



Università
Ca' Foscari
Venezia

IBET

Instituto Brasileiro de Estudos Tributários



UNIVERSITÀ
DI SIENA
1240

Trabalho apresentado no I Curso Internacional de Teoria Geral do Direito, de 18 a 22 de abril de 2016, em Veneza.

Mesa: Constructivismo Lógico–Semântico (22/04/2016)

Autor: GREGORIO ROBLES

Título: SISTEMA EXPOSITIVO Y SISTEMA JURÍDICO EN LA TEORÍA COMUNICACIONAL DEL DERECHO (TCD)¹

SUMARIO.- En este estudio me propongo explicar los caracteres del sistema jurídico, tal como es entendido en el marco de la Teoría Comunicacional del Derecho (en adelante: TCD). El sistema jurídico constituye una totalidad textual que refleja otra totalidad textual: el ordenamiento jurídico. No se trata de un reflejo positivista, en virtud del cual el sistema sería una mera descripción del ordenamiento, sino de un reflejo hermenéutico, lo que supone que el sistema construye el ordenamiento, y presenta de él su versión mejor y más acabada, su versión más inteligente. La relación entre ordenamiento y sistema no es unidireccional, sino que entre ellos se produce una relación en espiral hermenéutica sostenida a lo largo del tiempo, ya que son totalidades textuales en perpetuo cambio. La dualidad ordenamiento / sistema representa el eje básico dentro de un ámbito jurídico, realidad ésta que engloba todos

¹ Resumen del capítulo 12 de G. Robles, Teoría del Derecho. Fundamentos de Teoría comunicacional del Derecho. Volumen II. Ed. Civitas (Navarra), 2015.

los procesos comunicacionales y los textos producidos por ellos: primero, los procesos comunicacionales que genera el ordenamiento y los textos ordinamentales; segundo, los procesos de comunicación de la dogmática jurídica, generadora de las diversas propuestas de sistema expositivo; tercero, de la conjunción de los textos dogmáticos y los de la jurisprudencia de los tribunales surgen los textos sistémicos o textos del sistema jurídico; cuarto, los procesos comunicacionales y los textos que se generan dentro del ámbito que, sin embargo, no pertenecen al ordenamiento ni al sistema; y quinto, los actos (y omisiones) cuyo significado jurídico sólo es comprensible desde el marco de referencia constituido por el eje hermenéutico ordenamiento /sistema. En todo este análisis, es preciso diferenciar –como ha quedado apuntado- entre el sistema didáctico-expositivo y el sistema jurídico propiamente dicho (o sistema jurídico en sentido estricto). Para llevar a cabo la tarea propuesta, antes de entrar en la distinción entre ordenamiento jurídico y sistema jurídico, es conveniente tratar de la diferenciación entre conjunto y orden.

Palabras claves. *Conjunto. Orden. Ordenamiento. Sistema. Sistema expositivo. Sistema jurídico. Dogmática jurídica. Textos. Teoría comunicacional del Derecho.*

1. Conjunto y orden.

Todo orden es un conjunto, pero no todo conjunto constituye un orden. Un conjunto es, por ejemplo, una manada de vacas, un montón de sellos, o un cúmulo de libros depositados de cualquier manera en una sala. Un conjunto es una pluralidad de elementos fácilmente identificables. Los conjuntos pueden tener varios elementos, uno solo o no tener ninguno. Si, por ejemplo, tomamos el conjunto de personas que forman la cola en la caja de un supermercado, diremos que el conjunto tiene varios elementos cuando en la cola hay varias personas, que es unitario cuando sólo hay una persona, y que es un conjunto vacío cuando no hay nadie. Lo que caracteriza al conjunto es la posibilidad de que haya varios elementos, aunque en un momento determinado esté vacío. La teoría de conjuntos ha sido desarrollada en el seno de las matemáticas pero, por su potencialidad analítica es aplicable a otros campos, entre ellos al fenómeno jurídico.

Lo que caracteriza a un orden es el ser un conjunto organizado de acuerdo a ciertos criterios. Así, al conjunto de las vacas se las distribuye en el establo en determinados espacios; los sellos son clasificados por países, por temas y por años; los libros son colocados por materias en las estanterías. La cola en la caja del supermercado tiene un orden lineal representativo del momento en que los individuos han ido llegando. El orden añade algo al conjunto: le dota de una organización interna, de una forma, y lo hace siguiendo determinados criterios de ordenación.

No todo conjunto está siempre ordenado. Hay conjuntos desordenados, conjuntos que llamaremos cuasi-ordenados (o tendencialmente ordenados) y conjuntos ordenados.

Un conjunto desordenado es aquel que carece de toda organización interna. Por ejemplo, las vacas en el campo, el montón de sellos, el cúmulo de libros. Un conjunto cuasi ordenado (o tendencialmente ordenado) es aquel cuyos elementos se presentan con un orden pero se transforman a lo largo del tiempo sin que el conjunto deje de existir. Por ejemplo, un idioma. Un conjunto ordenado puede serlo por ser ordenado en su origen o por transformarse en ordenado. Así, los teoremas que forman el álgebra se caracterizan por haber surgido uno detrás de otro con un orden interno determinado por el razonamiento matemático.

Nos toca ahora aplicar estas nociones (conjunto, orden, conjunto ordenado, conjunto desordenado y conjunto cuasi ordenado) al derecho.

2. El ordenamiento jurídico.

El ordenamiento jurídico es un conjunto de textos² cuyo marco de referencia es el texto constitucional, el cual es resultado de la decisión constituyente. El texto constitucional forma parte del conjunto ordinamental, así como también todos los textos “constituidos”, los cuales son resultado de las decisiones intraordinamentales. Lo que caracteriza a los textos ordinamentales es su pertenencia al conjunto textual ordinamental.

Existen diversas posibilidades de entender el conjunto ordinamental: como conjunto de decisiones, de disposiciones, de instituciones, de situaciones, de relaciones, etc. Puede seleccionarse –a gusto del analista- cualquiera de estos conceptos o de otros no citados, y entender el ordenamiento jurídico como el conjunto de los elementos elegidos. Una manera sencilla –y quizás la más frecuente entre los juristas- es entender el ordenamiento como un conjunto de disposiciones o preceptos. Cada artículo de un código o de una ley contiene una o varias disposiciones, e igualmente cada artículo de un tratado internacional o de un reglamento de la administración. Para algunos ordenamientos, las rationes decidendi de las sentencias judiciales –sobre todo, los de mayor jerarquía- también tienen este carácter de disposiciones o preceptos. Este conjunto de disposiciones o preceptos conforman un conjunto de

² G. Robles, *El derecho como texto*. 2ª ed. Madrid 2006. Félix Francisco Sánchez Díaz, “La teoría comunicacional del derecho como teoría de los textos jurídicos”. Aurelio de Prada García, “Teoría comunicacional del derecho y lenguaje de los juristas: algunas consideraciones”. Héctor López Bello, “Derecho, lenguaje y comprensión: la dimensión hermenéutica del texto jurídico”. Aurora Tomazini de Carvalho, “A ideia de texto e sua potencialidade analítica para a teoria comunicacional do direito”. Ignacio Sánchez Cámara, “Derecho y lenguaje. El derecho como texto”. Estos trabajos están recogidos en el libro colectivo Gregorio Robles & Paulo de Barros Carvalho (coordinadores), *Teoría Comunicacional do Direito: Diálogo entre Brasil e Espanha*. Sao Paulo 2011.

frases o proposiciones lingüísticas, dotadas de fuerza ilocucionaria prescriptiva, que aparecen en los textos ordinamentales.

Los textos ordinamentales tienen la peculiaridad de haberse ido generando en momentos distintos a lo largo del tiempo y de haber sido objeto de decisiones de autoridades diferentes. La pregunta es espontánea: ¿Hay orden en el conjunto de textos que componen un ordenamiento jurídico? ¿Es el ordenamiento un conjunto ordenado? ¿Se puede afirmar sin más que la “materia textual bruta” –tal como sale de las prensas oficiales- forma un conjunto ordenado? Creo que no. Hay que convenir que no existe un ordenamiento jurídico que se manifieste como un conjunto ya ordenado. La materia textual bruta produce siempre la impresión –certera- de cierto caos, a veces de un caos completo. Afirmar que un ordenamiento jurídico posee los caracteres de un orden, esto es, de un conjunto ordenado, no puede interpretarse sino como un buen deseo o como una forma de hablar metafísica, ideológica o figurativa. Más bien es justo afirmar que todo ordenamiento jurídico viene a ser un cúmulo de textos que produce la impresión de un verdadero laberinto. A pesar de ello, creo aceptable la tesis de que el conjunto de textos que conforman un ordenamiento jurídico tiene una tendencia al orden. Es más, los juristas lo piensan bajo la forma de un orden.

