

EPISTEMOLOGÍA Y TEORÍA DEL DERECHO

EDITORES

Gregorio Robles
Liliana Ortiz Bolaños



Pontificia Universidad
JAVERIANA
Cali

Santiago de Cali, 2018

EPISTEMOLOGÍA Y TEORÍA DEL DERECHO

AUTORES

Gregorio Robles

Juan Pablo Domínguez Angulo

Francisco López Ruiz

Nestor Raúl Arturo

Liliana Ortiz Bolaños

Aurelio de Prada García

Luis Freddyur Tovar



Pontificia Universidad
JAVERIANA
Cali

Epistemología y teoría del derecho / Gregorio Robles ... [et al.] -- Santiago de Cali: Pontificia Universidad Javeriana, Sello Editorial Javeriano, 2018.

301 páginas; 24 cm.

Incluye referencias bibliográficas.

ISBN 978-958-5453-61-6

1. Filosofía del derecho 2. Teoría del derecho 3. Comunicación en derecho I. Robles, Gregorio II. Domínguez, Juan Pablo III. López Ruiz, Francisco IV. Arturo, Néstor Raúl V. Ortiz Bolaños, Liliana VI. Prada García, Aurelio de VII. Tovar, Luis Freddyur VIII. Pontificia Universidad Javeriana (Cali). Facultad de Humanidades y Ciencias Sociales. Departamento de Ciencia Jurídica y Política

SCDD 340.1 ed. 23

CO-CaPUJ
malc/18



Pontificia Universidad
JAVERIANA
Cali

Pontificia Universidad Javeriana Cali
Facultad de Humanidades y Ciencias Sociales
Departamento de Ciencia Jurídica y Política

Editores:

Gregorio Robles
Liliana Ortiz Bolaños

Autores: © Gregorio Robles - © Juan Pablo Domínguez Angulo - © Francisco López Ruiz -
© Nestor Raúl Arturo - © Liliana Ortiz Bolaños - © Aurelio de Prada García - © Luis Freddyur
Tovar

Rector: Luis Felipe Gómez Restrepo S.J.

Epistemología y Teoría del Derecho

ISBN: 978-958-5453-61-6

ISBN (e): 978-958-5453-62-3

Formato: 17 cms x 24 cms

Coordinación editorial: Claudia Lorena González

Auxiliar editorial: Manuela Triviño Monar

Diseño y diagramación: Luisa Panteve

Portada: Kevin Nieto

Corrección de estilo: Luisa Panteves

Impresión: Carvajal Soluciones de Comunicación

Pontificia Universidad Javeriana Cali

Calle 18 N°118-250

Teléfonos (57-2) 3218200

Santiago de Cali, Colombia, 2018

El contenido de esta publicación es responsabilidad absoluta de su autor y no compromete el pensamiento de la Institución. Este libro no podrá ser reproducido por ningún medio impreso o de reproducción sin permiso escrito de los titulares del *Copyright*.

CONTENIDO

PRESENTACIÓN	11
PREFACIO	13
ANÁLISIS EPISTEMOLÓGICO Y TEORÍA COMUNICACIONAL DEL DERECHO	17
<i>Gregorio Robles</i>	
El análisis epistemológico: descriptivo y reflexivo	17
La Teoría Comunicacional del Derecho (TCD)	19
Ordenamiento, Sistema y Ámbito jurídico	21
Sistema dogmático expositivo y sistema jurídico propiamente dicho. La Ciencia de los juristas como ciencia “pro-positiva”, hermenéutica y práctica	23
El Ámbito jurídico: realidades que lo integran. La Ciencia de los juristas como ciencia hermenéutico-analítica. El “eje hermenéutico básico”. El concepto hermenéutico-analítico de acción. La TCD como Teoría de los ámbitos jurídicos	27
El método en la TCD: la comunicación como perspectiva. Comunicación, lenguaje y Derecho. El lenguaje de los juristas. Los textos jurídicos	34
El método hermenéutico-analítico. Carácter previo de la hermenéutica sobre la analítica	40

Pragmática, semántica y sintaxis en la TCD: Teoría de las Decisiones jurídicas, Teoría de la Dogmática jurídica y Teoría formal del Derecho. El principio de prioridad pragmática	41
La TCD, una Teoría del Derecho al servicio de los juristas: el punto de vista interno	46
TCD y Pedagogía	48
Para seguir leyendo sobre la Teoría Comunicacional del derecho	50
EL NORMATIVISMO DESDE UNA PERSPECTIVA EPISTEMOLÓGICA	51
<i>Juan Pablo Domínguez Angulo</i>	
Introducción	51
Asuntos epistémicos indispensables (Relación entre epistemología y hermenéutica)	53
Selección racional de teorías	55
Lenguaje y metalenguaje	56
El problema del ser y del deber ser, y la traducibilidad	59
La ciencia, y el Derecho, como texto	61
El Normativismo Jurídico. (El Derecho como texto que se autoconstruye)	63
El problema del ser y del deber ser en el normativismo	65
Los conceptos de lenguaje y metalenguaje dentro de la teoría normativista	70

