

# TEORÍA COMUNICACIONAL DE LAS DECISIONES JURÍDICAS<sup>1</sup>

Por el Académico de Número  
Excmo. Sr. D. Gregorio Robles Morchón\*

## 1. LA TEORÍA COMUNICACIONAL DEL DERECHO: SUS PARTES

La Teoría comunicacional del Derecho (en adelante, TCD) se llama así por adoptar la perspectiva de la comunicación, y por tanto del lenguaje<sup>2</sup>, para estudiar el fenómeno jurídico. No proclama que el Derecho es lenguaje, lo que implicaría una posición ontologista<sup>3</sup>, sino que afirma que el Derecho, todo lo que se cubre con esta palabra, se manifiesta por medio del lenguaje. El lenguaje se constituye así en el punto de partida de la investigación<sup>4</sup>.

---

\* Sesión del 13 de febrero de 2018. Al finalizar mi ponencia me hicieron valiosos comentarios los Académicos siguientes: D. Dalmacio Negro Pavón, D. Pablo Lucas Murillo de la Cueva, D. Fernando Suárez González, D. Alejandro Nieto García, D. Helio Carpintero Capell, D. Carmelo Lisón Tolosana, D. Pedro Schwartz Girón, D. Julio Iglesias de Ussel y D. Ramón Tamames Gómez. A todos ellos les expreso mi más sincero agradecimiento. Comento brevemente sus observaciones en distintos lugares de este estudio en nota a pie de página.

<sup>2</sup> La perspectiva comunicacional conlleva la perspectiva lingüística, pues la comunicación sólo es posible mediante el lenguaje. Hay que entender este último término en su sentido más amplio; por tanto, abarcador no sólo del lenguaje escrito, también del oral y del mímico o gestual. Además, los actos y omisiones, las situaciones y relaciones, tienen también la consideración de lenguaje en el sentido de que significan algo y, por eso, pueden ser expresados en frases, aunque ellos mismos no se manifiestan primariamente en tales frases.

<sup>3</sup> La Teoría comunicación al del Derecho renuncia al ontologismo. Eso significa que no se propone una investigación sobre la “esencia” o la “naturaleza” del Derecho. En ello se diferencia de la mayoría de las posiciones filosófico-jurídicas.

<sup>4</sup> Toda concepción teórica adopta un punto de partida que, por regla general, es una obviedad, una verdad de Perogrullo. Recuérdese en este sentido el punto de partida de Descartes: “*je pense, donc je suis*”. O, en nuestro terreno, el de Kelsen: “el Derecho es norma” (en este último caso la propuesta es ontologista). Sobre estos principios construyen los autores mencionados sus grandiosos edificios de pensamiento.

La TCD no desdeña otros posibles enfoques, como pueden ser el sociológico, el económico, o el histórico<sup>5</sup>. Se limita a definir su perspectiva, que no es otro que el análisis del lenguaje de los juristas, o para ser más exactos, el método hermenéutico-analítico sobre los textos jurídicos; y en sus desarrollos trata de ser fiel a ese principio metodológico<sup>6</sup>. Adopta así el punto de vista interno, que es el característico de los juristas<sup>7</sup>. Se estructura en una “Introducción” —dedicada a su justificación epistemológica<sup>8</sup>— y tres partes. Estas tres partes son denominadas: Teoría formal del Derecho<sup>9</sup>, Teoría de la Dogmática jurídica<sup>10</sup> y Teoría de las Decisiones jurídicas<sup>11</sup>. En la Filosofía del Lenguaje

---

<sup>5</sup> Por consiguiente, no se le puede reprochar que no sea Sociología del Derecho, ni Análisis económico del Derecho, ni Historia del Derecho. La TCD pretende mantenerse dentro de los límites que ella misma se marca, y reconoce la conveniencia e incluso la necesidad de otros análisis. Adopta, frente al fenómeno jurídico, el punto de vista interno, que es la perspectiva del jurista. Distintas perspectivas a esta son las que corresponden a las disciplinas mencionadas, y todas ellas se caracterizan por adoptar una modalidad de perspectiva externa. Así, la Sociología del Derecho estudia la vigencia social de éste, su implantación social, o, como suele decirse, las relaciones de la sociedad con el Derecho. El Análisis económico investiga las causas y los efectos de los diversos componentes jurídicos en términos de costes y beneficios. La Historia del Derecho indaga la evolución de las instituciones jurídicas, así como de los modos de pensar y razones de los juristas a lo largo del tiempo.

<sup>6</sup> Desde el prisma de la TCD se rechazan las posturas mixtificadoras, esto es, las que —consciente o inconscientemente— mezclan diversos enfoques epistemológicos y metodológicos en sus tratamientos teóricos, saltando de un plano a otro. Por lo general, esta mixtificación es característica de algunas escuelas de pensamiento, por ejemplo, de la Escuela de Frankfurt. En este caso, la mixtificación es consciente, habida cuenta de que es constante.

<sup>7</sup> El jurista mira al Derecho desde dentro; el sociólogo, el economista, el psicólogo lo hacen desde fuera, investigando, respectivamente, la relación del Derecho con la sociedad, con la economía y con la psicología de las personas. Ahora bien, hay que tener en cuenta que la mirada del jurista, que es una mirada interna, no siempre se fija en los mismos aspectos. Por ejemplo, el juez mira el Derecho desde dentro para aplicar los textos jurídicos a los casos; el abogado defensor en un juicio penal también contempla el Derecho desde dentro, pero su punto de vista adquiere otro matiz: su cometido es defender a su cliente y hacer lo posible para que el juez no lo condene. Otras perspectivas, dentro de la genérica perspectiva interna, son la del legislador, la del notario, la del asesor, e incluso la del simple ciudadano que ha de cumplir las leyes. Todos se mueven dentro de la perspectiva interna que podemos llamar “práctica”. El teórico del Derecho se mueve también en la perspectiva interna, pero no “práctica”, sino “teórica”. Eso le fuerza a generalizar sobre la base de su conocimiento de la experiencia jurídica global, que siempre es mucho más amplia que la que define a un determinado ordenamiento y a su respectivo ámbito jurídico.

<sup>8</sup> Tal es la materia desarrollada en: GREGORIO ROBLES, *Introducción a la Teoría del Derecho*. 1ª ed. Ed. Debate. Madrid 1988. 6ª ed. Ed. Debate. Barcelona 2003. Esta sexta edición se diferencia de las anteriores en el amplio prólogo que incorpora y en el que se explican las diversas denominaciones: Teoría comunicacional del Derecho, Análisis del lenguaje de los juristas, Teoría de los textos jurídicos, y Teoría hermenéutico-analítica del Derecho. Cada una de estas denominaciones subraya un aspecto del método; no son excluyentes sino complementarias o, mejor expresado, recíprocamente inclusivas.

<sup>9</sup> La Teoría formal del Derecho constituye la primera parte en la exposición de la TCD. Está expuesta en: GREGORIO ROBLES, *Teoría del Derecho. Fundamentos de Teoría comunicacional del Derecho. Volumen I*. Editorial Civitas, 1ª ed. 1998; 6ª ed. Navarra 2015. Las diversas ediciones han ido incorporando materia progresivamente hasta completar la temática.

<sup>10</sup> La Teoría de la Dogmática jurídica constituye la segunda parte en la exposición de la TCD. Está expuesta en: GREGORIO ROBLES, *Teoría del Derecho. Fundamentos de Teoría comunicacional del Derecho, Volumen II*. Ed. Civitas. Navarra 2015.

<sup>11</sup> La Teoría de las Decisiones jurídicas constituye la tercera parte en la exposición de la TCD, en actual elaboración, si bien las referencias a las decisiones en el Derecho es frecuente en las obras mencionadas en las dos notas anteriores (7 y 8). Asimismo, me he ocupado de las decisiones jurídicas en algunos traba-

corresponden, respectivamente, a la Sintaxis (o Morfosintaxis), a la Semántica y a la Pragmática<sup>12</sup>.

La Teoría formal del Derecho (o Sintaxis jurídica) investiga los conceptos jurídicos formales o universales, como los de norma jurídica, deber jurídico, derecho subjetivo, relación jurídica, sujeto jurídico, etc.; así como las relaciones formales entre dichos conceptos, lo que suele denominarse la estructura formal del Derecho. Su concepto básico es el de *norma* jurídica<sup>13</sup>.