La primera tarea de la ciencia de los juristas (dogmática jurídica) es presentar ordenado el conjunto de materiales textuales que componen un ordenamiento jurídico determinado. No puede tratarse de una ordenación física, espacial o cronológica; sino de una ordenación hermenéutica. La primera tarea de los juristas es hacer del conjunto ordinamental un orden ordinamental.

La distancia que separa al ordenamiento jurídico de constituir un orden puede ser de muy diversas dimensiones. En los comienzos de la jurisprudencia romana tal distancia era notable pues los romanos comenzaron a tratar el derecho con el método de la tópica. Se fue generando así, poco a poco, un cúmulo de casos resueltos cuyos fundamentos habrían de elevarse a la categoría de preceptos jurídicos generales. El procedimiento tópico o problemático, en sí mismo considerado, desconocía la necesidad de un orden explícito. Pero las exigencias propias de la justicia y de la seguridad jurídica llevaron al tratamiento igual de los casos equivalentes y, en definitiva, a la consolidación de un acervo de soluciones para los casos típicos. Esto fue sólo posible con el paso del tiempo y con la aparición de las sucesivas generaciones de juristas, que fueron elaborando doctrinas prácticas, las cuales sirvieron como acicate e inspiración para todo tipo de creaciones normativas. Este proceso hay que entenderlo en el marco de una evolución socio-histórica cada vez más consciente de la necesidad de presentar el derecho bajo forma “científica”. La progresiva racionalización del derecho no sólo se produjo en las instituciones, sino también en la construcción ordenada de la materia jurídica, lo que llevó a la fundación de las facultades de derecho y al desarrollo de las doctrinas jurídicas nacionales. Pertenece a la historia del

derecho el estudio de esta evolución, que conoce hitos tan significativos como la labor desarrollada por los glosadores, los canonistas, los posglosadores y el pandectismo. Las necesidades de la enseñanza del derecho fueron quizás el acicate definitivo para presentar la materia jurídica ordinamental de una forma ordenada. Así nació el orden expositivo del derecho. Este orden expositivo puede denominarse también orden sistemático.

3. Orden sistemático expositivo y sistema jurídico propiamente dicho.

Este concepto de “orden sistemático” del ordenamiento no es lo mismo que el concepto de sistema jurídico propiamente dicho. Aquel es meramente expositivo; responde a las exigencias de la docencia del derecho, por lo que puede ser denominado también orden didáctico-expositivo o sistema didáctico-expositivo. El sistema jurídico propiamente dicho o sistema jurídico en sentido estricto es otra cosa: es el conjunto de normas, principios y doctrinas que –por ser dominantes en la dogmática jurídica y en la jurisprudencia de los tribunales- son los que se aplican de hecho en un determinado momento a la resolución de casos.

Toda obra de dogmática jurídica presenta en su exposición un orden sistemático y, sin embargo, sus propuestas no forman necesariamente parte del sistema jurídico en sentido propio. Al “orden sistemático” o “sistema didáctico-expositivos” se contraponen el “sistema jurídico propiamente dicho” o “en sentido estricto”. Aquel es “sistemático”; éste es “sistémico”.

Hay que diferenciar, por consiguiente, tres niveles distintos. Primero, el material textual bruto del ordenamiento jurídico (“texto bruto ordinamental”). Segundo, el orden sistemático u orden didáctico-expositivo de dicho material (“texto elaborado sistemático”). Tercero, el sistema jurídico propiamente dicho, compuesto por las normas jurídicas aplicables a los casos concretos (“texto elaborado sistémico”).

A cada uno de estos niveles corresponde su respectivo tipo de texto. Los textos del ordenamiento jurídico son los provenientes de las autoridades jurídicas. Los textos del orden sistemático didáctico-expositivo son las obras de los juristas dedicados a comentar y sistematizar los textos del ordenamiento, o sea, las obras de dogmática jurídica. Por último, los textos del sistema jurídico propiamente dicho son aquellos que expresan las normas, principios y doctrinas que, por ser dominantes o por cualquier otro motivo, se aplican a los casos en un momento determinado.

El orden sistemático es algo perceptible en los libros doctrinales de derecho: basta con leer sus índices para descubrirlo. Por el contrario, el sistema jurídico propiamente dicho no es perceptible de forma tal fácil, pues requiere en cada punto la investigación de cuál sea la manera de entender el derecho vigente y de qué modo lo aplican los

tribunales. El sistema jurídico propiamente dicho puede estar contenido en las obras de los juristas dogmáticos, pero no se identifica con dichas obras, sino que supone un trabajo de selección de las propuestas normativas y doctrinales que efectivamente reflejan lo que es el derecho vigente.

Frente la equiparación positivista, hay que subrayar el dualismo básico existente entre ordenamiento jurídico y sistema jurídico; un dualismo que, en el derecho contemporáneo, es una realidad ineludible. El “orden sistemático” de las obras jurídicas constituye un escalón intermedio que permite una aproximación al sistema jurídico en sentido propio, habida cuenta de que en dicho “orden sistemático” es donde se presentan las propuestas interpretativas del material textual ordinamental.

Teniendo en cuenta lo expuesto, entramos a continuación en el tratamiento de los caracteres del sistema jurídico (al que hemos denominado “sistema jurídico en sentido propio” o “en sentido estricto”). El sistema jurídico, tal como es concebido en el marco de la Teoría comunicacional del Derecho, presenta los siguientes caracteres: A) Refleja el ordenamiento jurídico de referencia. B) Influye en la elaboración del ordenamiento jurídico en las sucesivas fases de su desarrollo. C) Tiene carácter doctrinal. D) Tiene carácter práctico. E) Es resultado de la construcción hermenéutica. F) En él se encuentran las normas jurídicas. G) Varía a lo largo del tiempo constantemente. H) No es incompatible con el procedimiento de la tópic. I) No es identificable con el orden sistemático de la ciencia expositiva del derecho (o ciencia de los juristas). J) Se le reconoce por determinados indicios, en especial por la opinión dominante aceptada por la jurisprudencia de los tribunales. K) No es un sistema axiomático. L) No es equiparable a un sistema social. M) Presenta el sentido actual de las instituciones jurídicas. En lo que sigue intentaré resumir lo principal de cada uno de estos caracteres.

4. El sistema jurídico refleja el ordenamiento jurídico de referencia.

Cada ordenamiento jurídico tiene, en la actualidad, su respectivo sistema. Esta última expresión (“respectivo sistema”) es muy adecuada, pues un sistema jurídico es una realidad dependiente de un ordenamiento jurídico determinado. No hay en la realidad algo así como un sistema jurídico universal. Un ordenamiento jurídico es una totalidad textual. Lo mismo hay que afirmar de todo sistema jurídico: es una totalidad textual construida con la mirada puesta en el texto ordinamental.

Que el sistema refleja el ordenamiento no puede entenderse en el sentido descriptivo del verbo “reflejar”. Un espejo de superficie lisa refleja la realidad, en este caso de los objetos físicos, sin añadir ni quitar nada. El descriptivismo del espejo es un símbolo muy adecuado para entender en qué consiste la mentalidad positivista. Cuando desde la TCD se afirma que el sistema jurídico refleja el ordenamiento jurídico no estamos

diciendo que lo refleja de modo similar a como lo hace un espejo. La TCD no es positivista. El “reflejo” es constructivo. Significa que el todo textual que es el sistema se construye siempre con la vista puesta en el todo textual previo del ordenamiento. El sistema refleja en cada momento el verdadero sentido del texto ordinamental. El texto ordinamental constituye el punto de partida para la construcción del sistema. Para construir el sistema expositivo la mirada de los juristas va y viene desde el ordenamiento a la doctrina que se presenta con vocación de sistémica. Este “ir y venir de la mirada”³ es característico del trabajo hermenéutico propio de la ciencia de los juristas (la dogmática).