Hermenéutica social	73
El normativismo desde la epistemología	77
Conclusión	86
Bibliografía	86
CUESTIONES GNOSEOLÓGICAS SOBRE LA DELIMITACIÓN DEL OBJETO DEL PROCESO PENAL	91
<i>Francisco López Ruiz</i>	
El objeto del proceso penal: Hecho o hecho procesal	91
Una alternativa gnoseológica	108
Conclusión	129
Bibliografía	133
LA EFICACIA SOCIAL Y LA CORRECCIÓN MORAL EN ROBERT ALEXY COMO DUALIDAD NECESARIA PARA UNA EPISTEMOLOGÍA DEL DERECHO	137
<i>Nestor Raúl Arturo</i>	
Introducción	137
La Doble Naturaleza del Derecho	140
Pretensión de Corrección	143
La Teoría del Discurso	147
Positividad	153
Institucionalización de la razón	155

Constitucionalismo democrático	158
Derechos fundamentales	159
Democracia	162
Jurisdicción constitucional	163
Teoría de los principios y ponderación	165
Argumentación Jurídica	170
Conclusión	173
Bibliografía	174
PRAGMATISMO Y EPISTEMOLOGÍA PARA LA OBJETIVIDAD DEL DISCURSO MORAL EN LA CIENCIA JURÍDICA	177
<i>Liliana Ortiz Bolaños</i>	
Equivocidad: diversas voces que limitan el concepto de verdad	177
La última palabra y la decisión objetiva.	180
Robert Brandom: posibilidad de la construcción de razones para una argumentación moral	192
Donald Davidson: un discurso sobre la objetividad	194
Hilary Putnam: realidad, referencia y verdad	204
Objetivización del discurso moral en el discurso jurídico	210
Conclusión	221

Bibliografía	222
POSJUSTICIA: MÁS ALLÁ DEL REALISMO JURIDICO	227
<i>Aurelio de Prada García</i>	
Introducción	227
Profecías y hechos	230
Reaccionando a los hechos que subyacen al caso	237
Más profecías y más hechos	246
A modo de conclusión: ¿Más allá del realismo jurídico? Posjusticia y derecho a los hechos	256
Bibliografía	258
EL EXPERIENCIALISMO JURÍDICO: ¿Modelo jurídico para las sociedades complejas y globalizadas de hoy?	259
<i>Luis Freddyur Tovar</i>	
Introducción	259
El derecho en la modernidad: experiencia jurídica occidental	262
El derecho desde el experiencialismo	271
La justicia como núcleo del experiencialismo jurídico	288
Conclusión	293
Bibliografía	296

PRESENTACIÓN

La obra integra una serie de reflexiones sobre la construcción del conocimiento jurídico, que ha unido a docentes de la Pontificia Universidad Javeriana de Cali, integrantes de los grupos de investigación IJUD (Instituciones Jurídicas y Desarrollo) de la Carrera de Derecho y DEIS (Democracia, Estado e Integración Social) de la Carrera de Ciencia Política. Esta obra se ha llevado a cabo gracias al apoyo económico brindado por la Pontificia Universidad Javeriana Cali, al Proyecto de investigación denominado *“El concepto de historia efectiva en la filosofía hermenéutica de Hans- Georg Gadamer, como metalenguaje para la selección de teorías en la investigación del Derecho”*, y gracias a la colaboración de distinguidos profesores de la academia española. La obra condensa la exposición de varios puntos de vista sobre horizontes hermenéuticos y epistemológicos necesarios para el conocimiento jurídico, como un aporte a la consolidación del Concepto de Derecho, al tiempo que va dirigida a investigadores del Derecho interesados en la elaboración de líneas de investigación sobre filosofía del Derecho y teoría del Derecho.

Francesco Zappalá Sastoque
Director del Departamento de Ciencia Jurídica y Política

PREFACIO

El libro “Epistemología y teoría del Derecho”, es producto de un proyecto de investigación financiado por la Pontificia Universidad Javeriana¹, en el que hemos contado con valiosa participación de docentes de varias universidades españolas. El proyecto planteó la necesidad de pensar algunos conceptos que hacen falta para la comprensión del Derecho, desde una visión epistemológica - hermenéutica, entendiendo éste binomio como la exposición de conceptos mediados por interpretación, comunicación y justificación lingüística. En primer lugar, el problema del conocimiento del Derecho se comprende desde una justificación racional y razonable sobre realidades lingüísticas, expresadas en conceptos que hablan a su vez, de múltiples conceptos. En segundo lugar, el problema epistémico –hermenéutico se centra en establecer cómo las razones se llenan de contenido y cómo se eligen de una variedad de realidades lingüísticas rivales. En tercer lugar, en cuanto el Derecho es lenguaje, al conocimiento del Derecho se accede a través de la elaboración de conceptos, que se construyen al realizar una búsqueda abstracta de sus elementos. De otro lado, el Proyecto de investigación buscó una correspondencia entre el concepto de historia efectual de Hans Georg-Gadamer y la construcción de una teoría epistémica para el Derecho, en una respuesta a la forma de interactuar con las múltiples teorías que se generan sobre el derecho, y que pueden ser disímiles. Esta respuesta estaría dada por la conciencia que debe tener el intérprete respecto al uso de la actualización histórica, al tiempo que se

1 Proyecto: “Concepto de Historia efectual en la filosofía hermenéutica de Hans Georg Gadamer como metalenguaje para la selección de teoría en la investigación del Derecho”. 2016.

inserta una forma particular de investigar el Derecho a través de la perspectiva pasado-presente, inmersa en un proceso de interpretación y no únicamente de cognición.

