

**LEGITIMIDAD Y VALIDEZ EN EL SISTEMA JURÍDICO.
SOBRE EL SISTEMA Y LA NORMA EN LA TEORÍA
COMUNICACIONAL DEL DERECHO**

***LEGITIMACY AND VALIDITY IN THE LEGAL SYSTEM.
ON THE SYSTEM AND THE NORM IN THE
COMMUNICATIONAL THEORY OF LAW***

DONALD EMERSON BELLO HUTT *

Resumen

El artículo analiza los conceptos de ámbito, ordenamiento, sistema y norma en la Teoría Comunicacional del Derecho. En él sostendré que, en su estado actual, el rol que dicha teoría le asigna a la ciencia del derecho no da cuenta del problema de las relaciones entre legitimidad y validez de las normas jurídicas y que, en consecuencia, dada su calidad de teoría en construcción, debiera eventualmente pronunciarse sobre el particular. La primera parte del ensayo es descriptiva de los conceptos señalados, en tanto que el “argumento democrático” se desarrolla en una primera fase que, con Habermas, pretende mostrar la necesidad de anclar validez jurídica en legitimidad democrática y, una segunda, que, con Böckenförde fundamenta la imposibilidad de la ciencia del derecho de reclamar un papel normativo en la construcción de la norma jurídica. Finalizo con algunas conclusiones.

* Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales por la Universidad Austral de Chile, Máster en Estudios Avanzados de Filosofía por las Universidades de Valladolid y Salamanca, actualmente Doctorando por el programa de Doctorado en Filosofía del Departamento de Filosofía de la Facultad de Filosofía y Letras de la Universidad de Valladolid.

Palabras claves

Ordenamiento, sistema, norma, teoría comunicacional, legitimidad

Abstract

The essay analyses the concepts of ambit, legal order, legal system and norm in the Communicational Theory of Law. Under the title of "democratic argument" I maintain that, at its current state, the role that this theory assigns to legal science does not take notice of the problem related to the relations between legitimacy and validity of legal norms and, therefore, being a theory under construction, it should worry about the issue in the future. The first part of the article describes the named concepts, whereas the "democratic argument" is developed in two stages: the first that, with Habermas, pretends to show the necessity of anchoring legal validity in democratic legitimacy and a second one, that justifies, with Böckenförde, the impossibility of legal science of claiming a normative role in the construction of the legal norm. I finish with some conclusions.

Keywords

Legal order, legal system, norm, communicational theory, legitimacy

1. De los conceptos fundamentales de la teoría comunicacional del derecho: derecho, ordenamiento y ámbito jurídico¹

Teniendo como telón de fondo las dos afirmaciones respectivas de Recasens Siches, quien decía que el derecho es "vida humana

1. Previo a comenzar con la exposición de los conceptos fundamentales de la teoría comunicacional del derecho, y debido a que constituye una obra desconocida en Chile, debemos partir con una prevención. Las cuestiones que a continuación expondremos, constituyen una visión crítica a quizás la obra más importante del profesor Gregorio Robles Morchón, por estos días catedrático de Filosofía del Derecho de la Universidad de las Islas Baleares en España. Ésta consiste en una Teoría del Derecho, que a partir de presupuestos filosóficos provenientes de la filosofía del lenguaje y la hermenéutica, intentan dar una explicación coherente y sistemática al fenómeno jurídico. Consientes que esta explicación es insuficiente, no nos queda más que recomendar la lectura de sus obras, algunas de las cuales irán apareciendo en este trabajo. Valga la prevención para dar cuenta de que es posible

objetivizada" y de Legaz Lacambra, quien señalaba que es "forma de vida social", Robles se pregunta "¿cómo es posible esa objetivización de la vida humana, de qué manera aparece la vida social como "forma"?". Su respuesta, iluminadora para comenzar este ensayo, es la que sigue: "el derecho es un fenómeno de comunicación en la convivencia de los seres humanos y cuya natural expresión es el lenguaje"². Este telón de fondo conduce por un camino que se inicia con la pregunta que ya Kant formulara bajo la irónica fórmula de *noch suchen die Juristen eine Definition zu Ihren Begriff vom Recht*. La ironía, como bien apunta Robles, nos persigue hasta los presentes días, y no persigue sólo a los juristas, sino que a cualquiera que se cuestione si tal o cual Constitución, tal o cuál norma, regla o incluso autoridad, le concede o no algún derecho. Bajo esas premisas, no resulta curioso que Hart dedicara su obra más importante e influyente a la búsqueda de un concepto de derecho³ y que, no obstante el esfuerzo, sigamos aún perplejos frente a la pregunta.