5. El sistema influye en la elaboración del ordenamiento jurídico en las sucesivas fases de su desarrollo.

La relación entre ordenamiento y sistema –tanto del sistema expositivo como del sistema jurídico propiamente dicho- no es estática, sino dinámica. Al poseer el sistema –en sus dos versiones- una capacidad explicativa y una presentación científica de las que carece el ordenamiento, aquel acaba por revertir su influencia sobre éste en un proceso comunicacional muy natural: quienes hacen el ordenamiento (las autoridades) están en disposición de aprender de quienes hacen el sistema (los juristas científicos y los tribunales). Dicho de un modo más sencillo: los legisladores (entiéndase esta palabra en su sentido más amplio posible, como creadores de texto ordinamental) están en disposición de aprender las enseñanzas que les proporcionan los juristas especializados en las diversas ramas del derecho así como también la jurisprudencia de los tribunales. Entre las sentencias judiciales y la doctrina científica existen normalmente unos vínculos fuertes y estrechos. La doctrina que acaba constituyendo el sistema jurídico es la que, habiendo sido forjada por lo general en las obras de los juristas dogmáticos, pasa a formar parte de los argumentos usados por los jueces y demás órganos decisores.

El ordenamiento jurídico, a lo largo de su evolución, se va nutriendo de las aportaciones doctrinales provenientes del sistema, tanto del sistema expositivo como del sistema jurídico. Las sucesivas fases de su desarrollo vienen marcadas por las necesidades sociales –que varían con el tiempo- y asimismo por las aportaciones científicas de los juristas. De este modo, tiene lugar un proceso comunicacional

³ Karl Engisch emplea esta expresión (“hin- und herwandern des Blickes”) en relación con la aplicación del derecho para referirse al ir y venir de la mirada desde el hecho a la norma y desde la norma al hecho. Cfr. Engisch, *Logische Studien zur Gesetzesanwendung*. 3ª ed. Heidelberg 1963. *Einführung in das juristische Denken*. Stuttgart et alt. 8ª ed. 1983. Véase también Marijan Pavcnik, “Das `Hin- und Herwandern des Blickes” (Über die Natur der Rechtsanwendung)”, en: Shing-I Liu & Ulfrid Neumann, *Gerechtigkeit – Theorie und Praxis. Justice – Theory and Practice*. Baden Baden 2011, pp. 157 ss. Aquí uso la expresión para referirme al ir y venir de la mirada, y vuelta a empezar de nuevo, entre el ordenamiento y el sistema.

evolutivo que puede ser visto como un diálogo entre ordenamiento y sistema (el expositivo y el propiamente dicho). En cada fase de dicho proceso el sistema refleja el ordenamiento de referencia y éste, a su vez, se transforma a la luz de las aportaciones sistemáticas y sistémicas. Estamos así ante una evolución, comprensible hermenéuticamente, de dos totalidades textuales que se tienen en cuenta recíprocamente. La investigación de estos procesos comunicacionales de carácter evolutivo es una tarea propia de la historia del derecho.

6. El sistema jurídico es doctrinal.

La “doctrina” es el saber que, una vez elaborado y normalmente expuesto ordenadamente en libros, sirve tanto para la enseñanza como para su aplicación en la práctica. Posee, por tanto, estas tres dimensiones: es teórica y por tanto pedagógica y, al mismo tiempo, es práctica. Está hecha para conocer y transmitirse, pero no sólo para quedarse en el mero conocimiento y en la mera transmisión. Está pensada también para su aplicación.

La dogmática jurídica tiene por finalidad primera conocer el texto ordinamental, el derecho vigente. Este “conocer” tiene sus propias peculiaridades, pues no se trata de un conocer fáctico, esto es, de un conocer sobre hechos o eventos sucedidos o que suceden o sucederán, sino de un conocer hermenéutico que persigue la comprensión de textos. Las diversas propuestas doctrinales no son otra cosa que conjeturas⁴ acerca de cómo se pueden entender los textos y acerca de cómo deben entenderse. La forma de operar la dogmática consiste precisamente en hacer propuestas fundamentadas en la comprensión de los textos ordinamentales.

Estas propuestas son presentadas en libros organizados sistemáticamente y en cuya exposición se usan determinados criterios clasificatorios de la materia, así como ciertos métodos que atañen sobre todo a los diversos modos de interpretación. Un buen libro doctrinal de dogmática jurídica está pensado para comunicar a sus lectores el significado de los textos ordinamentales. La exposición doctrinal no tiene por qué limitarse al intento de comprender los textos regulativos del ordenamiento. Por lo general, entra también en otro tipo de consideraciones, como el tratamiento histórico, la referencia al contexto social, etc. La doctrina docente (sistema expositivo del derecho) exige más contenidos que los estrictamente regulativos. Otra cosa es el sistema jurídico en sentido propio, limitado exclusivamente a los contenidos normativos. Es, así, doctrina normativa aplicable a los casos.

⁴ Karl R. Popper concibe el conocimiento en general como un ejercicio conjetural. Véase Karl R. Popper, *La lógica de la investigación científica*. Madrid 1962. *Conocimiento objetivo*. Madrid 1974. *Conjeturas y refutaciones*. Barcelona 1983.

7. El sistema jurídico tiene carácter práctico.

Se da la aparente paradoja de que el sistema jurídico, teniendo su origen en un marco de conocimiento, posee asimismo un carácter práctico⁵. El ser “reflejo” del ordenamiento lo convierte en una totalidad textual que es el resultado del conocimiento profundo del significado de todos los textos que componen el ordenamiento. Conocer el derecho vigente es su función primaria. Sin embargo, no sólo es el texto que permite conocer mejor el ordenamiento (podríamos decir: el sistema conoce mejor el ordenamiento que el ordenamiento mismo), sino también es el texto que permite, de nuevo mejor que el ordinamental, aplicar el derecho vigente a los casos.

Esta es la razón por lo que a la ciencia de los juristas se la tiene por una “ciencia práctica”. Es ciencia porque su objetivo es el conocimiento. Y es práctica por un doble motivo. Primero, porque en el sistema jurídico se contienen las normas jurídicas. Segundo, porque eso hace posible la aplicación del derecho a los casos y situaciones que plantea la vida jurídica. La ciencia de los juristas es un tipo de conocimiento que puede ser calificado de “teórico-práctico”. El texto jurídico sistémico reúne ambas cualidades, de modo que gracias a dicho texto estamos en condiciones de conocer cuál es el derecho vigente en un momento dado y, además, lo tenemos a nuestra disposición para solucionar los problemas jurídicos que plantean los casos.

8. El sistema como resultado de la construcción hermenéutica.

En el texto bruto del ordenamiento jurídico se encuentra el material con el que se construye el sistema. El proceso de construcción es complejo; en él se entrecruzan líneas diversas, con la particularidad de que todas ellas confluyen en un punto final, que no es otro que el texto elaborado del sistema expositivo y asimismo de sistema jurídico propiamente dicho. El proceso de construcción sistemática y sistémica no es uniforme en los distintos ámbitos jurídicos, ni suele responder a idénticos criterios a lo largo de tiempo en un mismo ámbito jurídico. Depende de factores múltiples, unos provenientes del pasado (tradición legislativa, jurisprudencial y científica) y otros del presente (modelo epistemológico dominante, criterios inspirados políticamente, incluso modas en los tratamientos doctrinales y jurisprudenciales). Por mucho que nos empeñemos en presentar una teoría general, lo cierto es que la realidad pluriforme de los procesos de construcción

⁵ Tathiane dos Santos Picitelli, “A natureza da dogmática jurídica como ciência prática e construtivista”, en: Gregorio Robles & Paulo de Barros Carvalho, *Teoria Comunicacional do Direito: Diálogo entre Brasil e Espanha*, cit., pp. 415 ss.

hermenéutica en el campo jurídico no se deja esquematizar. Lo que aquí podamos decir se refiere a los aspectos más genéricos, necesitados siempre de concreción para comprender como funciona la dualidad ordenamiento / sistema en un determinado ámbito jurídico.

La TCD defiende la idea de que el derecho no es identificable con el ordenamiento jurídico⁶, aunque la totalidad textual ordinamental constituye siempre el punto de partida y el marco de referencia de todos los procesos de comunicación que se dan en el ámbito jurídico. El sistema (tanto el expositivo como el sistema jurídico en sentido propio) es el resultado de una construcción hermenéutica en la que intervienen múltiples protagonistas. En cada ámbito jurídico predominan modos metódicos específicos para llevar a cabo la construcción. En unos ámbitos tendrá más peso la literalidad de la ley; en otros, las opiniones de algunos juristas; en otros, las decisiones de determinados jueces y tribunales; etc. Lo común en el derecho moderno es que las líneas no estén suficientemente marcadas, sino que los diversos criterios se entrecrucen con una intensidad variable, dependiendo incluso de la rama jurídica. Encontrar el texto sistémico para una cuestión concreta no es tarea fácil cuando dicho texto puede ser hallado por existir un criterio definido para determinarlo. Es, sin embargo, tarea imposible cuando no existen aún criterios definidos para la cuestión sobre la que se interroga. Esta tarea, vacilante y problemática, de encontrar el sistema jurídico (propriadamente dicho) tiene que ver con lo que los juristas alemanes han denominado, hace ya mucho tiempo, *Rechtsfindung* y *Rechtsgewinnung*.