Se integran en esta obra algunos de los parámetros epistémicos arriba expuestos, en una articulación de preocupaciones sobre cómo afrontar de forma epistemológico- hermenéutica, temas como la interpretación jurídica, el concepto de moral y derecho, el normativismo, la teoría comunicacional del Derecho y el propio discurso moral. Se destaca que el uso del método es hermenéutico, cómo búsqueda de interpretación y significado de los textos. El libro se divide en siete capítulos. En el primer capítulo denominado *“Análisis epistemológico y teoría comunicacional del derecho”*, el profesor Gregorio Robles que ha dedicado su vida a la construcción de la teoría comunicacional del Derecho, de la que da cuenta una prolífica obra, afronta con profundidad un modelo propio de conocimiento de la Teoría comunicacional del Derecho y justifica, la conveniencia del modelo. Por ello, presenta dos elementos: el descriptivo y el reflexivo. Parte de la idea del concepto de la Teoría comunicacional del Derecho, como perspectiva cognoscitiva la comunicación. Su objeto es el Derecho y su perspectiva epistemológica es la comunicación.

En el Capítulo segundo, denominado: *“normativismo desde una perspectiva epistemológica”*, el profesor Juan Pablo Domínguez, expone la forma cómo alcanzar la comprensión de la complejidad epistemológica del Derecho, centrado en el problema ser/deber ser, y adopta una visión de diferente del enfoque epistémico de Kelsen y Kant. Indaga sobre aquello que hace falta en la epistemología del derecho y que puede trasladarse o intertraducirse de la epistemología general.

En el tercer Capítulo denominado *“cuestiones gnoseológicas sobre la delimitación del objeto del proceso penal”*, el profesor Francisco López Ruiz, expone de forma crítica, la doctrina

del “*hecho procesal*” como núcleo del “*objeto del proceso*” y al tiempo, desafía críticamente al reduccionismo formalista de la epistemología judicial analítica que se centra esencialmente en la prueba entendiéndola como “conjunto de enunciados sobre hechos”.

En el Capítulo cuarto, “*la eficacia social y la corrección moral en Robert Alexy como dualidad necesaria para una epistemología del derecho*”, el profesor Néstor Raúl Arturo Dorado, aborda, la compleja pregunta sobre ¿qué es el derecho? necesaria para la autocomprensión del razonamiento jurídico, la investigación y práctica judicial y a su vez, elabora un reconocimiento a las dinámicas epistemológicas, que plantean nuevos retos a la iusfilosofía, desde lo social y moral. Para ello, recurre a la teoría de Robert Alexy con el fin de enfrentar el debate entre el derecho y la moral.

El quinto Capítulo se trata de la propuesta denominada “*pragmatismo y epistemología para la objetividad del discurso moral en la ciencia jurídica*”, de mi autoría, pretende dar cuenta de la posibilidad de una discusión del discurso moral objetivo. Se ubica la discusión desde el pragmatismo de Hilary Putnam, Davidson y Robert Brandom, bajo el discurso sobre la objetividad, traducción y comprensión de Howard Sankey.

El Capítulo sexto se denomina, “*Posjusticia: más allá del realismo jurídico*”, del profesor Aurelio de Prada García, quien defiende que el realismo jurídico norteamericano no siempre es útil en la decisión judicial. Ir más allá, implica acudir al concepto de “posjusticia”, ubicada al interior de la teoría de la posverdad y del derecho a los hechos. El autor analiza de forma concreta, un caso que empezó como una *reformatio in peius* y llegó hasta el Tribunal Europeo de Derechos Humanos pasando por la Audiencia Nacional y el Tribunal constitucional español.

Por su parte, en el Capítulo séptimo, *“el experiencialismo jurídico: ¿Modelo jurídico para las sociedades complejas y globalizadas de hoy?”* el profesor, Luis Freddyur Tovar recoge algunas reflexiones sobre la filosofía práctica, que dan fe de la evolución del fenómeno legal. El texto parte de una descripción histórica de las diferentes perspectivas reguladoras discutidas e implementadas en la modernidad occidental, para pasar a la reflexión jurídica como producto de la experiencia normativa decantada socialmente, cuyo núcleo es la vida como hecho y finalizar con un análisis del contenido basilar del Derecho: la justicia como una propuesta normativa para las sociedades complejas y globalizadas de hoy.