La perplejidad descrita lleva a Robles a la convicción de que la voz derecho no es otra cosa, o no designa otra cosa, que un nombre. Derecho es un significante que remite al siguiente significado: "... con el término derecho se designan la multitud de ordenamientos jurídicos posibles. O para ser más exactos (...) la pluralidad de ámbitos jurídicos..."⁴. Se refiere de la misma manera al derecho como "...el conjunto de ámbitos jurídicos, tanto de los que han existido, como de los que existen en la actualidad y de los que existirán en el futuro..."⁵.

que la selección de los conceptos con que construyo este artículo puedan estar erróneamente sesgados, traicionando de este modo al autor de la teoría. Sin embargo, eso debe quedar para la crítica.

2. ROBLES, Gregorio: *Comunicación, lenguaje y derecho. Algunas ideas básicas de la teoría comunicacional del derecho*, Real Academia de las Ciencias Morales y Políticas, Madrid, 2009. Pág. 15.

3. HART, Herbert: *El concepto de derecho*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1962. (Trad. Genaro Carrió).

4. ROBLES, Gregorio: *Comunicación, lenguaje y derecho...* ob. cit. Pág. 19.

5. ROBLES, Gregorio: *Teoría del Derecho. Fundamentos de la Teoría Comunicacional del Derecho*, tercera edición, Civitas, Madrid, 2010. Pág. 503.

La definición antedicha nos deja frente a dos conceptos distintos aunque, según veremos, relacionados entre sí: ordenamiento jurídico y ámbito jurídico. Por *ámbito jurídico* nuestro autor apunta a los “conjuntos de procesos comunicativos que tienen como referencia directa a un ordenamiento jurídico determinado”⁶. La idea de “procesos comunicativos” nos acerca rápidamente a una concepción del ámbito relacionado con el lenguaje y da cuenta de la herencia de la jurisprudencia analítica que se encuentra presente en la teoría comunicacional, y que se percibe a lo largo de todo el entramado que le sustenta. Y es que, no obstante la tradición hermenéutica también enriquece la comprensión de la teoría comunicacional, ésta deja claro desde el principio el carácter textual del derecho y la presencia del lenguaje como fenómeno social inherente a los seres humanos y, por tanto, a las regulaciones que estos mismos establecen entre sí. La teoría del derecho es, entonces, análisis del lenguaje y “... además, del lenguaje de los juristas”⁷. En suma, en la teoría comunicacional el derecho se presenta como texto, como un sistema de signos que recogen la cuestión más elemental de la forma de interacción humana y que es plasmado en la forma de lenguaje prescriptivo con el fin de regular la convivencia humana. Pero, ¿en qué medida estos procesos comunicativos se relacionan con el denominado ordenamiento jurídico? En la historia del derecho las respuestas han ido variando, pero, existe coincidencia por lo general en que un ordenamiento es “... un conjunto de normas e instituciones de determinadas características que están vigentes en una sociedad...”⁸. Si bien dicha idea general admite discrepancias⁹, la idea de un ordenamiento jurídico ha estado fuertemente influenciada por la identificación que Hans Kelsen hiciera entre derecho y conjunto de normas. La Teoría Pura tiene, entre otros, el fin de convencer al lector

6. ROBLES, Gregorio: *Comunicación, lenguaje y derecho*... ob. cit. Pág. 19.

7. ROBLES, Gregorio: *Teoría del Derecho*... ob. cit. Pág. 87.

8. ROBLES, Gregorio: *Comunicación, lenguaje y derecho*... ob. cit. Pág. 19.

9. Ídem.

que ordenamiento y derecho son una misma cosa. La cita al jurista austríaco se hace imperativa en estas líneas y a este respecto:

“... Un “orden” es un sistema de normas cuya unidad ha sido constituida en cuanto todas tienen el mismo fundamento de validez; y el fundamento de validez de un orden normativo es (...) una norma fundante de la cual deriva la validez de todas las normas pertenecientes al orden...”¹⁰.