El término *Rechtsfindung* significa el acto de encontrar o hallar el derecho; acto que supone necesariamente la búsqueda del mismo. La idea es sugerente. El derecho no se nos da ya acabado en los códigos y en las leyes; si así fuese, la tarea de encontrarlo no sería demasiado compleja: bastaría con consultar los textos legales. *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.

Rechtsgewinnung sugiere que es preciso ir un poco más allá. Es el acto de obtener el derecho. El derecho ya no sería simplemente algo que nos encontramos, sino algo que hay que obtener por algún género de operación por nuestra parte. Requiere una actividad que construya lo que busca y así lo obtenga.

⁶ En contra, por ejemplo, Tácio Lacerda Gama, "Uma proposta dialógica para os atributos de unidade, coerência e consistência do sistema jurídico", en: Gregorio Robles & Paulo de Barros Carvalho, *Teoria Comunicacional do Direito: Diálogo entre Brasil e Espanha*, cit., pp. 345 ss.

Si se unen ambas ideas (hallazgo y obtención) nos aproximamos bastante a lo que la TCD pretende transmitir con el concepto de sistema jurídico. El sistema lo encontramos, no ya hecho, sino después de un esfuerzo de obtención. Al conjunto de operaciones requeridas para ello lo denominamos construcción hermenéutica. “Construcción”, porque dichas operaciones van encaminadas a la creación de un nuevo texto (el texto sistémico) que, si bien refleja el texto ordinamental de referencia, no se identifica con él, sino que lo perfecciona al dotarle del significado que tiene en un momento determinado. La construcción 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 concreta, especifica el derecho vigente. Se trata, además, de una construcción “hermenéutica”, en atención a que todas las operaciones necesarias para la construcción sistémica pasan por la interpretación de textos y la comprensión de significados.⁷

Por eso, el “hallazgo” y la “obtención” del derecho no pueden entenderse aquí como entendió estas palabras el movimiento del derecho libre ni, en general, las corrientes sociologistas. Aunque la consideración del contexto social es relevante en la dogmática por ser necesaria para comprender los textos y construir el sistema, no se trata en principio de buscar el derecho fuera de los textos. El hermeneuta no debe eludir el examen del contexto social, pero siempre en contacto con los textos ordinamentales (esto es lo característico de una buena dogmática “abierta”).⁸

9. Las normas jurídicas se encuentran en el sistema.

Para construir el sistema jurídico es necesario disponer de una “plantilla” o “modelo” que haga posible ese trabajo. De igual modo que, para la construcción de un edificio, de precisan unos planos que organicen el conjunto de la construcción y gracias a los cuales los operarios puedan seguir un determinado proceder, así sucede con la construcción de un sistema jurídico.

No es posible llevar a cabo la construcción del sistema expositivo, con el rigor exigible a una obra científica, si no se dispone de esos “planos”. Y lo mismo es aplicable a la construcción del sistema jurídico propiamente dicho. Pues bien, esos “planos” que permiten la construcción sistemática y sistémica vienen dados por la teoría formal del derecho, y especialmente, dentro de ella, por la teoría de las

⁷ Karl Larenz, Methodenlehre der Rechtswissenschaft. Berlin et alt. 4ª ed. 1979, pp.165 ss. Hans Georg Gadamer, Wahrheit und Methode. Tübingen 1960. 6ª ed. 1990. Francesco Viola & Giuseppe Zaccaria, Derecho e interpretación. Elementos e teoría hermenéutica del derecho. Ed. Por G. Robles. Madrid 2007.

⁸ Véase Paulo de Barros Carvalho, Direito tributário, linguagem e método. 3ª ed. Sao Paulo 2009.

normas jurídicas. Sin un modelo teórico de las normas jurídicas no es posible construir el sistema.

De mi experiencia de lector constante de obras de derecho positivo he extraído la conclusión de que buena parte de los trabajos que se presentan como científicos no cumplen el requisito mencionado. Muchos autores suelen dar por buena una teoría simplista de las normas jurídicas y de los conceptos jurídicos formales. Es frecuente el manejo –casi siempre de modo implícito– del concepto tradicional de norma jurídica, o sea, de la concepción homogénea, que sostiene que toda norma de derecho consta de dos miembros: supuesto de hecho y consecuencia jurídica. Con esta “plantilla” tratan de organizar todo el material textual potencialmente normativo. Pero las cuentas no salen. Así, por ejemplo, ¿cómo adaptar todo el derecho constitucional a ese modelo de norma, dado que en los textos constitucionales las “consecuencias jurídicas” brillan por su ausencia?

El ordenamiento jurídico suministra el material textual bruto, potencialmente normativo. El texto ordinamental está compuesto por preceptos, disposiciones, provisiones, o como se quiera denominar a cada una de las frases que lo componen. Para construir el sistema –tanto el expositivo como el propiamente dicho– es necesario partir de dichos preceptos o disposiciones, pero para no quedarse en ellos. Es obvio que, si se pretende construir las normas jurídicas que están contenidas, explícita o implícitamente, en el material potencialmente normativo, será preciso un esquema o modelo de normas jurídicas de acuerdo al cual se pueda ordenar dicho material en un todo dotado de sentido.

En mi obra principal he expuesto cuatro modelos de teoría de las normas jurídicas: 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.⁹

La TCD ha presentado 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 primeras son las que constituyen (y regulan) las fuentes, el espacio, el tiempo, los sujetos y las competencias. Las segundas son las que constituyen (y regulan) las acciones, los poderes y los deberes jurídicos. El sentido profundo de las normas indirectas es expresable mediante el verbo “ser” prescriptivo, y por eso son denominadas normas ónticas. Entre las directas, las que establecen las acciones son las normas

⁹ G. Robles, Teoría del Derecho. Fundamentos de Teoría comunicacional del Derecho. Volumen I. Navarra 5ª ed. 2013, capítulo 7 (pp.175 ss).

procedimentales (expresables mediante el verbo “tener que”), las que conceden poderes son las normas potestativas o permisivas (expresables mediante el verbo “poder”) y las que exigen deberes son las normas deónticas (expresables mediante el verbo “deber”). Las deónticas, a su vez, se dividen en deónticas de conducta, deónticas de decisión y deónticas de ejecución.

Tenemos entonces, resumiendo, el siguiente cuadro de las normas jurídicas según la TCD:

CLASIFICACIÓN DE LAS NORMAS JURÍDICAS EN LA TEORÍA COMUNICACIONAL (ATENDIENDO A SU FUNCIÓN EN RELACIÓN CON LAS ACCIONES Y A SU VERBO CARACTERÍSTICO)

A) *NORMAS INDIRECTAS DE LA ACCIÓN (NORMAS ÓNTICAS)*. Verbo “ser”. Constituyen y regulan: 1) las fuentes del derecho; 2) el espacio y los elementos espaciales; 3) el tiempo y los lapsos temporales; 4) los sujetos; 5) las capacidades de obrar y las competencias (conjunto de actos lícitos e ilícitos).

B) *NORMAS DIRECTAS DE LA ACCIÓN*.

Constituyen y regulan: 1) las acciones o procedimientos; normas procedimentales; verbo “tener que”; 2) los poderes o permisos (actos lícitos); normas potestativas; verbo “poder”; 3) los deberes (mandatos y prohibiciones); normas deónticas; verbo “deber”; a) deberes de conducta: normas deónticas de conducta, b) deberes de decisión: normas deónticas de decisión, c) deberes de ejecución: normas deónticas de ejecución.¹⁰

Atendiendo a esta “plantilla” es posible construir las normas jurídicas a partir del material que nos proporciona el ordenamiento. Veamos algunos ejemplos.