Liliana Ortiz Bolaños

ANÁLISIS EPISTEMOLÓGICO Y TEORÍA COMUNICACIONAL DEL DERECHO

Gregorio Robles

El análisis epistemológico: descriptivo y reflexivo

El análisis epistemológico² consiste en preguntarse por cómo entiende el conocimiento una determinada teoría o ciencia, y – como es natural- en contestar a dicha cuestión. Dicho análisis puede ser descriptivo o reflexivo³. En el primer caso se toma una determinada teoría, concepción o ciencia, se la pone sobre la mesa de disección epistemológica y se analizan los hilos que conforman su manera de entender el conocimiento, y a continuación se examina si dicha teoría, concepción o ciencia es consecuente con esa forma de entender el conocimiento, que defiende como propia. El análisis reflexivo supone, por el contrario, la indagación de qué forma de conocimiento es la más adecuada para llevar a cabo una investigación sobre el objeto que se investiga. No quisiera ser demasiado especioso con estas distinciones, pero sí me interesa resaltar que una cosa es describir el modelo de conocimiento que una teoría dice manejar o maneja de hecho, y otra bien distinta es plantearse cuál sería el

2 Desde el comienzo de mis publicaciones he dedicado especial atención a la Epistemología jurídica. Prueba de ello es mi primer libro publicado: ROBLES, Gregorio, *"Epistemología y Derecho"*. Ediciones Pirámide. Madrid, 1982.

3 Sobre el análisis epistemológico descriptivo y reflexivo pueden consultarse las observaciones que hago en: Gregorio ROBLES. *"Introducción a la Teoría del Derecho"*. Ed. Debate. Barcelona, 1988, 6ª ed. 2003, pp. 52 y ss.: *"La primacía del problema epistemológico"*; *"El análisis descriptivo-epistemológico: sincronía y diacronía"*.

modelo adecuado para conocer determinado objeto. En lo que sigue me propongo presentar una descripción del modelo de conocimiento propio de la Teoría comunicacional del Derecho (en adelante, TCD), pero al mismo tiempo justificar, al menos en parte, por qué razones parece adecuado el modelo descrito. Por tanto, mezclaré ambos elementos, el descriptivo y el reflexivo, como el lector tendrá ocasión de comprobar enseguida. Esta mezcla en la exposición es necesaria en la medida en que la TCD está hecha (hecha en parte, ya que no está acabada en todos sus extremos)⁴ y, por otro lado, el hacedor de dicha TCD es quien suscribe este trabajo. Tomo, pues, mi TCD, la pongo sobre la mesa de disección epistemológica, y me pregunto: ¿Qué tipo de conocimiento es el que maneja la TCD? Y también: ¿Qué justificación tiene el que maneje el tipo de conocimiento que de hecho maneja?⁵ Habré de realizar, pues, una descripción y

4 Se dice, con razón, que la TCD es una work in progress. El lector interesado puede consultar la exposición más amplia y sistemática, hasta el momento, de la TCD en: ROBLES, Gregorio. *Teoría del Derecho. Fundamentos de Teoría Comunicacional del Derecho*. 2 volúmenes. Vol. 1º. 6ª ed., 2015. Vol. 2º, 1ª ed., 2015, Thomson-Rutgers, Civitas. Cizur Menor (Navarra). El primer volumen se divide en dos partes: Introducción (El Derecho y la Teoría Comunicacional del Derecho), y Primera Parte (Teoría formal del Derecho). El segundo volumen se subtitula: Segunda Parte (Teoría de la Dogmática y del Método jurídico). Falta por publicar la Tercera Parte (Teoría de las Decisiones jurídicas), sobre la cual el autor trabaja en la actualidad. De esta parte tercera hay avances en la Introducción mencionada, así como en otros trabajos, sobre todo en: ROBLES, Gregorio. *El Derecho como Texto*. 1ª ed. 1998; 2ª ed. 2006; también en: ROBLES Gregorio. *La decisión en el Derecho y la Tópica jurídica*, en: Boletín mexicano de Derecho Comparado". Sep.-Dic. 1985, UNAM (Instituto de Investigaciones Jurídicas), pp. 951-984. Últimamente, Gregorio ROBLES, *Teoría comunicacional de las decisiones jurídicas*, en: Anales de la Real Academia de Ciencias Morales y Políticas. 2017, en prensa (accesible también en la web de la Academia mencionada).