La Teoría de la Dogmática jurídica o Teoría de la Ciencia de los juristas es equivalente a la Semántica jurídica. Su campo de investigación lo constituyen los modos de interpretar y de construir el sistema jurídico o sistema doctrinal. Debido a que todo ordenamiento se organiza internamente en unidades institucionales, las cuales dan sentido a sus componentes normativos, el concepto básico de la Teoría de la Ciencia de los juristas es el de *institución* jurídica. Si se hojea un tratado o un manual de Derecho, podrá comprobarse enseguida que su organización responde a las diversas instituciones del ordenamiento jurídico de que se trate<sup>14</sup>.

---

JOS: GREGORIO ROBLES, *Epistemología y Derecho* (Ed. Pirámide, Madrid, 1982), *Las Reglas del Derecho y las Reglas de los Juegos* (Universidad de Palma de Mallorca, 1984), "La decisión en el Derecho y la Tópica jurídica" (*Boletín mexicano de Derecho comparado*, Sep.-Dic. de 1985, núm 54, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas:951-984), *El Derecho como Texto* (Ed. Civitas. Madrid 1998, 2ª ed. 2006), *La Justicia en los Juegos* (Ed. Trotta. Madrid 2009), "Sobre el concepto de Constitución" (*Anales de la Real Academia de Ciencias Morales y Políticas*, LXIX. Madrid 2017:93-117).

<sup>12</sup> A CHARLES MORRIS (1901-1979) se debe la diferenciación de la Semiótica en Sintaxis, Semántica y Pragmática, que se ha transformado en un lugar común en la Filosofía del Lenguaje. La idea de correspondencia entre los tres niveles de la Lingüística y los propios de la Teoría comunicacional la he mantenido constantemente desde mis primeros escritos. Véase *Epistemología y Derecho* (1982):119-129 (aunque con otra terminología en lo que respecta a los niveles jurídicos); *Doxa* (1984); *Las Reglas del Derecho y las Reglas de los Juegos* (1984), en el "Apéndice II"; *Introducción a la Teoría del Derecho* (1988):151-169, cap. VI: "La Teoría del Derecho como análisis del lenguaje de los juristas"; *El Derecho como Texto* (1998), capítulo III; *La Justicia en los Juegos* (2009):49-94. Mi obra principal está construida sobre ese esquema: *Teoría del Derecho. Fundamentos de Teoría comunicacional del Derecho*, ya desde la primera edición (1998) hasta la reciente: vol. 1º (6ª ed. 2015); vol. 2º (1ª ed. 2015). A dicha tesis Diego Medina Morales la ha calificado de "tridimensionista" (ya que se trata de las tres dimensiones del lenguaje), distinguiéndola netamente de las teorías "tridimensionalistas" al uso. Cfr. Diego Medina Morales, "Comunicación y Derecho. Trascendencia de una Teoría", en: DIEGO MEDINA MORALES (Coord.), *La Teoría Comunicacional del Derecho a Examen*. Ed. Civitas, 2017:25 y ss. También ADOLFO SÁNCHEZ HIDALGO, "Los derechos fundamentales en la Teoría comunicacional del Derecho", en: DIEGO MEDINA MORALES (Coord.), *La Teoría Comunicacional del Derecho a Examen*, op.cit.:81-105, esp. 85-87.

<sup>13</sup> No es preciso subrayar la gran importancia del normativismo en la Teoría del Derecho. En la TCD se formula un concepto de norma jurídica y un modelo heterogéneo de normas en el Derecho sobre la base de la dualidad de normas indirectas de la acción y normas directas de la acción. Cada una de estas categorías se desdobra a su vez. Véase el volumen 1º de mi *Teoría del Derecho*, 6ª ed. 2015, cit., capítulos 7 a 12:177-430).

<sup>14</sup> Aquí hay que tener en cuenta el concepto de institución en su sentido amplio, comprensivo de lo que Maurice Hauriou denominó "institutions-personne" e "institutions-chose" ("Instituciones-persona" e "instituciones-cosa"). Ejemplos de las primeras serían el Estado, un municipio, una sociedad mercantil; de las segundas, el contrato, la herencia, la letra de cambio. Véase MAURICE HAURIUO, *La Teoría de la Institución y de la Fundación*. Traducción, prólogo y bibliografía del autor por Arturo Enrique Sampay. Ed. Abeledo-Perrot. Buenos Aires, 1968. Del mismo autor, *Principios de Derecho Público y Constitucional*. Traducción, estudio preliminar, notas y adiciones por Carlos Ruiz del Castillo. Ed. Reus, Madrid, s/a (el estudio preliminar de Ruiz del Castillo

Por último tenemos la Pragmática jurídica o Teoría de las decisiones jurídicas, cuyo concepto central es, obviamente, el de *decisión* jurídica.

## 2. LA TEORÍA DE LAS DECISIONES JURÍDICAS COMO PRAGMÁTICA

La Pragmática es aquella parte de la Lingüística, y de la Filosofía del Lenguaje, que investiga los fenómenos comunicacionales desde el punto de vista de su dinámica; indaga los sujetos de la comunicación, las situaciones en que se encuentran al comunicarse, los actos de comunicación, los destinatarios de la comunicación y las modalidades de actos comunicacionales<sup>15</sup>.

A la Pragmática jurídica la denominamos, en la TCD, “Teoría de las Decisiones jurídicas”, debido a que estudia los mencionados fenómenos en relación con las decisiones que aparecen en el Derecho. Mientras que la Teoría formal del Derecho investiga las formas jurídicas y la estructura formal que las vincula, y la Teoría de la Dogmática jurídica se centra en cómo los juristas construyen el sistema a partir del texto ordinamental, la Teoría de las Decisiones jurídicas aborda los aspectos dinámicos del Derecho a partir de la concepción de éste como un conjunto heterogéneo de procesos de comunicación que tienen en común su relación con las decisiones de los intervinientes en dichos procesos. Estos, como vamos a ver, son múltiples y variados, y por tanto, también los agentes que en ellos intervienen.

Todas las decisiones se manifiestan, o bien en actos de comunicación explícita, o bien en actos de comunicación implícita.

Los primeros son aquellos que toman cuerpo inmediatamente en una preferencia o proferimiento lingüístico<sup>16</sup>, y por tanto, en un texto (escrito o no escrito). Por ejemplo, la decisión constituyente es un acto comunicacional que se concreta en el texto constitucional: la constitución<sup>17</sup>; la decisión legislativa es un acto de comunicación que se concreta en el texto que llamamos ley; la deci-

---

está fechado en Santiago de Compostela, agosto de 1927). Sobre estos aspectos véase JOAQUÍN RUIZ-GIMÉNEZ, *La concepción institucionalista del Derecho*. Recientemente, el institucionalismo ha experimentado un cierto resurgimiento a partir de la obra de DONALD NEIL MACCORMICK y OTA WEINBERGER, *Grundlagen des Institutionalistischen Rechtspositivismus*. Ed. Duncker & Humblot. Berlin, 1985. Véase también: FRANCISCO JAVIER ANSUATEGUI ROIG, *El positivismo jurídico neoinstitucionalista (Una aproximación)*. Ed. Dykinson. Madrid 1996.

<sup>15</sup> Una panorámica general y certera puede verse en el libro de M<sup>a</sup> VICTORIA ESCANDELL, *Introducción a la Pragmática*. Ed. Ariel. Barcelona, 2013.

<sup>16</sup> Del verbo “proferir”: “pronunciar, decir, articular palabras o sonidos.” Empleo “preferencia” como sinónimo de “proferimiento”: “acción y efecto de proferir” (DRAE). La preferencia es, en principio, oral, pero también la podemos extender a la expresión escrita. Así, una ley pasa primero por el debate oral y el acuerdo oral en el Parlamento, para a continuación ponerse por escrito en el Boletín Oficial del Estado

<sup>17</sup> El texto constitucional no sólo es el texto escrito en el documento constitucional, sino que a dicho documento hay que añadirle las prácticas, usos y costumbres que han alcanzado el grado de preceptos constitucionales. También en el supuesto de constituciones consuetudinarias puede hablarse de “texto consti-

sión judicial es también un acto explícito de comunicación y se concreta en el texto que denominamos sentencia.

Acto de comunicación implícita es el acto que no se manifiesta en una preferencia lingüística expresa, sino en un movimiento o en la ausencia de un movimiento; por ejemplo, se manifiesta en un movimiento el acto de llamar a un taxi, levantando la mano; se manifiesta en la ausencia de movimiento la omisión de ayuda, que es hacer una cosa distinta a la de prestar ayuda a la persona que hemos atropellado con nuestra bicicleta. En todos estos casos hay comunicación<sup>18</sup>, y asimismo hay decisiones de por medio.