Sin embargo, en la teoría comunicacional, dicha identificación, no obstante se mantiene en la forma, sufre una serie de modificaciones en el contenido mismo de aquello que integra al ordenamiento. El ordenamiento, según Robles, se define como el “... texto jurídico en bruto en su totalidad, compuesto por textos concretos, los cuales son el resultado de decisiones concretas”¹¹. En consecuencia es un conjunto de textos jurídicos, legales, constitucionales, administrativos y contractuales que se emiten por vía de decisiones y que conforman un grupo de textos “en bruto”, esto es, sin depuración conceptual y que de manera desordenada existen en función de regular la vida en sociedad y estabilizar las expectativas de comportamiento de quienes están sujetos a los mandatos del legislador, administrador o juez o quien tenga la potestad y competencia de generar derecho¹².

Pero, ya que tenemos un criterio para poder identificar al ordenamiento, nos preguntamos: ¿cómo o en qué medida se relaciona el ordenamiento con el ámbito? En primer lugar, vemos que el ordenamiento opera como un punto de referencia. Es decir, el ámbito jurídico se mueve alrededor de unos conceptos que vienen dados por la vía de una *decisión*¹³ y que tienen fuerza normativa y que configuran el

10. KELSEN, Hans: *Teoría Pura del Derecho*, segunda edición, Editorial Porrúa, México D.F., 2009 (Trad. Roberto Vernengo). Págs. 44-45.

11. ROBLES, Gregorio: *Teoría del Derecho*... ob. cit. Pág. 139.

12. BELLO, Donald: *Ordenamiento y sistema: Algunas inquietudes suscitadas por la Teoría Comunicacional del Derecho*, Anuario de la Asociación Cultural “Seminario de Filosofía del Derecho”, Madrid, 2012.

13. El énfasis viene dado por el hecho que la voz *decisión* no está ausente de una carga conceptual que adquiere un desarrollo extenso en la teoría comuni-

texto jurídico en bruto. Es aquí donde aparece un concepto fundamental para los fines de este trabajo: el sistema, al cual abordaremos en el siguiente punto.

Sin perjuicio de lo anterior, y para efectos de una mayor claridad, queremos volver sobre la idea de ámbito, noción central para una correcta comprensión de las relaciones que se producen en el binomio ordenamiento/sistema. Como cuestión primera, sabemos que el ámbito es una categoría más amplia que el ordenamiento y que el sistema, pues los engloba y se construye y modifica a partir de ellos. Los distintos actos que tienen relación con el ordenamiento y el sistema, y que los tiene como referencia, son procesos comunicativos —lingüísticos— cuya actividad cobra sentido dentro de la relación que tengan con un mismo ordenamiento. Esto es lo que podemos denominar práctica jurídica; práctica que si bien tiene como referencia un ordenamiento y un sistema determinado, no forma parte de los mismos. Para entender mejor esto, Robles nos da una serie de ejemplos de situaciones propias del ámbito: la demanda redactada por un abogado, un informe o dictamen en derecho, la información que una agencia inmobiliaria entrega a un cliente sobre un problema en particular relativo a bienes raíces, entre otros¹⁴. Todos estos son ejemplos de categorías que no son integrantes del ordenamiento ni del sistema y que, sin embargo, son parte del fenómeno jurídico dando origen o manifestando una práctica. El ámbito comprende, pues, al ordenamiento y al sistema. No es otra cosa que "... un espacio virtual —comunicativo— que tiene como eje central la dualidad ORD/SIS..."¹⁵.

Para aterrizar más aún este espacio virtual, pensemos en qué sería entonces un ámbito jurídico concreto. Robles utiliza como ejemplo al ámbito jurídico español, pero nosotros nos preguntaremos por el chileno. Hemos dicho que el ámbito rodea y comprende al ordenamiento y al sistema, de modo que podemos ya separar dichos conceptos. Por

cacional. Sin embargo, no profundizaremos en ella más de lo necesario por no exceder los límites de este ensayo.