5 Sobre diversos aspectos epistemológicos de la Teoría comunicacional pueden consultarse los siguientes trabajos: LA PORTA Antonio: *Una comparación comunicacional: Derecho y Música, juristas y músicos, textualidad, documentalidad, performatividad y mediación comunicacional*. Diego MEDINA MORALES: "Epistemología y Teoría comunicacional del Derecho: un esfuerzo metodológico. La Teoría comunicacional del Derecho de Gregorio Robles". ORTIZ BOLAÑOS Liliana: *Epistemología y Hermenéutica en la Teoría comunicacional del Derecho*. SANTOS José Antonio: *Presupuestos hermenéuticos de la Teoría comunicacional del Derecho de Gregorio Robles*. STERLING CASAS Juan Pablo: *Teoría comunicacional del Derecho y Hermenéutica: surgimiento y evolución de la relación*. ALBERT MÁRQUEZ, José J. *Perspectivas metodológicas en la Teoría comunicacional del Derecho*. Todos ellos en: ORTIZ BOLAÑOS Liliana & ROBLES Gregorio: *Comunicación, Lenguaje y Derecho. Contribuciones a la Teoría comunicacional del Derecho*. Ed. Aranzadi. Cizur Menor, (Navarra), 2018. También, ALBERT MÁRQUEZ José J: *Método y Dogmática jurídica en la TCD*. En: ROBLES Gregorio & CARVALHO Paulo de Barros (Coord.) –BRITTO Lucas Galvao de (Organizaçao): *Teoria comunicacional do Direito: Diálogo entre Brasil e Espanha*. Volume II. Ed. NOESES. Sao Paulo, 2017, pp. 481-503.

al mismo tiempo una reflexión sobre el fundamento epistemológico de la TCD y, en consecuencia, del método que defiende y maneja. Ahora bien, todo esto supone que se recuerden por lo menos algunos rasgos básicos de dicha TCD.

La Teoría Comunicacional del Derecho (TCD)

La Teoría comunicacional del Derecho se denomina así por la sencilla razón de que, por una parte, se propone investigar el Derecho, y por otra, adopta como perspectiva cognoscitiva la comunicación. Su objeto es el Derecho. Su perspectiva epistemológica es la comunicación⁶. Estas dos últimas afirmaciones son contundentes, pero ¿qué quieren decir en realidad? ¿Qué significa que el objeto de la TCD es “el Derecho”, y ¿qué significado hay que atribuir al término “comunicación”?

La TCD se diferencia de otras “Teorías” o “Filosofías” del Derecho en que no sustancializa el Derecho, no lo ontologiza. Para la TCD el Derecho no es un ser, no es un ente, sino una palabra, un nombre, un *nomen*. De ahí que la TCD suscriba una concepción nominalista.

Que la TCD es una concepción nominalista quiere decir que, para ella, “Derecho” no es sino un nombre designativo de una *pluralidad* de ámbitos *jurídicos*. No existe el Derecho como tal, sino los distintos ámbitos jurídicos que han tenido lugar a lo largo de la historia, que existen en el presente y que –presumiblemente– existirán en el futuro.

Pondré ahora algunos ejemplos de ámbitos jurídicos para aclarar este punto. En la actualidad tenemos, p.ej., el ámbito jurídico español, el colombiano, el brasileño, además de los ámbitos correspondientes del resto de los Estados, y además

⁶ MEDINA MORALES, Diego. “Comunicación y Derecho. Trascendencia de una Teoría”, en: MEDINA MORALES Diego: *La Teoría comunicacional del Derecho a examen*. Ed. Civitas. Cizur Menor (Navarra), 2017, pp. 23-41.

tenemos el ámbito jurídico de la Unión Europea y el ámbito jurídico mundial, propio del Derecho internacional. Podemos añadir otros ámbitos jurídicos de entidades internacionales regionales. Asimismo, de confesiones religiosas, tal es el caso del Derecho canónico, que es el ordenamiento jurídico de la Iglesia Católica. Si nos vamos al pasado nos encontraríamos también con una pluralidad de ámbitos, aunque probablemente con designaciones diferentes en algunos casos. En el futuro puede continuar esa pluralidad de ámbitos y también es posible que llegue un día en el que la gente que vivimos en el globo terráqueo nos debamos conducir por un único ordenamiento jurídico, en sí mismo de carácter estatal o análogo al estatal; hablaríamos entonces de “Estado mundial” y de “ámbito jurídico mundial”.

Uso el término “ámbito jurídico” como una realidad distinta a la de “ordenamiento jurídico”, pero –como vamos a ver enseguida– íntimamente vinculada con ella. ¿En qué sentido? En el sentido de que el ordenamiento español conlleva y pertenece a un ámbito jurídico, el español; al ordenamiento colombiano le sucede lo mismo: conlleva y al mismo tiempo pertenece a un ámbito jurídico, el colombiano. Y así podríamos continuar con los demás ejemplos, como: al ordenamiento jurídico de la Unión Europea le corresponde el ámbito jurídico de la Unión Europea; al ordenamiento jurídico canónico va unido el ámbito jurídico de la Iglesia católica.

A un ámbito jurídico pertenecen todos aquellos aspectos o elementos de la vida humana que adquieren su significado jurídico por su vinculación a un ordenamiento determinado. El concepto de ámbito jurídico no coincide con el de ámbito espacial de un ordenamiento. Éste forma parte del primero, pero no lo agota. El ámbito jurídico no es un marco espacial, sino un “espacio virtual”, un “espacio no espacial” (si se me permite hablar así) en el cual vierte sus efectos (o al menos puede verterlos) un ordenamiento determinado⁷.