### 3. LA DECISIÓN (EN GENERAL)<sup>19</sup>

En el uso corriente del lenguaje se usa la palabra “decisión” para referirnos a determinados tipos de actos: aquellos que tienen por objeto elegir entre diversas opciones o alternativas posibles y, además, por regla general, poner en práctica lo que la elección adoptada requiere. El acto por el que alguien se decide por una de las alternativas u opciones posibles recibe el nombre de decisión. Ésta presupone, por tanto, la existencia de al menos dos *alternativas u opciones*, y la correspondiente *elección* entre ellas.

Las decisiones pueden ser *individuales* o *colectivas*. Se da el primer tipo en aquellas situaciones en las que un individuo elige una de las alternativas que le ofrece la realidad (o su visión de la misma). Las decisiones colectivas tienen lugar siempre que son varios (pocos o muchos) los individuos que, por un determinado procedimiento más o menos formalizado, se ponen de acuerdo para realizar una elección entre diversas alternativas posibles<sup>20</sup>.

---

tucional” en cuanto que las costumbres son objeto de verbalización en los procesos comunicacionales y, por consiguiente, han de ser consideradas también como textos. Cfr. GREGORIO ROBLES, “Sobre el concepto de Constitución” (2017), ya citado.

<sup>18</sup> Un acto (acción) es el significado o sentido de un movimiento o conjunto de movimientos físico-psíquicos; por ser un significado la acción es una realidad hermenéutica verbalizable en texto. Sobre el concepto de acción (acto), omisión y conducta en la Teoría comunicacional del Derecho véase G. ROBLES, *Teoría del Derecho. Fundamentos de Teoría comunicacional del Derecho. Volumen 1º*, Civitas (2015):271-324. También: MERCEDES GÓMEZ ADANERO, “La acción en la teoría comunicacional del derecho. La acción como texto”; FERNANDO RISTER DE SOUSA LIMA, “A ação natural, lógica e convencional”. Ambo trabajos en *Teoria Comunicacional do Direito: Diálogo entre Brasil e Espanha*. Coord.: GREGORIO ROBLES & PAULO DE BARROS CARVALHO. Ed. NOESES. Sao Paulo, 2011:533-562, y 563-568, respectivamente.

<sup>19</sup> La Teoría de la Decisión es una disciplina de gran alcance en la ciencia moderna, de aplicaciones prácticas sobre todo en la economía y en la estrategia bélica, pero extensible a todas las ciencias sociales. Su objeto es el análisis empírico o lógico de los actos individuales o colectivos en situaciones en las que hay que elegir. Suelen distinguirse tres situaciones básicas: la de certidumbre, la de riesgo y la de incertidumbre. Una visión general, aunque orientada a la economía de la empresa, puede verse en: HELMUT LAUX, *Entscheidungstheorie*. 7ª ed. Springer. Berlín, etc. 2007.

<sup>20</sup> En el Derecho se dan multitud de decisiones tanto individuales como colectivas. Ejemplos de las primeras: un individuo decide matricularse en la Facultad de Ciencias Exactas; otro decide comprar una mochila para llevar sus libros; otro decide robar un banco; en todos estos casos, para hablar de decisión propiamente

Hay decisiones, sean individuales o colectivas, que vienen precedidas de una *deliberación*, también individual o colectiva. En la deliberación se sopesan los pros y los contras de cada alternativa: la deliberación va unida a la *ponderación*<sup>21</sup>. Y las hay que son calificables de irreflexivas: aquellas que se toman sin darse tiempo para sopesar los pros y los contras de lo que se decide. Suele suceder que no haya tiempo para la reflexión, como le pasa a un individuo que, nadando en el mar, divisa de pronto, en un horizonte no muy lejano, la aleta de un tiburón<sup>22</sup>.

#### 4. LAS DECISIONES JURÍDICAS

En la TCD denominamos “decisiones jurídicas” a todas aquellas decisiones que se producen en un ámbito jurídico (AMB)<sup>23</sup>. Son posibles distintas clasificaciones, pero ahora nos centraremos en la siguiente:

- A) Decisiones jurídicas creadoras de textos potencialmente normativos, esto es, de textos que forman parte del ordenamiento jurídico (ORD). Son las decisiones jurídicas *ordinamentales*.
- B) Decisiones jurídicas que generan textos que se presentan como parte del sistema didáctico-expositivo y como *propuestas* para ser acepta-

---

dicha, se tiene que producir la acción decidida, pues si al final resulta que el primero no se matricula, el segundo no compra la mochila, y el tercero no roba el banco y ni siquiera lo intenta, las respectivas decisiones habrán quedado sin cumplirse, serán decisiones sin concreción, sin existencia real, como no sea la del fenómeno psicológico que se ha producido en la mente de esos individuos. Sus decisiones no iban “en serio”. Las verdaderas decisiones conllevan la acción (o la omisión) decidida. En el Derecho también encontramos numerosos ejemplos de decisiones colectivas: la decisión del poder legislativo se produce, para aprobar una ley, tras un proceso de discusión y de votaciones, de acuerdo con el procedimiento establecido; lo mismo sucede con la decisión que adoptan los miembros de un tribunal; o la que toma la asamblea general de una sociedad anónima. Tanto las decisiones individuales como las colectivas suponen seguir un procedimiento, cuya flexibilidad depende del tipo de decisión de que se trate.

<sup>21</sup> Algunos autores contemporáneos elevan estos términos (deliberación, ponderación) a las alturas de una especie de lenguaje novedoso y al mismo tiempo sagrado. Conviene por ello llamar la atención de que tanto deliberar como ponderar son actos intelectuales que la humanidad y los individuos han hecho siempre. La teorización de estos términos tampoco es nueva, los griegos ya lo hicieron con gran brillantez.

<sup>22</sup> No hace falta llegar a tal dramatismo para comprender que las decisiones irreflexivas están a la orden del día en la vida de las personas. Además de las decisiones irreflexivas, que son aquellas que se adoptan sin detenerse a sopesar los pros y los contras, existen las decisiones reflexivas erróneas, pero en éstas estamos ante otra problemática: no se adopta la decisión por falta de tiempo o por una característica del agente decisor, sino sobre la base de conocimientos incompletos, falsas informaciones, asesoramientos equivocados, etc.

<sup>23</sup> Llamo la atención del lector sobre la importancia del concepto de ámbito jurídico en la TCD. Se trata de un concepto novedoso en la Teoría del Derecho. Amplía enormemente el campo de referencia jurídico y permite explicar realidades que tradicionalmente la Teoría del Derecho ha dejado fuera de su consideración. Véase G. ROBLES, *Teoría del Derecho*, vol. 1<sup>o</sup> cit.:485-494; también, “El concepto de ámbito jurídico en la teoría comunicacional del Derecho”, en: *Nos ad iustitiam esse natos*. Coord.: JOSÉ LUÍS GUZMÁN DALBORA. Universidad de Valparaíso – Edelval, volumen II, Valparaíso (Chile) 2011:1241-1254; también: “Ordenamiento, Sistema, Ámbito jurídico: la función comunicacional de la Dogmática jurídica”, en: GREGORIO ROBLES & PAULO DE BARROS CARVALHO (coords.), *La Teoría Comunicacional do Direito. Diálogo entre Brasil e Espanha*. Volumen 2. Sao Paulo 2017.

dos como textos sistémicos. Son las decisiones jurídicas que generan *propuestas* de textos normativos sistémicos.

- C) Decisiones jurídicas que generan textos normativos, esto es, de textos que pertenecen al sistema jurídico propiamente dicho (o sistema jurídico en sentido estricto: SIS). Son las decisiones jurídicas *sistémicas*<sup>24</sup>.
- D) Decisiones jurídicas productoras de textos que no pertenecen ni al ordenamiento ni al sistema, en cualquiera de las dos modalidades de éste (esto es, no forman parte ni del sistema didáctico-expositivo ni del sistema jurídico propiamente dicho). Son las decisiones jurídicas que son a la vez tanto *extra-ordinamentales* como *extra-sistémicas*, pero pertenecen al ámbito jurídico.
- E) Decisiones jurídicas que no se manifiestan en lenguaje explícito, sino por medio de actos que no son expresamente lingüísticos. Las podemos denominar decisiones jurídicas *tácitas* o *implícitas*.

Analizamos a continuación cada uno de estos tipos de decisiones jurídicas.