14. ROBLES, Gregorio: *Teoría del Derecho...* ob. cit. Págs. 506-507.

15. Ídem.

una parte, el conjunto del derecho legislado, la Constitución de 1980 en vigor, las leyes orgánicas constitucionales, de quórum calificado y demás fuentes que formalmente pertenecen al concepto de ley, los reglamentos emanados de la potestad reglamentaria del Presidente, las ordenanzas municipales, las sentencias de los tribunales, los contratos de los particulares, las manifestaciones unilaterales de voluntad, los Códigos, etc., son todos parte del ordenamiento jurídico chileno. Por su parte, los textos que forman parte de la denominada cultura jurídica interna¹⁶, los diversos comentarios a las sentencias de los Tribunales chilenos, etc., son parte del sistema. Las normas y los enunciados ordinamentales que les sirven como referencia y que existen separados de las acciones y las prácticas que les dan vida, son aquello que conforma al ámbito. Así, la sentencia de un tribunal que reconoce la existencia de un cuasidelito en los términos de los artículos 2314 y siguientes del Código Civil chileno, forman sin duda parte del ordenamiento, pero no tendrían —para la teoría comunicacional— un significado pleno y coherente sin la exposición sistemática de los autores. Asimismo, los hechos a que la sentencia en cuestión se refiere, por ejemplo, el caso de quien negligentemente abre una puerta golpeando a un tercero provocándole daños y perjuicios derivados de los mismos, no forman parte en sí mismos del ordenamiento ni del sistema, sino que de un ámbito jurídico que se relaciona con las normas en comento. Las relaciones, como se puede apreciar, son de una constante retroalimentación de situaciones comunicativas: sabemos que la sentencia puede dictarse en función de que hay unos hechos del ámbito que revisten caracteres propios de los cuasidelitos descritos en el Código civil, y que cuya esfera de aplicación conocemos con precisión y coherencia gracias a la labor de los autores que se dedican a estudiar la dogmática del derecho privado chileno.

Robles afina aún más el estudio del ámbito, distinguiendo entre relaciones y situaciones jurídicas. Ambas categorías representan conceptos que manejan los juristas en orden a relacionar los diversos

16. Sobre la distinción entre cultura jurídica interna y externa, véase ACCATINO, Daniela: *El saber dogmático en nuestra cultura jurídica*. En: *Revista de Derecho*, Facultad de Derecho, Universidad Austral de Chile, Vol. VIII, 1997.

elementos de la vida social con los espacios virtuales que dan vida al ámbito. Sin embargo, no entraremos en ellos por encontrarse bien descritas en la obra de Robles, a la cual remitimos¹⁷. Por ahora damos por descritas las categorías de ordenamiento, sistema y ámbito. A continuación nos preocuparemos, entonces, de la idea de sistema.

1.1. *Del sistema: algunas notas sobre la relación entre la norma y la ciencia del derecho en la teoría comunicacional del derecho*

Finalizamos el apartado anterior dejando *ad portas* el concepto de sistema y el especial significado que la teoría comunicacional le asigna. Sin más preámbulos, señalaremos que para Robles:

“El sistema jurídico es el texto global elaborado. Refleja el ordenamiento de referencia pero al mismo tiempo lo completa y lo aclara mediante el método científico-jurídico o dogmático. Si en los procesos de comunicación del ordenamiento intervienen los operadores jurídicos de la más diversa especie, el sistema es obra de los juristas científicos o dogmáticos...”¹⁸.

En otra parte pero en el mismo sentido, los contornos del *sistema* vienen descritos bajo la forma de un texto paralelo al ordenamiento, más completo y más refinado que el ordenamiento jurídico¹⁹. Las relaciones van, entonces, apareciendo. Si es que recapitulamos brevemente la noción de ordenamiento, podemos señalar que a partir de una decisión específica, una autoridad genera una serie de disposiciones que establecen diversas reglas de conducta aplicables a una sociedad o grupo de individuos o individuo determinado. Dichas reglas aparecen bajo la forma de textos, es decir, como lenguaje, debido

17. ROBLES, Gregorio: *Teoría del Derecho*... ob. cit. Pág. 509.

18. ROBLES, Gregorio: *Comunicación, lenguaje y derecho*... ob. cit. Pág. 29.

19. ROBLES, Gregorio: *Bases para una teoría comunicacional del derecho*. En: ROBLES, Gregorio: *El Derecho como texto. Cuatro estudios de teoría comunicacional del derecho*, segunda edición, Civitas, Madrid. Págs. 29-30.