7 HOLANDA, Flávia. “Ordenamento, sistema e âmbito jurídico: categorias de Teoria comunicacional do Direito de Gregorio Robles”; y ROBLES Gregorio: “Ordenamento, sistema, âmbito: la función comunica-

El ordenamiento jurídico puede, por ejemplo, contemplar actos que, realizados en un espacio extra-estatal, sean sin embargo calificables y enjuiciables por los órganos del mismo ordenamiento. Y esto que sucede con los actos (y omisiones, en su caso) es aplicable igualmente a otros elementos que el ordenamiento contemple, tales como situaciones, relaciones jurídicas, etc. El ámbito jurídico comprende, por consiguiente, al ordenamiento y a todos los elementos y aspectos de la vida humana que sean calificables y enjuiciables a la luz del ordenamiento de referencia.

Ordenamiento, Sistema y Ámbito jurídico

Todo ordenamiento jurídico, por primitivo que sea, conlleva un ámbito jurídico. Son realidades implicadas necesariamente. En las sociedades de cultura avanzada aparece una tercera realidad: el *sistema jurídico*. En estas sociedades el ámbito jurídico engloba al ordenamiento y al sistema y, además, a todos los aspectos que sean calificables y enjuiciables desde esta dualidad hermenéutica constituida por el eje ordenamiento-sistema.

Como digo, no todas las sociedades conocen el sistema jurídico, sino sólo aquellas que poseen una civilización avanzada. Pero ¿qué es el sistema? Todo sistema jurídico es la expresión acabada, completa, de un ordenamiento jurídico determinado en un determinado momento de su evolución.

Así, el ordenamiento colombiano se formula de modo más acabado en el sistema jurídico colombiano, y el ordenamiento español es expresado en el sistema jurídico español.

cional de la Dogmática jurídica"; ambos en ROBLES: Gregorio & CARVALHO Paulo de Barros (Coord.) – Lucas Galvao de Britto (Organização): “Teoria comunicacional do Direito: Diálogo entre Brasil e Espanha”. Volume II. Ed. NOESES. Sao Paulo, 2017; pp. 345-366; 367-437.

El sistema jurídico es el resultado de los juristas científicos (“dogmáticos”), cuya tarea consiste en presentar el propio ordenamiento jurídico de una manera rigurosa, ordenada (sistemizada) y completa los textos que componen el ordenamiento. Esta tarea es necesaria debido a que todo ordenamiento jurídico –y especialmente los actuales- se presentan en un conjunto de textos de diversa autoría, producidos en tiempos distintos, con finalidades diferentes, e incluso con métodos interpretativos divergentes. La Dogmática pone orden y concierto en un conjunto de textos cuya apariencia es con frecuencia bastante caótica. El ordenamiento se presenta como un conjunto textual *bruto*, que precisa ser elaborado conceptual y sistemáticamente. El sistema presenta el ordenamiento de referencia como un texto *elaborado*.

Ahora bien, la labor dogmática la llevan a efecto una pluralidad de autores, los cuales no siempre coinciden en sus puntos de vista interpretativos. Lo que un texto ordinamental significa para unos, significa otra cosa para otros. Por esta razón, el sistema que construye la Dogmática no es uno, sino plural. Tiene, además, el carácter de ser un conjunto de *propuestas* interpretativas de los textos ordinamentales. Propuestas que van dirigidas, sobre todo, a los tribunales con el propósito de que sean aceptadas por ellos y las incorporen a su jurisprudencia, esto es, a las sentencias que emiten en el ejercicio de sus funciones.

Sistema dogmático expositivo y sistema jurídico propiamente dicho. La Ciencia de los juristas como ciencia “pro-positiva”, hermenéutica y práctica

Por eso, hay que distinguir entre el *sistema dogmático expositivo* (o didáctico) y el *sistema jurídico propiamente dicho*.

Nos encontramos, por ejemplo, con un amplio tratado de Derecho Civil, ordenado de acuerdo a los parámetros que suelen ser tradicionales. Primero contiene una introducción histórica, para explicar la evolución de los textos jurídicos civiles. Después, la llamada “Parte general”, donde el autor expone los conceptos generales del Derecho Civil (teoría de las normas jurídicas, de los derechos subjetivos, de los negocios jurídicos, etc.). A continuación, se explican las otras partes: obligaciones y contratos; derechos reales; familia y sucesiones. Este tratado de Derecho Civil estará escrito por uno o varios autores. Supongamos que está escrito por un único autor, lo que probablemente dará más unidad de criterio a la obra que si está redactado por varios autores. ¿Cuál es el propósito del autor al escribir y publicar su tratado doctrinal de Derecho civil? El autor presenta la materia que compone esta rama del Derecho de un modo que, por una parte, refleje los textos legales y jurisprudenciales de la manera más fiel posible; y, por otra, consiga una clarificación de los conceptos y una interpretación de los textos ordinamentales de referencia (que en este caso serán el Código Civil y las Leyes civiles especiales, así como la jurisprudencia de los Tribunales civiles, en particular, como es lógico, la jurisprudencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo, en España); y todo ello de tal manera expuesto que sirva bien al estudio de los alumnos de la Facultad y también a las consultas que puedan realizar los prácticos del Derecho (abogados, notarios, jueces, etc.). Un buen tratado de Derecho Civil es una aportación muy importante que hace la Ciencia de los juristas (Dogmática) a la comunicación entre los diversos operadores del Derecho. El sistema así construido

y elaborado doctrinalmente tiene una función pedagógica y de consulta insustituible.