10. ALGUNOS EJEMPLOS DE LA CONSTRUCCIÓN DE NORMAS JURÍDICAS EN EL SISTEMA.

El siguiente artículo del código penal: “El que matare a otro será castigado, como reo de homicidio, con la pena de prisión, de diez a quince años”, ¿cómo hay que entenderlo? Este precepto puede verse como una norma deóntica que vincula a los

¹⁰ G. Robles, *ibidem*. Paulo de Barros Carvalho, “Regras técnicas ou procedimentais no direito tributário”. Marta Albert Márquez, “Necesidad y normatividad”. Robson Maia Lins, “As norma jurídicas e o tempo jurídico”. Renata Elaine Silva, “Norma jurídica: paralelo entre a teoria normativa-positivista clássica e a teoria comunicacional”. Flávia L.P. Holanda, “Algumas observações a respeito das normas jurídicas indiretas da ação: as normas ônticas”. Diego Medina Morales, “Validez y juridicidad en la teoría comunicacional del derecho”. Florence Haret, “Conceito de validade nos diferentes “direitos”. Evolução significativa desse instituto do jusnaturalismo à teoria comunicacional”. Virginia Martínez Bretones, “Sanciones y normas en la teoría comunicacional del derecho”. Estos trabajos están recogidos en el libro colectivo Gregorio Robles & Paulo de Barros Carvalho, *Teoría Comunicacional do Direito: Diálogo entre Brasil e Espanha*. Sao Paulo 2011.

órganos de decisión –los jueces- destinatarios del precepto. El verbo “será castigado” en realidad quiere decir “debe ser castigado”, ya que no tiene sentido una predicción en un texto legal.

“Los contratos se interpretarán teniendo en cuenta el sentido de las palabras” puede verse también como una norma deóntica que vincula a los órganos de decisión e indirectamente también a quienes se propongan cumplir un contrato. Podría formularse así: “Los contratos deben ser interpretados...”; o bien: “El juez y, en general, el intérprete de un contrato debe interpretarlo teniendo en cuenta el sentido de las palabras”. Se trataría de una norma jurídica directa de la acción (interpretar es una acción intelectual) del tipo de las deónticas.

El precepto “la edad penal se cumple a los 16 años”, no puede entenderse como una norma directa de la acción ya que no se puede hacer nada para cumplir años. Simplemente se tiene esa edad o no. El precepto tiene la función de determinar la edad a partir de la cual se puede incriminar a un sujeto. La mayoría de edad penal constituye una faceta de la capacidad de obrar de las personas. Por tanto, estaríamos ante una norma jurídica indirecta de la acción que establece un aspecto de la capacidad de obrar. Se podría formular de esta manera: “Son mayores de edad penal los mayores de 16 años”.

“La ley reguladora del estatuto personal es la ley nacional”, es una norma de derecho internacional privado que, como buena parte de las normas de este tipo, determinan las normas jurídicas aplicables a un supuesto de hecho. Se trataría entonces de una norma pertinente a las fuentes del derecho, por tanto, de una norma óntica indirecta de la acción. Además, puede considerarse que contiene implícita otra norma, esta vez una norma directa de la acción del tipo de las deónticas, que podría ser formulada así: “Al estatuto personal los jueces deben aplicar la ley nacional del sujeto”.

“Comete asesinato quien causa la muerte de otro siempre que se den las siguientes circunstancias: etc. etc.”, es un precepto que tiene la función de establecer en qué consiste un tipo delictivo: el asesinato. Como el asesinato es una acción, estamos ante una norma directa de la acción; y puesto que el precepto establece en qué consiste la acción de asesinato, se trata de una norma directa de la acción del tipo de las procedimentales. Podría formularse del siguiente modo: “Para cometer asesinato tienen que darse los siguientes requisitos: primero, que se cause la muerte de un ser humano; segundo, que sea con alevosía, o por precio, o con envenenamiento, etc.” Obsérvese que los requisitos del asesinato como acción en parte son acumulativos y en parte alternativos.

“El juez dará la palabra a los representantes legales de las partes”, es el núcleo o parte sustancial de una norma procedimental: “El juez, para cumplir el

procedimiento, tiene que dar la palabra a los abogados de las partes”. Conlleva además una norma deóntica implícita, ya que el juez tiene el deber de cumplir el procedimiento. Estaríamos entonces ante un precepto que constituye el núcleo de dos normas jurídicas directas de la acción, una procedimental y otra deóntica.

“Contra este tipo de actos puede plantearse recurso de...”, es un precepto que constituye el núcleo de una norma directa potestativa. La misma redacción lo explicita claramente: el destinatario del acto administrativo puede, está autorizado, para plantear el recurso.

“Se considera a la herencia yacente como sujeto tributario”. Este precepto cumple el cometido de establecer que la herencia yacente es un sujeto tributario. Se trata, pues, de una norma óntica indirecta de la acción que determina un tipo de sujeto tributario.

No hace falta decir que, en cada uno de los ejemplos, para que la norma jurídica sea completa precisa establecer los elementos que son atribuibles a toda norma, como son: espacio en el que tiene vigencia, tiempo durante el cual rige, destinatarios, etc. Además de otros, como los que contribuyen a concretar hermenéuticamente el sentido de las palabras de los preceptos que aparecen en el texto ordinamental.

11. Variabilidad del sistema jurídico.

El sistema jurídico es variable. De hecho, varía prácticamente todos los días. Ni el ordenamiento ni el sistema (tanto el expositivo como el sistema jurídico en sentido propio) son “cosas”, “entes” o “realidades tangibles”. Son textos que, en cuanto tales, precisan de la interpretación para ser aplicados a los casos. A diferencia de otras ciencias hermenéuticas, como la teología o la teoría literaria, la ciencia de los juristas no se enfrenta ante textos fijos, sino todo lo contrario.¹¹ Tanto el ordenamiento como el sistema –en su doble dimensión de sistema expositivo y de sistema jurídico propiamente dicho- son totalidades textuales en perpetuo cambio. Quien escriba una obra comentando determinados versículos de la Biblia, sabe que su escrito poseerá una vigencia inalterable en cuanto que el texto al que va referido es el mismo que hace siglos y seguirá siendo el mismo dentro de muchos años. Lo mismo puede pensar el historiador de la literatura que comente los poemas de Lope de Vega. Se acepte en el futuro su pensamiento, o no, en todo caso su obra será en cierto modo imperecedera. En el derecho las cosas son muy diferentes. El tiempo tienen en él una fuerza devastadora. Es cierto que las estructuras conceptuales más profundas no cambian, pero los textos regulativos se

¹¹ G. Robles, Comunicación, lenguaje y derecho. México DF 2012, pp. 149.

ven modificados constantemente. El ordenamiento jurídico fluye como un río que no se detiene. Paralelamente a esa experiencia cambiante tiene lugar la del sistema, en sus dos dimensiones señaladas.

El sistema presenta siempre una cierta dosis de incertidumbre. Es grande cuando ha habido un cambio legislativo y se precisa una nueva construcción doctrinal, y no lo es menos en materias sometidas al vaivén de las opiniones políticas. En algunos sectores del sistema se tendrá una impresión de mayor estabilidad, pero aun así, en términos generales, la variabilidad del sistema constituye una cualidad ineludible.

12. Compatibilidad del sistema con la tónica.

Desde la publicación de la obra de Theodor Viehweg¹² se plantea la cuestión de la compatibilidad o incompatibilidad de la tónica con el sistema. Esta cuestión afecta tanto al sistema expositivo como al sistema jurídico en sentido propio. Viehweg sostiene que el pensamiento jurídico es esencialmente tónico, y no sistemático. Mantiene además que la tónica es incompatible con la idea de sistema. Según este autor, la tónica es una técnica del pensamiento que se orienta hacia el problema, y contrapone el pensamiento problemático (o aporético) y el pensamiento sistemático. El pensamiento jurídico se limitaría a partir de los casos que hay que resolver, para lo cual el jurista se encuentra con un conjunto de “lugares comunes” o “tópicos”, producto del sentido común, que le sirven para hallar las soluciones. A diferencia de la ciencia, cuyo modelo es la matemática, la jurisprudencia es para Viehweg una disciplina prudencial y tónica. No se guía esta última por razonamientos deductivos, sino que parte de lo concreto –del problema- para llegar a lo general –la solución. Pero –añade- no por eso es inductivista. Su modo de proceder sería contrario al de las ciencias deductivas, y por ello contrario a la idea de sistema.