a que es el lenguaje el canal de comunicación propio de los seres humanos. Sin embargo, estas normas dictadas por la autoridad que nos estamos imaginando, no se encuentran relacionadas entre sí más que por un criterio de pertenencia a un conjunto de reglas; esto es, han sido creadas por la autoridad en cuestión bajo un procedimiento específico. Sin embargo, dicha colección de normas no implica la existencia de un derecho directamente aplicable a casos concretos y, en consecuencia, se encuentra con serias dificultades a la hora de establecer ámbitos regulativos. Si a esto agregamos el problema que es muy posible que una autoridad sea el legislador de una sociedad extremadamente compleja y que, por tanto, deba dictar una cantidad de normas que muchas veces pueden ser contradictorias entre sí, o que por la cantidad de asuntos que deba tratar deba —inteligentemente— recurrir a un lenguaje en sus disposiciones que sea general y abstracto y por tanto, ambiguo y en muchas ocasiones vago, quienes apliquen las disposiciones sancionadas, se verán en un problema de no tener criterios para poder decidir. La situación que nos imaginamos, y es la idea que subyace a la teoría comunicacional en estos asuntos, no es muy distinta de lo que realmente ocurre en nuestras sociedades contemporáneas, y es que los ordenamientos jurídicos y los criterios de pertenencia que utilizamos para saber qué norma es parte de los mismos²⁰, no son siempre claros. Tomemos como ejemplo un caso típico del ordenamiento jurídico chileno y dos disposiciones contenidas en su Código Civil. La primera de estas normas es el artículo 680 que dispone:

ART. 680 La tradición puede transferir el dominio bajo condición suspensiva o resolutoria, con tal que se exprese. Verificada la entrega por el vendedor, se transfiere el dominio de la cosa vendida, aunque no se haya pagado el precio, a menos que el vendedor se haya reservado el dominio hasta el pago, o hasta el cumplimiento de una condición.

Andrés Bello resultó claro en esta disposición. Nos encontramos frente a una autorización legal a dejar de lado los efectos naturales de la tradición en un sistema dual de adquisición del dominio como lo es el

20. Con esto hacemos referencia a las fuentes del derecho.

sistema chileno. En principio, para que el dominio o propiedad de una cosa pase de un titular a otro, es necesaria la concurrencia solo de título y modo. El título debe ser traslativo de dominio, es decir, la compraventa, y el modo, la tradición. Sin embargo, y como una forma de resguardar al vendedor, el legislador chileno contempla la posibilidad de que mediante pacto expreso se acuerde lo que la doctrina ha venido en denominar “cláusula de reserva de dominio”, que encuentra su consagración en el inciso segundo de la norma transcrita. Hasta aquí, no existe problema interpretativo alguno. Nos encontramos frente a una disposición perfectamente identificable, pues se encuentra en el Código Civil, un compendio de normas de derecho privado —y sólo derecho privado— y dentro del título de la Tradición, la que a su vez se encuentra en un apartado más general de modos de adquirir el dominio. Más claro y sistemático, imposible.

Pero, esta visión de claridad legislativa se nos nubla cuando, respecto de la cláusula de reserva de dominio, tenemos en consideración la norma contenida en el artículo 1874 del mismo Código Civil, que reza:

ART. 1874 La cláusula de no transferirse el dominio sino en virtud de la paga del precio, no producirá otro efecto que el de la demanda alternativa enunciada en el párrafo precedente; y pagando el comprador el precio, subsistirán en todo caso las enajenaciones que hubiere hecho de la cosa o los derechos que hubiere constituido sobre ella en el tiempo intermedio.

¿Qué hacer?²¹ La primera norma le confiere plena validez al pacto de reservarse el vendedor el dominio de la cosa tradida bajo condición de pago, en tanto que la segunda no confiere otro efecto que la posibilidad de accionar judicialmente por el precio o resolución del contrato más la indemnización de perjuicios²². La primera intuición es

21. Sobre un estudio pormenorizado del problema de la reserva de dominio en Chile, véase CAPRILE, Bruno: *La reserva de propiedad: ¿garantía eficaz en el derecho chileno?* En: *Revista chilena de derecho*, Facultad de Derecho, PUC, N° 27.

