel esmaltado de 300 gr para la carátula.

Las fuentes tipográficas empleadas son Roboto Light en 11,5 puntos, en texto corrido
y Roboto Bold en 11,5 puntos en títulos.

**Rubén Alberto
Duarte Cuadros**

Decano de la Facultad de Filosofía y Ciencias Humanas. Director de la Especialización y Maestría en Filosofía del Derecho y Teoría Jurídica de la Universidad Libre de Colombia. Docente e Investigador de la Universidad Libre. Director del Grupo de Investigación en Filosofía y Teoría Jurídica Contemporánea, reconocido por Colciencias - Colombia, creado en enero del año 2003 y nuevamente certificado el día 28 de enero de 2020, con el registro COL-004770820200128101. Filósofo de la Universidad Nacional de Colombia y Abogado de la Universidad Autónoma de Colombia. Especialista en Derecho Penal y Criminología, y Magíster en Filosofía del Derecho y Teoría Jurídica de la Universidad Libre. Doctorando en Derecho de la Universidad Externado de Colombia.

Para la Facultad de Filosofía y Ciencias Humanas de la Universidad Libre de Colombia, es honroso presentar a nuestros lectores esta nueva obra, que hace parte integral de los proyectos liderados por Rubén Alberto Duarte Cuadros, en su calidad de director del Grupo de Investigación en Filosofía y Teoría Jurídica Contemporánea, creado en enero del año 2003 y nuevamente certificado el día 28 de enero 2020 con el registro COL-004770820200128101. Sobre los *“Aportes a la Teoría Comunicacional del Derecho (TCD). Filosofía del Derecho y Teoría Jurídica”*, producto del Seminario Internacional realizado por el Profesor Gregorio Robles, los días 7, 8 y 9 de octubre del año 2018, en la Universidad Camilo J. Cela de Madrid-España.

A este seminario de investigación del derecho participaron docentes de la Teoría y de la Filosofía del Derecho provenientes de Italia, de las Provincias Autonómicas de España y Colombia, todos reunidos alrededor de la discusión sobre las visiones jurídicas y filosóficas enmarcadas en las reflexiones epistémicas de la obra *Teoría Comunicacional del Derecho (TCD)*. En las discusiones participamos los editores de la presente obra, en colaboración con los docentes e investigadores que hacen parte de los capítulos de libro presentados, quienes nos han cedido los derechos para publicar los textos discutidos con el Autor de (TCD).



**UNIVERSIDAD
LIBRE®**
Facultad de Filosofía y
Ciencias Humanas
Bogotá D.C.

ISBN 978-958-5578-37-1