## **5. DECISIONES JURÍDICAS CREADORAS DE TEXTOS POTENCIALMENTE NORMATIVOS (DECISIONES JURÍDICAS ORDINAMENTALES)**

Las decisiones jurídicas creadoras de textos potencialmente normativos son las que crean texto ordinamental, esto es, generan una parte del ordenamiento jurídico (ORD); por eso las podemos denominar también “decisiones jurídicas *ordinamentales*”. La doctrina las llama habitualmente “fuentes del Derecho”.

Ejemplos de este tipo de decisiones, generadoras de textos potencialmente normativos: la decisión constituyente, la decisión de suscribir un tratado internacional, la decisión legislativa, la decisión administrativa, la decisión judicial (esta enumeración no es exhaustiva, sino ejemplificativa). En la TCD las llamadas tradicionalmente “fuentes del Derecho” son las decisiones que crean los textos jurídicos ordinamentales, es decir, los textos jurídicos que forman parte de la totalidad textual llamada “ordenamiento jurídico”.

Cada ordenamiento jurídico —se afirma— tiene su propio orden jerárquico de fuentes. Unos ordenamientos aceptan la jurisprudencia de los tribu-

---

<sup>24</sup> Obsérvese que manejamos dos conceptos distintos —aunque conectados— de sistema: el sistema didáctico-expositivo y el sistema jurídico en sentido estricto (SIS). El primero es el presentado por los autores en sus escritos de Dogmática jurídica. El segundo está formado por las normas y principios que las autoridades competentes, en especial los jueces, incorporan a sus decisiones; normalmente aceptando algunas de las doctrinas propuestas por los autores. Sobre estos aspectos me he explicado ampliamente en el volumen 2º de mi *Teoría del Derecho. Fundamentos de Teoría comunicacional del Derecho*. Ed. Civitas, 1ª ed. 2015, capítulo 12:545-619.

nales como fuente jurídica, y otro no. Unos ordenamientos contemplan un libro religioso como fuente del Derecho, incluso con mayor jerarquía que el resto de sus fuentes, y otros no<sup>25</sup>. En la terminología de la TCD no usamos prioritariamente la expresión “fuentes del Derecho”, sino la de “decisiones jurídicas generadoras de textos potencialmente normativos” o “decisiones jurídicas ordinamentales”. Se evita así el carácter “naturalista” de la metáfora<sup>26</sup> y se pone el acento en el hecho de que todo texto que forma parte de un ordenamiento jurídico, o que se incorpora a él, es resultado de la decisión de los individuos (autoridades) que tienen la potestad de generar texto ordinamental. Hay que reconocer que nuestra denominación posee menos fuerza evocativa que la tradicional, pero tiene la ventaja de que se ajusta más estrictamente a la realidad jurídica y hace uso de un lenguaje científicamente más riguroso.

El ordenamiento jurídico (ORD) es una totalidad textual y está compuesto por un conjunto de textos parciales (constitución, tratados internacionales, leyes, reglamentos, jurisprudencia de los tribunales, costumbres, etc.) que sirven, o son el punto de partida, para configurar las normas jurídicas en el sistema jurídico, tanto en el didáctico-expositivo, bajo forma de propuestas, como en el sistema jurídico propiamente dicho (SIS). Por eso, a las decisiones ordinamentales las calificamos de decisiones generadoras de textos “*potencialmente normativos*”: las normas jurídicas no aparecen en ORD sino en SIS, si bien ORD proporciona el material (“texto jurídico en bruto”) para que en SIS se elabore el sistema (“texto jurídico elaborado”)<sup>27</sup>.

Junto a las decisiones ordinamentales explícitas hay que contar con las decisiones ordinamentales *implícitas*: tal es el caso de las costumbres y de los principios jurídicos; pero sólo en el caso de que tengan validez jurídica, lo cual supone que en algún momento las autoridades del Derecho los formulen verbalmente como textos<sup>28</sup> (texto consuetudinario; texto principal<sup>29</sup>) incorporándolos al texto del ordenamiento jurídico.

---

<sup>25</sup> La disciplina “Derecho Comparado” tiene, entre sus principales objetivos al estudiar las diversas “familias jurídicas”, subrayar las similitudes y diferencias entre los diversos sistemas de fuentes que caracterizan a dichas “familias”. Así puede apreciarse por ejemplo en la obra de RENÉ DAVID, *Los grandes sistemas jurídicos contemporáneos*. Ed. Aguilar. Madrid, 1973.

<sup>26</sup> “Fuentes del Derecho” y “lagunas de la ley” son las dos expresiones metafóricas más extendidas. Es atractivo su uso y no hay razón para dejar de usarlas siempre que se sea consciente de la carga naturalista que conllevan. Precisamente lo que encubren es el carácter decisonal del Derecho. Si este surge de unas fuentes, nadie lo decide. Si hay una laguna, tampoco nadie decide que haya tal cosa, simplemente existe.

<sup>27</sup> Cfr. GREGORIO ROBLES, *El Derecho como Texto*, ya cit., *passim*.

<sup>28</sup> La costumbre surge como repetición de actos en el seno de una comunidad, pero sólo se transforma en “costumbre jurídica” si la autoridad competente (legislador, juez) la considera “fuente del Derecho”. Algo parecido puede suceder con un principio de naturaleza moral, o de otro género: educativa, económica, etc. Sólo se transforma en “principio jurídico” si las autoridades dotadas de potestad para ello lo incorporan al ordenamiento jurídico, considerándolo como “fuente del Derecho”.

<sup>29</sup> Los principios jurídicos son formulables lingüísticamente en textos escritos como normas generales. Pueden ser de diversos tipos. Cfr. FEDERICO DE CASTRO Y BRAVO, *Derecho Civil de España. Parte General I*. Instituto de Estudios Políticos. Madrid, 1955:448 y ss. En polémica con Robert Alexy, Gregorio Robles, “El con-

## 6. DECISIONES JURÍDICAS GENERADORAS DE PROPUESTAS DE TEXTOS NORMATIVOS (DECISIONES JURÍDICAS DE *PROPUESTAS NORMATIVAS*)

No todas las sociedades conocen la Doctrina jurídica o Ciencia de los juristas, aunque todas ellas son portadoras de un ordenamiento jurídico. Una de las manifestaciones más relevantes de las sociedades culturalmente avanzadas es precisamente que, junto al ordenamiento jurídico (conjunto de textos potencialmente normativos), se desarrolla una doctrina que presenta la materia textual ordinamental de manera sistemática, completa y explicativa.

Si utilizamos una imagen plástica de este fenómeno, que resalte inmediatamente a la vista, podemos decir que, junto a la biblioteca que agrupa en sus estantes los textos ordinamentales, tenemos otra biblioteca que acumula los textos que explican, sistematizan y completan los textos ordinamentales.

En la primera biblioteca tenemos, p.ej., el Código civil y las leyes civiles especiales, en la segunda tenemos los comentarios a dicho Código y a dichas leyes, así como los tratados, manuales y monografías que prestan orden sistemático y tratamiento completo (sin lagunas, sin contradicciones, etc.) a los textos de esos cuerpos legales. Tenemos, asimismo en la primera biblioteca, el Código penal y las leyes penales especiales, y en la segunda, los comentarios, tratados, manuales y monografías que explican y sistematizan esos textos legales.

Cada disciplina jurídica ordena, sistematiza, completa, pule, interpreta, conceptualiza una parte del ordenamiento jurídico. El conjunto de las disciplinas jurídicas, así consideradas formando esa amplia biblioteca (mucho más amplia que la que forman los textos ordinamentales), es lo que suele denominarse Ciencia del Derecho, que personalmente prefiero denominar “Ciencia de los juristas”<sup>30</sup>, y que también recibe otros nombres, como Dogmática jurídica, Doctrina jurídica y Jurisprudencia<sup>31</sup>.

---

cepto no-positivista de los derechos fundamentales. Teoría de los principios, derechos fundamentales y moral”, en: MARÍA ELÓSEGUI ITXASO (Coord.), *Los principios y la interpretación de los derechos fundamentales*. Fundación Giménez Abad & Marcial Pons. Zaragoza, 2016:47 y ss. Sobre el procedimiento de incorporación de los principios jurídicos al Derecho de la UE puede consultarse: GREGORIO ROBLES, “La influencia de los principios generales del Derecho en el ordenamiento jurídico de la Unión Europea y la importancia de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia”, en: JERÓNIMO MAILLO GONZÁLEZ-ORÚS & BELÉN BECERRIL ATIENZA (Coords.), *Tratado de Derecho y Políticas de la Unión Europea. Tomo IV. Las fuentes y principios del Derecho de la Unión Europea*. Ed. Aranzadi. Navarra, 2011:345 y ss.