22. “ART. 1873: Si el comprador estuviera constituido en mora de pagar el precio en el lugar y tiempo dichos, el vendedor tendrá derecho para exigir el precio o la resolución de la venta, con resarcimiento de perjuicios”.

ver si es que el mismo ordenamiento nos puede dar la respuesta. Un buen formalista debería saltar inmediatamente de su asiento citando las reglas auxiliares de interpretación que el mismo Código Civil contempla. Así, y resumiendo, dichos criterios se encuentran efectivamente disponibles para el intérprete en las normas contenidas en los artículos 19 a 24 del Código Civil. Sin embargo, es conocida y acertada la crítica que señala que a su vez, dichas disposiciones deben ser interpretadas, y que conducen por sí mismas a otros problemas hermenéuticos. Las normas aquí citadas no resuelven, por sí solas, nada en lo que respecta al problema de la cláusula de reserva de dominio. El ordenamiento jurídico no nos sirve para resolver un problema en principio regulado por el mismo.

Este tipo de casos, que típicamente denominamos antinomias, no es en absoluto extraño en nuestros ordenamientos jurídicos, especialmente aquellos en que el derecho es legislado y contenido en textos autoritativos, y es precisamente la clama que hace Robles cuando señala que el ordenamiento es carente de depuración, carente de sistematización y necesitado de una interpretación por parte de un grupo de personas que tradicionalmente llamamos juristas. Si volvemos al ejemplo de la cláusula de reserva de dominio en Chile, la solución proviene —y así lo ha demostrado la jurisprudencia— de una *interpretación* de ambas normas relativas a su ubicación en el Código Civil, cuestión que no es fácil de determinar: el artículo 680 se encuentra en el Título que regula la Tradición, en tanto que el artículo 1874 se encuentra en el Título de la compraventa. Sin embargo, si miramos atentamente, no obstante es un problema de reserva de dominio en el modo de transferir el mismo, el 684 se refiere al “vendedor”²³, por lo que debido a que dicha norma regula la tradición *en un contrato de compraventa*, debemos darle primacía a la norma que mejor ubicada se encuentra dentro del Código Civil, esto es, al artículo 1874²⁴. Conclusión, el ordenamiento jurídico chileno rechaza jurisprudencialmente a la cláusula de reserva de dominio. A esto, la doctrina ha dado el nombre de argumento *pro subjecta materia*.

23. “...verificada la entrega por el vendedor...”.

24. Ídem.

Pero esta solución no hubiésemos podido imaginarla, ni un juez hubiese podido resolverla, si es que no existiesen juristas que hayan dado forma y sistematicidad a las normas sobre la tradición y la compraventa. Casos como estos, dan motivo a la teoría comunicacional para darle el lugar que tiene el sistema dentro de su teoría del derecho. El sistema es un *reflejo* y *reelaboración* del ordenamiento. El ordenamiento "...es el material bruto, plagado de lagunas, contradicciones y omisiones...". El sistema "...es el mismo derecho generado en ORD, pero en su plenitud o perfección expositiva..."²⁵. El sistema, en consecuencia, adquiere un rol integrador y de sistematización del ordenamiento y su existencia es tarea de los juristas o científicos del derecho.

Hasta aquí llevamos una historia relativamente clara. Nos queda por analizar un concepto más, que será el que mayor polémica generará y dará entrada a una visión más crítica y ya no meramente expositiva de la teoría comunicacional: nos referimos al concepto de norma.

No queremos entrar en el estudio de una cuestión tan extensa como es el concepto de norma en la filosofía del derecho, pues hay para todos los gustos²⁶. Nos centraremos, por tanto, directamente en la comprensión que de ésta tiene la teoría comunicacional del derecho.