Pero, además de proponerse una exposición completa y didáctica del Derecho Civil, el autor tiene también por lo general otro propósito, que quizás no hace explícito pero que no por eso es menos real. El autor, al presentar en su tratado o manual sus propias opiniones interpretativas, aspira a que los Tribunales las acepten y las hagan propias cuando resuelvan los litigios que se les planteen. El autor del tratado de Derecho Civil expone argumentativamente sus puntos de vista como “objetivos”, perfectamente adecuados y acompasados a la letra y al espíritu del ordenamiento jurídico al que sirve, y al hacerlo así pretende que sus doctrinas penetren en la vida real del Derecho, ya sea por medio de la Legislación, de la creación de textos jurídicos por parte de la Administración, o a través de la jurisprudencia de los Tribunales.

Desde esta perspectiva puede afirmarse que la Ciencia de los juristas es una Ciencia o Dogmática *pro-positiva* o *proposicional*, en el sentido de que hace propuestas, bien *lege ferenda*, bien *sententia ferenda*.

Personalmente tengo la experiencia de haber publicado una obra de Dogmática jurídica, cuyo cometido básico era hacer propuestas para cambiar una Ley española y adaptarla al Derecho de la Unión Europea. Ocurre a menudo que las legislaciones nacionales no se adecuan o incluso presentan contradicciones flagrantes con la normativa comunitaria, por lo que se impone la revisión de aquellas y, llegado el caso, la pertinente sustitución de sus preceptos por otros que se acompasen con dicha normativa. Pues bien, la obra a la que me refiero⁸ presenta una serie de propuestas *lege ferenda* para una futura (futura, entonces) Ley de Marcas. Soy plenamente consciente de que, al elaborar este

8 ROBLES, Gregorio, “Derecho español de Marcas (Adaptación al Derecho Comunitario)”. Editorial Civitas. Madrid, 1995.

libro, mi propósito era doble: primero, comprobar si había contradicción o no entre los textos españoles y los europeos, para lo cual debía hacer un trabajo de definición conceptual y de interpretación de los textos; y segundo, hacer las propuestas *lege ferenda* pertinentes para aquellos lugares de la Ley española de Marcas en los que se demostraba que era preciso su rectificación, sustitución, supresión o añadido. Esta labor es característica de la Ciencia de los juristas, pues éstos no tienen por qué limitarse a reflejar el ordenamiento jurídico, aunque –eso sí– de una manera más acabada y coherente, además de conceptualmente rigurosa. Entre las tareas propias del jurista que escribe un tratado o un manual está también la de hacer propuestas correctoras de las Leyes, aunque en ello sea conveniente e incluso necesario que en la exposición se exprese con claridad dónde acaba el comentario sistemático del ordenamiento, esto es, la construcción del sistema jurídico, y dónde empieza la crítica del Derecho vigente y las propuestas para su modificación.

Si el autor no hace propuestas *lege ferenda*, las que están siempre presentes en su obra son las propuestas *sententia ferenda*. Esto sucede aun cuando no diga nada explícito al respecto. El simple hecho de que escriba sobre el Derecho vigente ya implica que, en sus opiniones e interpretaciones, se hallan propuestas para los jueces y, en general, para los órganos que han de aplicar las Leyes a los casos. La conclusión a la que deseo llegar es que los autores de libros de Derecho no se parecen a otros tipos de autores, como por ejemplo los de Geografía. Mientras que estos últimos sólo se proponen describir lo que es perceptible por los sentidos, los textos de los juristas no son descriptivos sino interpretativos, y además pro-positivos. No se contentan con exponer lo que está, de una forma u otra, en el ordenamiento jurídico, sino que su deseo es que los órganos de aplicación incorporen a sus decisiones, como propios, los puntos de vista expuestos por ellos en sus libros. Eso quiere decir que la Ciencia de los juristas es una Ciencia hermenéutica y práctica. Hermenéutica, porque

construye el sistema jurídico sobre la base de la conceptualización y la interpretación de los textos ordinamentales. Y práctica, porque el sistema jurídico no sólo refleja el ordenamiento y lo completa, sino que también sirve para la práctica, para la vida cotidiana del Derecho.

Pues bien, aquellas doctrinas que, elaboradas por la Ciencia de los juristas, pasan a formar parte de la doctrina jurisprudencial de los Tribunales, especialmente de los Tribunales jerárquicamente superiores, constituyen el *sistema jurídico* propiamente dicho (lo suelo expresar con las siglas SIS para referirme a este concepto, diferenciándolo así del sistema expositivo). La jurisprudencia de los Tribunales cumple una función de filtro, ya que, de entre todas las doctrinas de los autores, escoge tan sólo las que parecen más oportunas, justas o convenientes para la solución de los casos.