<sup>30</sup> Al igual que la Física o Ciencia física es lo que hacen los físicos y la Ciencia matemática, lo que hacen los matemáticos, la Ciencia del Derecho es lo que hacen los juristas. Es habitual discutir e incluso negar el carácter científico de esta última. Pero no es posible dudar de que la Ciencia de los juristas es lo que hacen los juristas y, además, la única manera de conocer el Derecho positivo. Otra cosa es el debate sobre si se trata o no de una “verdadera” Ciencia. Dependerá obviamente del modelo de Ciencia que se maneje.

<sup>31</sup> Véase G. ROBLES, *Teoría del Derecho, op.cit.*, cap. 1 (“La Dogmática jurídica”).

La Dogmática jurídica o Ciencia de los juristas es una disciplina hermenéutico-analítica cuya función básica es presentar en sistema elaborado el material textual del ordenamiento, de tal modo que este material adquiera orden, coherencia y claridad en todos sus extremos. El conjunto de los libros y escritos doctrinales que reflejan un ordenamiento jurídico lo hemos llamado “sistema didáctico-expositivo”. En él cada autor hace sus propuestas de cómo deben entenderse los textos ordinamentales para ser aplicados a los casos.

El sistema didáctico-expositivo —que aparece en esa segunda biblioteca, desbordante en amplitud a la de los textos del ordenamiento jurídico— es el resultado de una obra colectiva: la realizada por los juristas dogmáticos (o científicos del Derecho). Ahora bien, como fácilmente puede comprenderse, no existe unanimidad de criterios ni de interpretaciones entre los diversos autores, sino que, por el contrario, lo usual es encontrar posturas muy variadas, y en ocasiones contrapuestas, en la manera de concebir un mismo problema, como puede ser la interpretación de un precepto legal o la aplicación de un concepto jurídico.

Los diversos autores hacen *propuestas* de construcción hermenéutica de acuerdo con los criterios que estiman idóneos y con sus propias concepciones del Derecho. Lo que piensa un civilista no lo comparte otro; la interpretación que un administrativista adscribe a una palabra que aparece en un texto legal es contradictoria con la que le otorga otro administrativista; lo que entiende un procesalista al explicar un concepto del Derecho procesal no es compartido por otros. Las propuestas son resultados en gran parte de las decisiones adoptadas por los autores. Aunque es cierto que el debate interno a la Dogmática se da dentro de unos cauces, no lo es menos que el acuerdo brilla por su ausencia, y mucho más la unanimidad. Lo que caracteriza, en este aspecto, a la Ciencia de los juristas es la disparidad y la variedad de posiciones doctrinales.

Cada posición doctrinal, realizada por un autor determinado, es una propuesta. Todo jurista, al escribir un manual o una monografía sobre una parcela del Derecho vigente, aspira a que sus opiniones salgan vencedoras sobre las de sus adversarios doctrinales. Lo que encontramos en los libros de Derecho (como, p. ej., en un tratado de Derecho civil o de Derecho penal) son meras propuestas porque, para transformarse en Derecho vivo o vigente, necesitan ser incorporadas al ordenamiento jurídico, bien en las leyes, bien en la jurisprudencia de los tribunales, bien de alguna otra manera equivalente.

Cada propuesta doctrinal es el resultado de una decisión, a la que podemos llamar “*decisión de propuesta*”, o “*decisión de proponer*” tal o cual doctrina, tal o cual interpretación, tal o cual solución.

El jurista se enfrenta ante el problema de cómo interpretar un determinado texto legal. Partiendo de los conocimientos que ha adquirido desde que

fue alumno de la Facultad de Derecho, razona de un modo o de otro y llega a una conclusión. Los presupuestos de los que parte, sus razonamientos y su conclusión los pone por escrito en su tratado, en su manual, en su monografía. ¿Qué busca con ello? Obviamente, lo que intenta es que las autoridades competentes incorporen su propuesta al Derecho vigente. Puede tener éxito en la empresa, o puede que no. También es posible que no tenga éxito en el presente, pero sí en el futuro. O puede suceder que no lo tenga nunca, al no aceptarse jamás sus tesis por parte de una autoridad jurídica. Él se limita a exponer su postura y se esfuerza en razonarla siguiendo determinados criterios, los criterios admitidos como propios del razonamiento jurídico. Detrás de su propuesta hay siempre una decisión, una *decisión doctrinal*; por eso, de entre las varias posibilidades que el texto legal le ofrece, se queda con una, la que le parece más adecuada, justa, conveniente o funcional.

La Ciencia de los juristas no es descriptiva sino *propositiva*. Propositiva, no en el sentido en que se emplea esta palabra en el lenguaje empresarial como sinónimo de actitud activa y favorable a los valores de diverso tipo que promueve una determinada empresa, sino en el sentido de “proponente”, esto es, que propone o hace propuestas para que las autoridades competentes las incorporen al ordenamiento jurídico.

Toda propuesta supone una decisión a favor de la misma, una decisión razonada, de acuerdo con los criterios que, en opinión de su expositor, son los propios del ordenamiento jurídico de referencia. Pensar que en la Ciencia en general, en cualquier Ciencia, no se producen decisiones, es un prejuicio propio del descriptivismo positivista. En la Dogmática jurídica la realidad decisional se percibe muy claramente, si comparamos las posturas de unos autores con las de otros.

## **7. DECISIONES JURÍDICAS PRODUCTORAS DE TEXTOS NORMATIVOS (DECISIONES JURÍDICAS SISTÉMICAS)**

Las autoridades jurídicas —sobre todo, los tribunales de justicia— se encuentran, para resolver los casos, con los textos ordinamentales, así como con los textos del sistema didáctico-expositivo. O sea, con las dos bibliotecas mencionadas. Nadie duda de que dichas autoridades han de aplicar la ley. Pero tampoco se pone en cuestión el hecho de que las leyes plantean a su vez muchas cuestiones interpretativas. Para resolver las dudas las autoridades se sirven, por medio de los letrados a su servicio o directamente por ellas mismas, de la doctrina de los autores. Como ésta suele ser variada, lo usual es que se confíen a las opiniones expresadas mayoritariamente.

Si la opinión de los autores sobre cómo interpretar un texto ordinamental es unánime, es casi seguro que los tribunales se atenderán a esa doctrina. Si

no es unánime, pero sí mayoritaria, o sea, doctrina dominante, probablemente sucederá lo mismo. En todo caso, es muy probable que se guíen por las opiniones de los juristas de mayor prestigio. Sea de una forma o sea de otra, los tribunales se apoyan casi siempre en la doctrina jurídica elaborada por la Ciencia de los juristas, por la Dogmática. Toman, en definitiva, alguna de las propuestas para incorporarla a sus propias decisiones. En otras palabras: hacen que triunfe una de las propuestas doctrinales en liza. Así sucede que la propuesta cambia de status: de ser una propuesta doctrinal pasa a ser “jurisprudencia”. Con otro nombre, “doctrina jurisprudencial”.

En este proceso comunicacional que se da entre el legislador, el jurista (dogmático) y las autoridades, tenemos las claves para entender cómo se forja el sistema jurídico propiamente dicho, o sistema jurídico en sentido estricto, al que para abreviar designamos como SIS. Del ORD se pasa al SIS a través de un complejo fenómeno de actos comunicacionales cuyos protagonistas son los actores señalados.

El sistema jurídico (SIS) está formado por el conjunto de propuestas doctrinales que tienen éxito al incorporarse a las decisiones de las autoridades. Son éstas las que dan el “visto bueno” a las propuestas de los autores; y lo hacen a través de sus decisiones. Las autoridades, en su función cotidiana, van decidiendo caso a caso si admiten o no estas o aquellas propuestas doctrinales. Cuando se encuentran con que la doctrina de los autores no proporciona ninguna propuesta, o bien que las que hay formuladas no son convincentes, entonces no les queda otro remedio que decidir por sus propios medios una respuesta a la cuestión planteada. En cualquier caso, siempre han de decidir qué contenidos concretos hay que adscribir a los textos ordinamentales; dicho de otro modo: han de decidir la formulación de las normas jurídicas para los casos contemplados.