En mi opinión, esta posición de Viehweg supone un desenfoque al referirse al sistema, que identifica con la idea de sistema deductivo o axiomático. Creo correcto sostener que la idea de sistema axiomático en la dogmática jurídica debe descartarse, pero no así la idea de sistema hermenéutico. Desde la TCD se defiende la tesis del sistema hermenéuticamente construido. Esta idea es aplicable tanto al sistema expositivo (orden sistemático) de la dogmática como al sistema jurídico propiamente dicho.

¹² Theodor Viehweg, *Tónica y jurisprudencia*. Traducción al español de Luis Díez-Picazo. Prólogo de Eduardo García de Enterría. Madrid 1964.

13. El sistema jurídico no se identifica con el sistema expositivo (o didáctico).

La labor primera de la dogmática jurídica es expositiva y didáctica, para lo cual presenta ordenadamente la materia jurídica de acuerdo con determinados criterios que, con el tiempo, se han hecho canónicos. Todas las ciencias ordenan y clasifican su materia adecuadamente, así sucede con la ciencia de los juristas. El tratamiento dogmático se divide en disciplinas, cada una de las cuales acota una parte del ordenamiento jurídico para su comentario y sistematización. El resultado de ese tratamiento doctrinal es el sistema expositivo o didáctico.

La exposición doctrinal en el sistema expositivo-didáctico cumple la función de transmitir el conocimiento del derecho vigente en un país de una manera ordenada y explicativa. Permite así, a quien lo desee, encontrar respuesta a lo que busque. La exposición de la materia permite además estudiar el derecho. Gracias a la dogmática, una persona puede alcanzar un conocimiento muy preciso del derecho vigente en un país, o en su caso del derecho internacional, sin salir de su casa o de su despacho. Basta con que se rodee de buenos libros de derecho y tenga la paciencia de estudiarlos. Igual que para estudiar matemáticas no hace falta salir de casa, para estudiar derecho no se precisan investigaciones de campo ni experiencias vitales intensas. Para entender el derecho sólo hace falta estudio e inteligencia. La práctica profesional exigirá además otras cualidades, como sagacidad, don de gentes y nervios templados. Pero para el conocimiento del derecho basta con lo dicho. De ahí la enorme importancia de una buena dogmática jurídica.

Pues bien, no se puede identificar el sistema expositivo o didáctico con el sistema jurídico propiamente dicho. El sistema expositivo lo tenemos ahí, en los libros de dogmática jurídica, en sus diversas disciplinas. Dentro de determinados límites, es posible sostener que cada autor tiene su propio sistema expositivo, aunque una comparación detenida de las obras lleva a la conclusión de su enorme parecido e incluso de coincidencia en la mayoría de los aspectos tratados. El sistema jurídico propiamente dicho (o sistema jurídico en sentido estricto) está formado por el conjunto de interpretaciones que, vertidas sobre la materia ordinamental, permite averiguar el contenido concreto de las normas jurídicas realmente vigentes. Buena parte del sistema jurídico vendrá expuesto en las obras expositivas de los autores, pero su averiguación exigirá un esfuerzo añadido al de la mera lectura del sistema expositivo. Para hallar el derecho, o sea, los contenidos normativos del sistema jurídico vigente habrá que guiarse por ciertos criterios o indicios.

14. Criterios para reconocer los contenidos del sistema jurídico propiamente dicho

En realidad no hay una regla general para determinar los criterios que, en un determinado ámbito jurídico, sirven para concretar los contenidos del sistema jurídico. 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. Hay que contar, no obstante, con que la especificación de dichos criterios en un ámbito determinado, y en un momento de su evolución, no siempre es tarea fácil. Más bien al contrario, suele presentar graves inconvenientes, sobre todo en lo que se refiere a algunas zonas del ordenamiento que aún no gozan de la suficiente “consolidación” de las opiniones interpretativas.

La construcción del sistema jurídico y, dentro de él, de las normas jurídicas que lo forman, constituye una tarea colectiva del conjunto de los operadores jurídicos. Nadie en concreto tiene, en esa tarea, la clave definitiva del sistema, pero no cabe duda de que en cada ámbito jurídico existen algunos operadores cuyas decisiones interpretativas tienen un peso superior al de otros. Si contemplamos los ámbitos jurídicos de nuestro entorno occidental probablemente estaremos de acuerdo en algunos aspectos que confluyen en la determinación de los criterios que mejor permiten el reconocimiento de los contenidos del sistema jurídico. Pueden ser sintetizados así:

En primer lugar, la jurisprudencia de los tribunales superiores, esto es, de aquellos tribunales de justicia cuyas resoluciones generan cosa juzgada y que, por regla general, no son susceptibles de recursos ulteriores.

Aunque en el derecho continental europeo no hay tradición de lo que en el mundo jurídico anglosajón se denomina la “ley del precedente” (“the law of precedent”), la experiencia demuestra que una jurisprudencia favorable a determinada posición doctrinal o interpretativa, que se mantenga con cierta solidez a lo largo de varias sentencias, crea la obligación de seguirla (no una obligación jurídica, sino la obligación que crea el hábito), a no ser que pueda fundamentarse, ante un caso concreto, la necesidad de desviarse de ella. Propiamente no se trata de una obligación jurídica, sino de un uso forense que, de hecho, tiene una notable fuerza para imponerse en la práctica de los tribunales. En el common law la ley del precedente se impone de modo más claro, aunque también es posible la desviación respecto de la jurisprudencia anterior (overruling) siempre que se encuentren para ello razones de suficiente peso. Muchas veces se han contrapuesto, en este sentido, las posiciones de los tribunales del common law y las del derecho continental, pero –como ha mostrado Martin Kriele en sus obras, sobre todo en *Theorie der Rechtsgewinnung*¹³, la contraposición teórica entre la

¹³ Martin Kriele, *Theorie der Rechtsgewinnung* (entwickelt am Problem der Verfassungsinterpretation). 2ª ed. Berlin 1976.

función y la actuación de los tribunales de una y otra familia es exagerada, pues en la práctica se demuestra que están mucho más cerca de lo que habitualmente se piensa.

La cita constante de las sentencias de los jueces en las obras de dogmática jurídica y en los escritos de los operadores jurídicos nos debe hacer pensar que, en efecto, las opiniones de los jueces tienen un peso significativo, por no decir decisivo, en la resolución de los casos. Si esto es así, puede sostenerse que la doctrina dominante sobre un punto interpretativo concreto, en relación con un texto ordinamental determinado, la encontramos en las fundamentaciones de las sentencias, y más en concreto en las rationes decidendi.

Hay que preguntarse, sin embargo, de dónde extraen los jueces sus propios argumentos interpretativos para dar sentido a los textos ordinamentales que aplican a los casos. Obviamente, se puede responder que dichos argumentos los hacen derivar de lo que piensan, ellos mismos, que es la “intención del legislador” o el “espíritu de la ley”. También pueden invocar la “justicia del ordenamiento jurídico”, la “justicia abstracta” o el “sentir del pueblo”. Los argumentos retóricos pueden expresarse de distinta manera, pero 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 jurídica.

Los argumentos y razonamientos judiciales que aparecen expresados en la jurisprudencia han sido precedidos normalmente por la elaboración doctrinal en los libros expositivos de derecho. La dogmática jurídica expositivo-didáctica prepara el camino a las decisiones de los jueces, aunque son éstos los que –tras rutas argumentativas más o menos tortuosas- acaban consolidando una determinada corriente doctrinal interpretativa.

Por qué motivos los jueces consolidan una opinión y no otra, es y será siempre un misterio. El hecho es que suelen dar prioridad a una opinión, y en consecuencia declinan las demás. Unas veces será porque tal opinión es unánime entre los autores. Otras, porque es mayoritaria. Otras porque, si bien es minoritaria, la sostiene un jurista relevante en la materia. Y puede ser incluso que los jueces no sigan en modo alguno las posiciones doctrinales expuestas en los libros doctrinales de los juristas, sino que, por razones difíciles de precisar, se decanten por interpretaciones argumentativas que ha resultado “inéditas” hasta ese momento. Además, las posiciones varían a lo largo del tiempo, tanto de los autores como de los jueces y demás operadores; lo que quiere decir, entre otras cosas, que la seguridad jurídica es siempre relativa. Ningún abogado puede estar seguro de ganar un pleito, y ningún juez puede jurar que lo que hoy ve de una manera mañana no lo verá de otra incompatible con la anterior.

Dos autoras, Zimmermann y Puigpelat, han estudiado en sendos libros el juego de las opiniones dominantes en los ámbitos jurídicos.