Puede darse la circunstancia de que los Tribunales no se encuentren con una doctrina jurídica en los libros de los autores, y en tal supuesto deberán elaborar ellos mismos la solución. Cuando la Ciencia jurídica está escasamente desarrollada en un medio social dado, esta circunstancia no es infrecuente. Sí lo es, sin embargo, cuando la Ciencia de los juristas está servida por una pléyade de personas dedicadas, profesionalmente y con carácter de especialistas, a la construcción del sistema jurídico expositivo.

En suma, junto al ordenamiento jurídico (ORD) se dispone de dos realidades textuales conectadas pero diferentes: el sistema didáctico-expositivo del Derecho vigente, y el sistema jurídico propiamente dicho o sistema jurídico en sentido estricto (SIS). Las normas vigentes en un momento dado aparecen mejor formuladas en este último; y por ello desde la TCD se afirma que tanto el sistema como las normas que lo componen son el resultado de la construcción hermenéutica sobre el texto del

ordenamiento, y con el filtro aprobatorio de la jurisprudencia de los Tribunales.

A tenor de lo expuesto llegamos a la conclusión de que el concepto de ámbito jurídico (AMB) es un concepto integrador de una serie de elementos, todos los cuales tienen como referencia última a un ordenamiento jurídico (ORD). Como ya se ha señalado, todo ordenamiento conlleva necesariamente un ámbito, pero no necesariamente un sistema jurídico (en ninguno de los dos sentidos expuestos). Sin embargo, en el marco de las sociedades avanzadas, y especialmente en las actuales, al ordenamiento le acompaña siempre el sistema, tanto el expositivo-didáctico como el sistema jurídico en sentido estricto.

El Ámbito jurídico: realidades que lo integran. La Ciencia de los juristas como ciencia hermenéutico-analítica. El “eje hermenéutico básico”. El concepto hermenéutico-analítico de acción. La TCD como Teoría de los ámbitos jurídicos

Así, todo ámbito jurídico (AMB) integra los siguientes aspectos: 1) el ordenamiento jurídico de referencia (ORD); 2) el sistema didáctico-expositivo de la Dogmática jurídica (Ciencia de los juristas); 3) el sistema jurídico en sentido propio o sistema jurídico en sentido estricto (SIS) (doctrina dominante por acuerdo constante de los jueces y tribunales, y en general de los aplicadores de los textos jurídicos a los casos); 4) todas las realidades con significado jurídico: tanto las que pertenecen al ordenamiento, como las que pertenecen al sistema y asimismo las que no pertenecen al ordenamiento ni al sistema. Detengámonos un momento en estas “realidades”.

Tenemos, en primer lugar, las realidades que pertenecen al ordenamiento jurídico (ORD). Todo lo que aparece en el texto ordinamental forma parte también del ámbito jurídico: precep-

tos, disposiciones, provisiones, artículos de los diversos tipos de textos ordinamentales, con todo lo que contienen: sus palabras, sus conceptos, sus nociones, sus preámbulos, sus textos articulados, sus diferentes tipos de disposiciones (sustantivas, procedimentales, cogentes, dispositivas, transitorias, finales, o como quieran denominarse en los textos jurídicos de cada ordenamiento, etc.). Lo ordinamental es jurídico, y por eso, pertenece al ámbito jurídico (AMB).

Asimismo, pertenece al ámbito jurídico (AMB) las propuestas doctrinales contenidas en el sistema didáctico-expositivo propio de la Ciencia de los juristas (Dogmática jurídica). Los libros de distinto género que escriben los juristas (tratados, manuales, monografías) así como los artículos y los comentarios de sentencias que aparecen en las revistas (por lo general, especializadas en Derecho) conforman una voluminosa masa de letra impresa de gran ayuda para la vida del Derecho en sus distintas manifestaciones. Como ya se ha destacado, este inmenso material viene a ser una biblioteca paralela, aunque mucho más amplia, que la biblioteca donde se colocan los textos ordinamentales. Los textos doctrinales forman los comentarios de los juristas sobre los textos ordinamentales. Tratan de reflejar con mayor exactitud los contenidos de significado del ordenamiento jurídico. La Ciencia de los juristas es una Ciencia hermenéutico-analítica en la que, por tanto, prima la interpretación y el examen conceptual y estructural. Puede decirse que en ella lo preside toda la interpretación. De ahí que se produzca el fenómeno de la disparidad de interpretaciones de los mismos textos ordinamentales. Lo que un autor piensa que ha de interpretarse de una manera a otro autor le parece que dicha manera no es correcta y, en su lugar, propone otra. En la Dogmática lo normal es la pluralidad de interpretaciones y, en consecuencia, el diálogo entre sus representantes. Un trabajo de Ciencia jurídica –cuyo referente es siempre un ordenamiento jurídico determinado– no puede hacerse a espaldas de las doctrinas de otros autores, sino que,