El sistema jurídico (SIS) está formado, en consecuencia, por el conjunto de textos doctrinales que han recibido el “espaldarazo” o “conformidad” por parte de las autoridades jurídicas, especialmente de los tribunales de justicia, así como por los textos que esas autoridades deciden incorporar por su propia cuenta. Proceden así por medio de decisiones, a las que denominamos decisiones jurídicas *sistémicas*, ya que son estas decisiones las que, tomadas en su conjunto, generan el sistema jurídico en sentido estricto (SIS).

Tenemos, pues, la dualidad ordenamiento (ORD) / sistema (SIS), con un intermediario “inteligente”, que es el sistema didáctico-expositivo, generado por la Dogmática jurídica. Se manifiesta así claramente la función comunicacional de la Dogmática jurídica: actuar de agencia comunicacional intermediaria entre los textos ordinamentales y los textos sistémicos, entre el ordenamiento y el sistema; y esto lo hace de la única manera posible: generando los textos doctrinales que, después, las autoridades incorporan al sistema jurídico en sentido propio (SIS).

En la práctica diaria de los jueces es usual que estos, para resolver el caso, no tengan tiempo para consultar la doctrina (y probablemente, ni siquiera ganas), y acuden directamente, por un lado, a las alegaciones de los abogados de las partes del proceso y, por otro, a la base de datos informática de que dispongan en busca de un precedente parecido y, una vez encontrado, apliquen análoga solución con los matices que la prudencia les aconseje. Este modo de proceder no supone en modo alguno la irrelevancia de la doctrina, sino tan sólo el acortamiento del procedimiento. Un estudio detenido de las decisiones judiciales sobre casos similares al planteado nos llevaría con casi total seguridad a un punto de partida, y en ese punto de partida jurisprudencial se encontrarían las claves de las decisiones posteriores. Con un poco de perspicacia podríamos encontrar asimismo las bases doctrinales sobre las que se apoyó la decisión original, así como las sucesivas decisiones<sup>32</sup>. El hecho de que los “procedimientos acortados” en la elaboración de sentencias sean usuales e incluso necesarios, no significa que la Teoría del Derecho tenga que centrarse en ellos exclusivamente. Más bien parece que su verdadero cometido es ir más allá de la apariencia, tratando de desentrañar el conjunto de aspectos que intervienen, directa o indirectamente, en los procesos comunicacionales de decisión. La práctica, como sucede en todos los terrenos de la vida, acorta y tira por el camino más cómodo.

---

<sup>32</sup> Este párrafo lo he añadido por inspiración del comentario del profesor Pablo Lucas, Magistrado del Tribunal Supremo en su Sala Tercera de lo contencioso-administrativo, quien destacó que en la práctica diaria de los jueces estos, para resolver los casos, acuden regularmente a estos tres elementos: 1. Los principios jurídicos. 2. Los precedentes judiciales. 3. La prudencia. Parece que así se excluye la relevancia de la doctrina científica. Sin embargo, los principios han sido normalmente objeto de elaboración doctrinal (hay que desconfiar de los principios “moralmente intuitivos”). Los precedentes judiciales tampoco escapan a ese origen, como subrayo en el texto. Por último, la prudencia es una virtud que se espera de los jueces, pero que no siempre se ejerce. En una línea similar se expresó el profesor Nieto, invocando para ello al juez estadounidense Benjamin Cardozo (1870-1938). La obra teórica de Cardozo se centra en un análisis introspectivo sobre cómo decide él mismo el contenido y fallo de las sentencias; constituye una reflexión sobre el hacer judicial —y más en concreto, sobre “su” hacer judicial— en un contexto determinado: el del ámbito jurídico de los EEUU a comienzos del siglo XX; no extensible por tanto a otros ámbitos jurídicos del pasado o del presente. Además de estas consideraciones hay que tener en cuenta otra no menor, que es la siguiente: la perspectiva teórica global como tarea de la Teoría del Derecho intenta ir más allá de las experiencias particulares, por más que estas puedan ser enriquecedoras para el análisis de conjunto. Posteriormente (24 de febrero), el prof. Lucas me ha enviado un mensaje por correo electrónico en el que dice lo siguiente: “Las únicas observaciones que puedo hacerte a propósito de los pasos que damos a la hora de establecer la solución de un litigio son las siguientes. Recurrimos a los principios en los casos en que el ordenamiento no nos ofrece una regla clara para resolverlo. Cuando hay disposición aplicable y no entra en contradicción con otra ni suscita dudas, entonces nos limitamos a extraer de ella las consecuencias. Los principios entran en juego cuando no hay claridad respecto de o en la regulación aplicable. Nos atenemos a la jurisprudencia siempre que existe sobre el problema planteado para hacer efectiva la igualdad en la aplicación de la Ley y la seguridad jurídica. Podemos cambiarla justificando las razones que nos llevan a hacerlo pero esto sucede de manera muy gradual y con el transcurso del tiempo. Más fácil es buscar en el caso diferencias que permitan eludir la aplicación de la jurisprudencia consolidada cuando observarla conduzca a situaciones injustas. En este sentido, se debe subrayar que, antes de operar jurídicamente, es fundamental conocer muy bien los hechos y los términos en que argumentan las partes. A menudo, esos hechos llevan casi por sí mismos a la respuesta que hay que dar. En fin, las posiciones de las partes limitan en muchas ocasiones las opciones del juzgador: por lo que piden o no piden y por cómo argumentan sus pretensiones”. Téngase en cuenta que está hablando un magistrado de lo contencioso-administrativo. Si fuera de la Sala Segunda (Penal) probablemente pondría el acento en otros aspectos, p.ej., más en la tipificación que en los principios.

Pero el enfoque teórico de los problemas no puede quedarse en ello, sino que ha de proporcionar las claves de dichos procesos de decisión. Además, la Teoría del Derecho no puede quedarse en cómo opera un determinado juez o tribunal, y ni siquiera en lo que pueda ser habitual en un ámbito jurídico concreto. Su perspectiva ha de ser la más amplia posible.

## **8. DECISIONES JURÍDICAS PRODUCTORAS DE TEXTOS JURÍDICOS QUE NO FORMAN PARTE NI DEL ORDENAMIENTO NI DEL SISTEMA (DECISIONES JURÍDICAS *EXTRA-ORDINAMENTALES* Y, A LA VEZ, *EXTRA-SISTÉMICAS*)**

Un cuarto grupo de decisiones lo constituyen aquellas decisiones que no generan textos jurídicos pertenecientes al ordenamiento ni al sistema en ninguna de sus dos modalidades: sistema didáctico-expositivo y sistema jurídico en sentido estricto (SIS). Ejemplos: una demanda presentada en un juzgado, un dictamen de un abogado, los debates parlamentarios que han precedido a la aplicación de una ley, un documento que actúa como prueba en un proceso, etc. Todos estos son textos jurídicos escritos (aunque originariamente hayan sido manifestados oralmente), y no son textos ordinamentales, ni tampoco sistémicos. No son preceptos del ordenamiento, ni propuestas doctrinales, ni normas jurídicas pertenecientes al sistema jurídico (SIS). Pero sí son textos *jurídicos*, ya que pertenecen al ámbito (AMB).

La Teoría del Derecho se ha desentendido de este tipo de textos, y ha centrado su atención sobre todo en los textos ordinamentales, en el ordenamiento jurídico. La TCD, precisamente por pertenecer dichos textos al ámbito jurídico, los incorpora a su investigación.

Esta es una diferencia notable entre la TCD y las demás concepciones de la Teoría del Derecho (o Teoría general del Derecho). Mientras que el modelo dominante de esta disciplina se centra en el ordenamiento jurídico, hasta el punto de hacer de ella una teoría del ordenamiento<sup>33</sup>, la TCD amplía notablemente el campo al introducir el concepto abarcador de ámbito jurídico (AMB), dentro del cual se comprende al ordenamiento (ORD), al sistema didáctico-expositivo de la Dogmática, al sistema jurídico en sentido estricto (SIS), a los actos, situaciones, relaciones jurídicas y cualquier otro elemento con significado para el Derecho.

---

<sup>33</sup> Tal es el caso de HANS KELSEN, *Teoría pura del Derecho (Introducción a los problemas de la Ciencia jurídica)* [Primera edición de 1934]. Traducción a cargo de Gregorio Robles y Félix F. Sánchez. Presentación de Gregorio Robles. Editorial Trotta. Madrid, 2011. También de NORBERTO BOBBIO, *Teoría General del Derecho*. Traducción de Eduardo Rozo Acuña. Editorial Themis, Bogotá – Colombia, 1987.