La primera¹⁴ sostiene que la opinión dominante representa la concepción que en la literatura jurídica y en la jurisprudencia de los tribunales tienen mayor predicamento y que, por esa razón, ostenta la pretensión de que ha de ser seguida y acatada. En ella juegan “estructuras de autoridad y de comunicación” relevantes en los procesos discursivos, y su principal función consiste en la formación de consensos para la toma de decisiones. Añade que, con respecto al derecho alemán, “frecuentemente tiene la misma validez fáctica que una norma jurídica”, si bien su campo de aplicación se limita a aquellos problemas para los que no es posible encontrar una solución clara proveniente de una norma jurídica aplicable.

Por su parte, Puigpelat¹⁵ sostiene que “cuando hablamos de la ‘opinión dominante’ pensamos en opiniones firmemente asentadas y pacíficas algunas de las cuales han conseguido, muchas veces, formar parte del conjunto de supuestos valorativos y conceptuales característicos de una determinada cultura jurídica o que, por lo menos, constituyen soluciones admitidas por todos o casi todos.” Añade que el concepto de opinión dominante “requiere que determinada opinión sea admitida tanto por los autores como por los tribunales”. Compartiendo la propuesta de Zimmermann, mantiene que hay que entender por opinión dominante “aquella concepción que en la literatura jurídica y en la jurisprudencia se ha impuesto de forma absolutamente generalizada en una cuestión jurídica”.

A mi juicio, la opinión dominante así entendida (opinión francamente mayoritaria entre autores y jueces) es el síntoma o indicio más destacado de que estamos ante un aspecto sistémicamente resuelto. Pero eso no debe llevarnos a creer que en todas las cuestiones jurídicamente relevantes nos vamos a encontrar con semejantes opiniones dominantes claramente delimitadas. Aunque no nos encontremos con ellas, sí será preciso determinar el significado sistémico del texto ordinamental que plantee problemas, para lo cual habrá que recurrir a las opiniones que, aunque no sean dominantes, sean mayoritarias o, al menos, gocen de la autoridad de juristas a los que se presta crédito en sus respectivas materias. Aun así, el sistema jurídico siempre es variable y móvil.

15. El sistema jurídico no es un sistema axiomático

¹⁴ Rita Zimmermann, *Die Relevanz einer herrschenden Meinung für Anwendung, Fortbildung und wissenschaftliche Erforschung des Rechts*. Berlin 1983, pp. 157 ss.

¹⁵ Francesca Puigpelat Martí, *Funciones y justificación de la opinión dominante en el discurso jurídico*. Barcelona 1994, pp. 16 ss.

Una cuestión que no he tratado es la de que hay diversas concepciones respecto a los sistemas. Me refiero a la idea de los sistemas en general. El concepto de sistema se ha aplicado a campos científicos muy diversos: desde la astronomía hasta el derecho, pasando por la biología, la economía y la informática. En las ciencias sociales y culturales se aplica asimismo a campos distintos y ocupa un lugar central en todas ellas: el sistema político, el sistema social, el sistema económico, el sistema internacional, el sistema familiar, el sistema educativo, el sistema religioso, etc., son nociones que se utilizan con gran frecuencia. Esta abundancia en el uso de la noción de sistema nos permite sospechar que con dicho término se están diciendo cosas muy diferentes, aunque también hay aspectos comunes, como hemos destacado al principio de este estudio y que no es necesario repetir.

Múltiples son los enfoques que se han usado para acercarse al concepto de sistema. Como ejemplos típicos podemos citar los de la matemática, la biología y la hermenéutica. Para entender cómo funciona el derecho, el concepto hermenéutico de sistema es el que parece más adecuado; lo cual no quiere decir que no se hayan hecho intentos en otras direcciones.

Los modelos matemáticos han demostrado la exactitud y operatividad del denominado sistema axiomático. Las matemáticas operan siguiendo un modelo deductivo. Partiendo de determinados postulados que se tienen por verdaderos (los axiomas) se van deduciendo las demás verdades, derivadas de esos axiomas, y se van estableciendo los teoremas que expresan las correspondientes verdades matemáticas. Los sistemas axiomáticos proporcionan seguridad al conocimiento y pasan por ser los estrictamente científicos. No sólo generan verdades de alcance general, sino que consiguen también aplicarse a supuestos concretos. Con ello demuestran no sólo su valor de verdad sino asimismo su valor de utilidad.

La fascinación por las ciencias exactas hizo que en la edad moderna muchos autores se propusieran axiomatizar la filosofía práctica, o sea, las disciplinas relativas a la ética, al derecho y a la política. Por eso, muchas de las obras más significativas del período contienen en sus títulos frases como “modo geométrico” y similares. Se busca la precisión de los conceptos y de las relaciones recíprocas de estos, de tal modo que se garantice la seguridad de los resultados en la aplicación práctica. Desde entonces el modelo axiomático ha gravitado sobre la mente de los juristas y los filósofos del derecho, que en algún momento de su vida han soñado con encontrar un método seguro y exacto que garantice la solución justa de los problemas jurídicos.

La manifestación más sobresaliente de este anhelo de exactitud y de rigor deductivo en el campo del derecho ha sido, y sigue siendo, el intento de aplicar la

lógica a los razonamientos jurídicos. Me refiero a la lógica clásica o lógica formal, que ya formulara Aristóteles.

Todos los intentos en esta dirección han resultado, hasta ahora, fracasados, por mucho que desde la filosofía jurídica se haya pretendido encontrar caminos como el de la lógica deóntica o el de la lógica de la argumentación. En ningún caso se ha podido encontrar la solución definitiva para los casos concretos aplicando la lógica en cualquiera de sus manifestaciones. La razón de esta imposibilidad es bastante sencilla de desvelar, radica en la función relevante que tienen las decisiones en todos los procesos de comunicación jurídica. Las decisiones, en efecto, no permiten la operatividad de la lógica. Los actos argumentativos en el derecho están siempre orientados y presididos por un componente decisonal. Por mucho que las decisiones estén fundadas desde el punto de vista práctico o de la razonabilidad, no son susceptibles de justificación desde una perspectiva estrictamente lógica.

El sistema jurídico no puede ser un sistema axiomático. Cuando Viehweg contrapone tópica y sistema, está pensando en el sistema axiomático. Tiene razón en que el derecho no puede construirse como un sistema axiomático. Pero, a mi juicio, no la tiene al reducir el concepto de sistema al sistema axiomático. Y tampoco la tiene al hacer incompatible el problema y el sistema, el pensamiento aporético y el pensamiento sistemático.

16. El sistema jurídico no es un “sistema social”

Un segundo modelo de sistema es el característico de la biología. Me refiero a la idea de sistema como organismo o, dicho al revés, del organismo como sistema. Un organismo es una totalidad compuesta por elementos relacionados, cada uno de los cuales cumple una función para el conjunto y, por tanto, para los demás elementos que componen la totalidad orgánica. Estructura y función son conceptos básicos para analizar cualquier organismo. A este aspecto estructural-funcional la biología le añade el causalista. Causas y efectos son conceptos perfectamente aplicables a los fenómenos biológicos. Tanto las condiciones de la vida, como de la enfermedad y de la muerte, son pensadas en términos causales. De ahí, en consecuencia, que el pensamiento biológico y biologista maneje estos cuatro conceptos constantemente: estructura, función, causa y efecto.

Este esquema biologista fue adoptado por las ciencias sociales, especialmente por la sociología. Algunos de sus fundadores –como Comte, Spencer, Schäffle y Durkheim- hicieron uso abundante de las imágenes biológicas para explicar la estructura y los fenómenos sociales. Una sociedad viene a ser un organismo (el “organismo social”), dotado –como todos los organismos- de una estructura o composición interna de elementos o componentes sociales de diverso género, cuya

conjunción hace posible la vida del sistema social. Estructura y función constituyen dos conceptos básicos del pensamiento sociológico.

Junto a la estructura y la función, la sociología hace un amplio uso de la investigación causalista. Durkheim sostiene en sus obras que el esquema de causas y efectos es perfectamente aplicable a los fenómenos sociales. La investigación sociológica consiste, para este autor¹⁶, en la indagación de las causas sociales de los fenómenos sociales. Similar posición, aunque matizada de tal modo que abre la puerta a la hermenéutica, es la que sostiene Weber, para quien la sociología se propone investigar los procesos causales del acontecer social en su significado. Heredero de la tradición funcionalista es Niklas Luhmann¹⁷, para quien el sistema jurídico es un sistema social o, mejor dicho, un “subsistema social” dentro del sistema que es la sociedad en su conjunto. El subsistema social que es el derecho es contemplado en esta perspectiva como parte de la sociedad y su estudio corresponde a la sociología.

Sin negar su valor a la sociología, desde la TCD mantenemos que la sociología jurídica y la teoría del derecho son dos disciplinas paralelas, ya que investigan el fenómeno jurídico desde dos ángulos distintos que no se solapan. La sociología contempla el derecho como fenómeno social. Mantiene, por decirlo así, una perspectiva externa, la del observador desde fuera. La teoría del derecho ve el derecho desde dentro, con perspectiva interna. En esto radica la diferencia sustancial entre la postura del sociólogo y la del jurista.¹⁸

Esta diversa posición repercute obviamente en la manera de entender el sistema jurídico. Para la sociología constituye un subsistema analizable en términos fáctico-funcionales. Para la teoría del derecho, es el conjunto de normas jurídicas construidas por los juristas a partir de las interpretaciones dominantes de los textos ordinamentales. Para la sociología, el derecho es un subsistema social. Para la teoría del derecho, es un sistema textual, hermenéuticamente construido sobre la base del sistema ordinamental.

17. El sistema jurídico expresa el sentido actual de las instituciones jurídicas

La organización interna de la ciencia de los juristas es el resultado de la tradición, dentro de la cual se han elaborado los criterios de elaboración y construcción del

¹⁶ Émile Durkheim, *Las reglas del método sociológico*. Edición de G. Robles. Traducción de Virginia Martínez Bretones. Véase mi estudio introductorio, “El método sociológico en Durkheim”, sobre todo pp. 56 ss.

¹⁷ Niklas Luhmann, *Soziale Systeme: Grundriss einer allgemeinen Theorie*. 4ª ed. 1991. *Das Recht der Gesellschaft*. Frankfurt am Main 1993. *Rechtssoziologie*. 2 vols. Reinbek bei Hamburg 1972.

¹⁸ G. Robles, *Sociología del Derecho*. 2ª ed. Madrid 1997.

texto sistémico. Uno de esos criterios es la estructuración de la materia jurídica en ramas –derecho público y derecho privado, y estas categorías en disciplinas dogmáticas particulares-, y dentro de estas ramas en instituciones.

El criterio institucional es esencial para comprender cómo opera la ciencia jurídica con respecto al ordenamiento jurídico al que sirve. Depende de dónde se ponga el acento en el análisis institucional para que el sistema expositivo y el sistema jurídico propiamente dicho se obtengan de un modo u otro y tengan unas u otras características. Cada ámbito jurídico determina, mediante praxis prolongada, las peculiaridades de dicho análisis. La teoría del derecho sólo puede presentar las líneas básicas, quedando para el examen de los ámbitos concretos la determinación de las peculiaridades que les son propias.

El término “institución” posee un doble significado en el contexto de este trabajo. Por una parte, es usado para aludir a la organización de la materia en el sistema expositivo. Por otra, se lo usa también para entender mejor los textos que componen el ordenamiento jurídico y, en definitiva, componer adecuadamente el sistema jurídico en sentido propio. Aunque puede haber una gran cercanía entre ambas realidades, ni son idénticas conceptualmente ni arrojan los mismos resultados. El sistema expositivo tiene por objeto presentar ordenada y explicativamente la materia jurídica, y hacerlo de tal modo que sus propuestas interpretativas y conceptualizadoras se ofrezcan con ciertas probabilidades de ser aceptadas en el sistema jurídico propiamente dicho.

En un planteamiento general, la TCD propone que en el análisis de las instituciones jurídicas se tengan en cuenta los siguientes aspectos: 1) La decisión creadora de la institución. 2) Las normas jurídicas que la componen. 3) Su vida real y, por tanto, su funcionalidad social. 4) la necesidad, o no, de su modificación o supresión. Como puede apreciarse, este análisis dogmático va más allá de la simple exposición de los contenidos semánticos de la institución e incorpora la perspectiva sociológica como paso previo a las propuestas lege ferenda. Seguimos en ello los criterios expositivos de una dogmática jurídica abierta. Comentaré a continuación con brevedad los aspectos destacados.

En primer lugar, hay que considerar la decisión creadora de la institución. Por ejemplo, el poder constituyente decide que la forma de gobierno sea la monarquía parlamentaria. Como toda decisión, esta supone la renuncia a otras opciones posibles. Decidir supone elegir, y elegir implica renunciar. La decisión constituyente a favor de la monarquía parlamentaria conlleva un conjunto de ideas o principios normativos que el conjunto del ordenamiento tendrá que respetar e ir articulando paso a paso. Una decisión de este género marca todo el ordenamiento jurídico y, en consecuencia, el sistema y en ámbito que se generen. La decisión mencionada tiene tras sí todo un cúmulo de doctrinas políticas, sociales y jurídicas, que han sido

elaboradas y acuñadas a lo largo de la evolución de las monarquías europeas. Esas doctrinas toman cuerpo en principios, que en el ejemplo son principios político-jurídicos.

Toda institución está inspirada por una idea básica: se trata del principio institucional fundamental. Alrededor de dicho principio y en conjunción con él, matizándolo o completándolo a la luz de determinadas circunstancias, es frecuente que se detecten otros principios jurídicos. Tanto el sistema expositivo como el sistema jurídico propiamente dicho tienen, como uno de sus cometidos esenciales, concretar esos principios institucionales e interpretarlos con el fin de proporcionarles una configuración lo más completa posible; para lo cual habrán de atender a las decisiones siguientes que se produzcan, sobre todo por parte de los tribunales.

El principio fundamental que ha inspirado al legislador al regular una institución, juntamente con los principios adyacentes o complementarios en el caso de que los hubiera, conforman lo que puede denominarse la concepción de la institución. Desentrañar la concepción que subyace a las instituciones jurídicas es tarea primordial de la dogmática. Implica llegar a comprender el “espíritu” de la institución, lo que es y significa en un determinado ámbito jurídico.

La concepción institucional y los correspondientes principios institucionales se concretan lingüísticamente en un conjunto de expresiones o proposiciones que en el ordenamiento aparecen como preceptos o disposiciones, y en el sistema jurídico adquieren la forma de normas jurídicas. Tanto el sistema (en sus dos dimensiones) como las normas jurídicas que lo forman son el resultado de la construcción hermenéutica realizada sobre la base del material textual bruto que ofrece el ordenamiento. La tarea de la ciencia de los juristas consiste en concretar los sentidos normativos de los preceptos construyendo las normas jurídicas completas, y articularlas como conjunto ordenado unitario. En este trabajo es sustancial que el jurista desvele los principios institucionales, la concepción que subyace a la institución. Estos principios pueden estar formulados explícitamente en el texto ordinamental, o puede que no sea así. En este segundo supuesto, se estará ante principios institucionales implícitos, que la dogmática ha de explicitar para construir primero el sistema expositivo y, además, ayudar a encontrar el sistema jurídico propiamente dicho. Hallados los principios —expresos e implícitos— y formulados convenientemente como parte sustantiva de la institución, el jurista debe proceder también a desvelar normas jurídicas no expresadas tampoco en el ordenamiento, pero que la “lógica de la institución” exige traerlas a la luz del lenguaje sistemático y sistémico. Sólo así adquirirá la institución toda su redondez, toda su perfección. Estas operaciones hermenéuticas sólo son posibles,

naturalmente, dentro de los límites y las exigencias del legislador (constituyente y ordinario) y de los jueces.

Ahora bien, una dogmática abierta –como la que propugnamos en la TCD- no puede quedarse ahí. Necesita contrastar el efecto que las instituciones tienen en el medio social al que van dirigidas, del que surgen y al que vuelven. Los juristas dogmáticos harán muy bien en interesarse por cómo funcionan las cosas en la realidad social, política y económica, que constituye el “medio” de las instituciones. Bien es cierto que una “buena” dogmática puede bastarse a sí misma con el análisis meramente inmanente, conceptual e institucional. Este aspecto es el sustancial en la dogmática. Sin embargo, allí donde sea posible (porque no siempre lo es) el jurista hará muy bien en tratar de conocer la realidad social. Cuanto mejor la conozca, más instrumentos tendrá en sus manos para dotar a su interpretación del sentido adecuado a las necesidades sociales. Y, por tanto, podrá presentar propuestas lege ferenda con conocimiento de causa.