## 9. DECISIONES JURÍDICAS QUE NO SE MANIFIESTAN EN EXPRESIONES LINGÜÍSTICAS EXPLÍCITAS (DECISIONES JURÍDICAS TÁCITAS O IMPLÍCITAS)

Por último, hay que considerar aquellas decisiones que se concretan en actos o en omisiones que, como tales, no se expresan directamente por medio de expresiones lingüísticas. Ejemplos: una manifestación sindical por las calles de la ciudad; el pago de una deuda; un asesinato; la omisión de socorro a la víctima de un atropello en la carretera. En el primer ejemplo, un grupo de individuos decide participar en la citada manifestación; en el segundo, una persona decide pagar su deuda; en el tercero, un individuo decide acabar con la vida de otro usando para ello los efectos del veneno; en el cuarto, alguien decide no socorrer a quien, víctima de un atropello, se desangra en la carretera.

Es evidente que estamos ante actos u omisiones jurídicas, ya que su significado se obtiene “leyendo” el acontecimiento respectivo desde el marco hermenéutico que conforman la dualidad ordenamiento/sistema (ORD/SIS). Esos actos y omisiones son resultado de las decisiones correspondientes que adoptan los individuos en una situación dada. La decisión que precede a una acción u omisión forma parte también del ámbito jurídico (AMB), habida cuenta de que el sentido de tales actos y omisiones sólo se puede hallar a partir de “leer” e interpretar los movimientos (en el caso de los actos) y la ausencia de movimientos (en el caso de las omisiones) desde el prisma de la dualidad ordenamiento/sistema (ORD/SIS). De ese modo es posible traducir la acción en texto, al desvelar el significado del movimiento ejecutado por el agente, e igualmente la omisión se traduce en texto, también al descubrir el sentido de la ausencia de movimiento.

Manejamos aquí, como ya hemos estudiado en otros lugares, un concepto hermenéutico-analítico de acción y de omisión, lo que permite contemplar esos conceptos como textos. No se manifiestan directamente en actos de lenguaje explícitos, pero, al ser incorporados al ámbito jurídico, son percibidos de inmediato como actos y omisiones jurídicas en razón de su sentido o significado.

## 10. CONCLUSIONES

La exposición anterior evidencia una realidad en el Derecho, que no es otra que la *omnipresencia* de las decisiones. Hay decisiones en los momentos de creación del ordenamiento jurídico; las hay también cuando se ordena interpretativamente el material ordinamental para presentarlo en el sistema didáctico-expositivo, haciendo las correspondientes propuestas; nuevamente las hay cuando las autoridades jurídicas (p.ej., los tribunales de justicia) seleccionan, de entre las propuestas doctrinales, aquellas que les parezcan pertinentes al asunto que contemplan o al caso que tienen que resolver; las hay así-

mismo en el momento de configurar y presentar un escrito que no pertenece al ordenamiento ni al sistema en cualquiera de las dos modalidades, pero que tiene efectos jurídicos; por último, las hay en los actos y omisiones que se producen dentro del ámbito jurídico.

Esta manera de contemplar el concepto de decisión jurídica y sus manifestaciones contrasta elocuentemente con lo que es usual en la Filosofía y la Teoría del Derecho: tradicionalmente se ha reducido el concepto de decisión jurídica, limitándolo a las decisiones de las autoridades que aplican las normas de carácter general (leyes, reglamentos, etc.) a situaciones concretas, y especialmente se le suele reducir a las decisiones judiciales. Se ha equiparado el concepto de decisión jurídica con el de decisión sobre lo concreto y por lo general con decisión que resuelve un litigio, esto es, con la decisión judicial.

En la TCD el tratamiento de las decisiones jurídicas se amplía enormemente, pues se manifiesta en todos los procesos comunicacionales. No podía ser de otro modo, pues todos los procesos de comunicación conllevan necesariamente actos de decisión. La decisión jurídica es un concepto tan central en el Derecho que la Teoría jurídica podría hacer de él la piedra angular de todas sus construcciones (al igual que puede construirse una Teoría del Derecho, y por consiguiente también una TCD, tomando como punto de partida el concepto de norma jurídica o el concepto de institución jurídica). La TCD tiene la virtualidad de conjuntar las tres dimensiones<sup>34</sup> de una manera armónica. Estas no son excluyentes<sup>35</sup> sino que representan aspectos distintos de una misma realidad que se adopta como punto de partida de la investigación. Dicha realidad es el lenguaje de los juristas.

---

<sup>34</sup> Por esta razón, Diego Medina Morales la califica de “teoría tridimensionista”, a diferencia de las denominadas “teorías tridimensionales”. Estas se basan en la confluencia entre hecho, valor y norma, en un alarde mixtificador de perspectivas. La TCD, por el contrario, aplica el mismo método (hermenéutico-analítico) al lenguaje de los juristas en sus tres dimensiones: sintáctica, semántica y pragmática. Véase DIEGO MEDINA MORALES (Coord.), *La Teoría Comunicacional del Derecho a examen*. Introducción de Gregorio Robles Morchón. Editorial Civitas (Thomson Reuters), Navarra, 2017. Este volumen integra los siguientes trabajos: DIEGO MEDINA MORALES, “Comunicación y Derecho. Trascendencia de una Teoría”; JOSÉ J. ALBERT MÁRQUEZ, “Las reglas del Derecho y las reglas de los Juegos. Del análisis del lenguaje de los juristas a la Teoría Comunicacional del Derecho en la obra de Gregorio Robles”; ADOLFO SÁNCHEZ HIDALGO, “Los derechos fundamentales en la Teoría Comunicacional del Derecho”; y ANGELO ANZALONE, “El pretendido concepto universal de derecho subjetivo en la Teoría Comunicacional del Derecho”.

<sup>35</sup> A diferencia de la tesis presentada por CARL SCHMITT en su opúsculo *Über die drei Arten des rechtswissenschaftlichen Denkens* (1934) (“Sobre las tres especies de pensamiento científico-jurídico”). Hay versión española: CARL SCHMITT, *Sobre los tres modos de pensar la ciencia jurídica*. Estudio preliminar, traducción y notas de Montserrat Herrero. Editorial Tecnos, Madrid 1996. Schmitt sostiene que existen tres especies posibles de pensamiento jurídico: el normativista, el decisionista y el institucionalista (o del orden concreto). Estas tres especies se repelen recíprocamente, son excluyentes unas de otras. La TCD, por el contrario, las combina y armoniza, sin mezclarlas en los tres niveles de investigación del lenguaje de los juristas: sintaxis (Teoría formal del Derecho, semántica (Teoría de la Dogmática jurídica) y pragmática (Teoría de las decisiones jurídicas).

El panorama decisional se amplía de tal manera que, con él, se abre la puerta a la investigación de los numerosos *protagonistas* que intervienen en los procesos de comunicación jurídica en una sociedad avanzada. Lejos de reducir dichos protagonistas al poder legislativo, no sólo se tienen en cuenta los protagonistas de la administración pública y los del poder judicial, sino asimismo los agentes que intervienen en los diversos procesos comunicacionales empujando por el poder constituyente —al que la Teoría del Derecho tradicionalmente suele considerar como “extrajurídico”— y siguiendo por los que están en la “pelea diaria” del Derecho: abogados, fiscales, juristas asesores, notarios, registradores, etc., así como los propios individuos que actúan como destinatarios y como usuarios de los textos jurídicos. El panorama de la TCD se amplía considerablemente en cuanto a su campo explicativo, si la comparamos con otras concepciones generales del Derecho.

El término “decisión” suele tener un matiz peyorativo pues, al ir vinculado a la “voluntad” (se decide lo que uno *quiere* decidir), conlleva una cierta sospecha de irracionalidad. Esto es lo que podemos denominar “prejuicio anti-decisional” o “anti-decisionista”.

Ahora bien, una decisión puede ser racional o irracional; o mejor: razonable o irrazonable. Pero esto mismo es aplicable a una norma, o a un acto. Que la voluntad intervenga en la decisión no conduce necesariamente a la “irrazonabilidad”. Precisamente lo que es justo o injusto, equitativo o inequitativo, es una condición que se aplica de modo natural y directo a las decisiones y, consecuentemente, a lo que ellas producen como, por ejemplo, las normas.

Hemos visto en este trabajo cómo las decisiones aparecen en todos los momentos de los procesos que se generan dentro del ámbito jurídico (AMB). Esto hay que tenerlo siempre presente, pues ayuda a comprender que el Derecho no puede equipararse al ordenamiento, ni al sistema, ni siquiera a la conjunción de ambos. El ámbito jurídico abarca todos los actos y procesos comunicacionales que se generan en relación con la dualidad ORD/SIS.

Así, por ejemplo, es habitual la tesis de que la decisión constituyente es una decisión extra-ordinamental; lo cual, ciertamente, es correcto, ya que dicha decisión genera el primer texto ordinamental: la constitución. De ahí, sin embargo, la doctrina deriva una afirmación que es falsa: se deriva la idea de que la decisión constituyente es “extrajurídica”. Esa tesis sólo se mantiene si se equipara al Derecho con el ordenamiento jurídico. Por el contrario, si se adopta el concepto de ámbito jurídico, la decisión constituyente es también una decisión *jurídica*, puesto que es una decisión que pertenece al ámbito jurídico. Adquiere su sentido en relación con ORD/SIS y pertenece por eso al ámbito (AMB).

El análisis propio de la TCD permite además comprender que la realidad del Derecho no puede equipararse a la del ordenamiento jurídico, mucho

menos a las leyes —como proclamó el llamado positivismo legalista. La realidad del Derecho es mucho más compleja y conlleva la actuación de múltiples protagonistas. De esta complejidad, en todas sus dimensiones, pretende hacerse cargo la Teoría comunicacional del Derecho. Sin embargo, esta se manifiesta siempre con una limitación: la TCD se propone representar tan sólo el punto de vista de los juristas, el punto de vista *interno*<sup>36</sup>. Otros enfoques — el sociológico<sup>37</sup>, el psicológico, el económico<sup>38</sup>, el antropológico<sup>39</sup>, el político<sup>40</sup>,

---

<sup>36</sup> El punto de vista interno puede dirigirse tan sólo a un ámbito jurídico considerado en abstracto, esto es, en una perspectiva meramente teórica; o bien puede ser puesto en contacto con el Derecho Compara- do. Tal sugiere el profesor Helio Carpintero al invocar las modalidades decisionales que predominan en el modelo continental del Derecho europeo en contraste con el modelo del *common law*. La objeción es certera, en cuanto que no hay una teoría de las fuentes (decisiones) jurídicas que sea uniforme para todos los ámbitos jurídicos que existen o han existido. A este aspecto hay que aplicar el principio de relatividad que sostiene la TCD: cada ordenamiento jurídico es producto de sus propias “fuentes”, que pueden ser equivalentes a las de otros ordenamientos, pero que también admite otros modelos.

<sup>37</sup> El profesor Julio Iglesias de Ussel echa de menos en el análisis de este trabajo el engarce con los hechos. Se trata sin duda de una limitación autoimpuesta. Los hechos —supongo que se refiere a los hechos psíquicos y, sobre todo, sociales— quedan para la investigación de sendas disciplinas poseedoras de su propia tradición: la Psicología jurídica y la Sociología del Derecho. La TCD no es ni Psicología, ni Sociología; y reconoce la plena legitimidad de los campos y los métodos de ambas. La primera adopta el punto de vista externo del psicólogo, y la segunda el punto de vista también externo del sociólogo. La TCD intenta tan sólo ponerse en la perspectiva típica del jurista, como tal jurista.

<sup>38</sup> Mis continuas “desavenencias teóricas” con el profesor Pedro Schwartz, con el que por otra parte me une una buena amistad, tienen su raíz en que me echa en cara que no hago Análisis económico del Derecho. Le doy toda la razón en que no hago tal Análisis, que por otra parte aprecio mucho. Me limito a hacer Teoría del Derecho, tal como la entiendo: como TCD. Para hacer Análisis económico del Derecho supongo que hay que ser economista, cosa que yo —para bien y para mal— no soy. Me echa en cara el ser “formalista”, lo que para un jurista constituye más bien una alabanza. Dice que reduzco todo el Derecho a lenguaje. No es así, simplemente tomo el lenguaje de los juristas como punto de partida para el análisis dentro de una concepción *comunicacional*. Es la perspectiva adoptada. Me critica que no tengo en cuenta las consecuencias. Cómo no: las consecuencias forman parte de lo que *deben* considerar los legisladores, los administradores, los jueces, y todo aquel que toma una decisión. Normalmente su sede natural será la deliberación que debe preceder a la decisión: en ella se sopesan las posibles o previsibles consecuencias de las decisiones que se pretenden adoptar. La ponderación de las consecuencias es un aspecto importante de la reflexión que *debe* preceder a la decisión. En ello tiene mucho que decir el Análisis económico del Derecho, porque permite analizar la decisión en términos de probables costos y beneficios sociales (o socio-económicos). Un legislador prudente, a la hora de aprobar una ley, considerará sus posibles consecuencias en la realidad social, su impacto sobre la economía, la familia, o cualquier otro aspecto. Solicitará probablemente informes técnicos que le proporcionen algo de claridad sobre la situación social de referencia y sobre el posible efecto de una ley que adopte estas o aquellas medidas. La experiencia demuestra, sin embargo, que muchas leyes son auténticos “disparos en la oscuridad”, dirigidos más por intuiciones o “corazonadas” que por conocimientos fundamentados en una seria investigación de la realidad social.

<sup>39</sup> El profesor Carmelo Lisón Tolosana me sugiere una reflexión antropológica sobre la necesidad de tener en cuenta el trasfondo de ideologías, creencias y culturas que subyacen a todos los procesos decisionales en el Derecho. Sin ninguna duda esto es así; pero su investigación pertenece al campo de la Antropología jurídica.

<sup>40</sup> Aquí viene a propósito la relación entre las decisiones políticas y las decisiones jurídicas, cuestión que me suscita un comentario del profesor Dalmacio Negro. Merece la cuestión un estudio detenido. Ahora puedo decir que el ámbito de la política no coincide necesariamente con el del Derecho; si bien en un Estado de Derecho todas las decisiones políticas se adoptan por los cauces que el Derecho establece. Bien es verdad que se dan decisiones que pueden ser consideradas políticas que se extralimitan del marco jurídico o,

el ético<sup>41</sup>— son perfectamente legítimos, pero representan puntos de vista *externos*.

La separación de planos epistemológicos y metodológicos constituye un rasgo esencial de la TCD. No sólo se distingue la TCD de las posiciones externas, sino que también reclama la necesidad de distinguir los tres planos o niveles que la conforman (el sintáctico, el semántico y el pragmático).

De esta manera, al entablar un debate, lo primero que es preciso definir es el plano en que dicho debate ha de tener lugar. Así, p.ej., si se discute sobre los caracteres de los derechos subjetivos, habrá que delimitar el plano de discusión, estableciendo si nos situamos en la perspectiva interna, propia del jurista, o en la del sociólogo, o la del economista. Y, si adoptamos la perspectiva del jurista, deberemos indicar además si nos movemos en el plano de la Teoría formal, en el de la Teoría de la Dogmática jurídica, o en el de las Decisiones jurídicas<sup>42</sup>.

---

para ser más exactos, no se ajustan a lo exigido por las normas del Derecho. Pero cuando esto sucede las normas del Derecho suelen tener prevista la respuesta.

<sup>41</sup> El profesor Ramón Tamames observa una deficiencia: la ausencia de un tratamiento de los contenidos morales de las decisiones jurídicas. Estoy de acuerdo: en este trabajo tan sólo se estudian los diversos tipos de decisiones jurídicas. Otros aspectos quedan fuera de consideración. Se sitúa el estudio en lo que se puede denominar Teoría formal de las decisiones jurídicas. Ello no es óbice para que la TCD introduzca, en una exposición más completa, lo que puede llamarse una Teoría material de las decisiones jurídicas, o sea, una Teoría de la Justicia. Ahora bien, el estatuto epistemológico que haya que otorgarse a dicha Teoría material será probablemente diferente al propio de la Teoría formal de las decisiones jurídicas.

<sup>42</sup> Sobre esta diferenciación de planos, dentro de la TCD, me he explicado algo detenidamente en GREGORIO ROBLES, *Teoría del Derecho. Fundamentos de Teoría Comunicacional del Derecho. Volumen I*, 6ª ed. (2015), cit.:637 y ss.: "Los derechos subjetivos y las tres perspectivas de la Teoría Comunicacional del Derecho". Y también en el terreno sociológico en GREGORIO ROBLES, *Sociología del Derecho*. 2ª ed. Civitas. Madrid 1997:115 y ss. La Sociología jurídica también puede organizarse en tres niveles, paralelos a los propios de la TCD: Sociología formal del Derecho, Sociología de las Instituciones Jurídicas, y Sociología de las Decisiones jurídicas.