La teoría comunicacional del derecho define la norma jurídica en los siguientes términos: "proposición lingüística perteneciente a un sistema proposicional expresivo de un ordenamiento jurídico, cuya función (por su sentido) directa o indirecta es orientar o dirigir la acción humana"²⁷. En sus elementos, salta a la vista del lector que la proposición lingüística en que consiste la norma, es *expresiva* de un ordenamiento. Dicha palabra, llena con una carga de contenido, nos remite o nos lleva

25. ROBLES, Gregorio: *Bases para una teoría comunicacional del derecho...* ob. cit. Pág. 30.

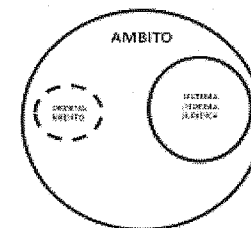
26. Sin embargo, no podemos resistir recomendar la lectura sobre la idea de norma que mantiene Kelsen en su Teoría Pura y de Hart acerca de ésta última. Sobre Hart véase HART, Herbert: *Kelsen visited*. En: VVAA. *Normativity and norms. Critical perspectives on Kelsenian themes*, Clarendon Press, Oxford, 1998.

27. ROBLES, Gregorio: *Teoría del Derecho...* ob. cit. Pág. 217.

a entrar en una materia propia de la teoría del derecho, y es la que responde a la pregunta ¿de dónde salen o dónde se originan las normas? Estamos en materia de fuentes del derecho y, para poder responder la pregunta, debemos siempre tener presente la recién estudiada idea de sistema.

La norma jurídica no es en la teoría comunicacional del derecho, un objeto o proposición lingüística derivada del ordenamiento. Es decir, no existe norma con el solo hecho de la promulgación de una norma por una autoridad competente, ni con su existencia o pertenencia a un conjunto de disposiciones estipuladas mediante lenguaje escrito, o susceptible de ser puesto por escrito. La labor de sistematización es capital para dar origen a una norma jurídica, pues solo en cuanto ha sido coordinada con otros textos, depurada en sus conceptos fundamentales, estudiado su ámbito de aplicación y se hayan extraído de sí sus posibles ambigüedades y vaguedades, recién en este momento la norma será susceptible de ser aplicada a los destinatarios. Esta labor es realizada en la teoría comunicacional del derecho por los juristas profesionales, pues el lenguaje del derecho, es el lenguaje de los juristas.

Estas afirmaciones, que luego se transformarán en el núcleo de la crítica del argumento democrático, tienen su fundamento en una particular apreciación del lugar que los juristas, los dogmáticos del derecho, *deben* ocupar en la noción de derecho. Este lugar viene dado por su contribución al sistema y, por tanto, al concepto de derecho en su conjunto. El esquema en su conjunto se muestra en la siguiente figura.



El esquema muestra cómo los tres conceptos que hemos visto se interrelacionan. El ámbito jurídico es el conjunto que agrupa al ordenamiento y al sistema. Debido a que estamos hablando de manifestaciones lingüísticas, y que la fuente misma de dichos conceptos es el ordenamiento, la carencia de depuración conceptual de éste último

hace que el sistema se encuentre en un nivel intermedio entre el texto jurídico en bruto y el ámbito. Si es que dicho esquema lo multiplicamos por X veces, obtenemos como producto al derecho, entendido según la teoría comunicacional, es decir, el conjunto de ámbitos jurídicos. El derecho, así, sin recurso a esencia o sustancia alguna, se define como dicho proceso de interrelación comunicativa; un conjunto de ámbitos jurídicos.

Pero no evitaremos mencionar el por qué el esquema contempla, al lado de la voz sistema, a la norma. Insistiendo en que el sistema surge de la labor de los juristas, dedicaré unas líneas a explicar cómo llega la teoría comunicacional del derecho a otorgarles este lugar a los profesionales del derecho.

1.2. *Notas en relación al lugar de la dogmática en la teoría comunicacional: la norma jurídica como construcción del sistema*

Hemos señalado cómo el ámbito jurídico no puede equipararse al ordenamiento; al menos, no en nuestras sociedades contemporáneas. Es posible, quizás, que dicha equiparación se produzca en sociedades primitivas, donde las reglas van dirigidas a orientar la conducta de unos sujetos con relaciones sociales muy básicas. Sin embargo, en el mundo contemporáneo, las legislaciones tienden a desfasarse en la regulación de las relaciones sociales; cada vez es más complejo el prever todas las posibles soluciones a diversos conflictos que, por muy visionarios que intentemos ser, no logramos imaginar como sociedad. Es en este escenario de complejidad social donde el grado de procesos comunicativos es más heterogéneo, variado y, en definitiva, más complejo. En palabras de Robles "...cuanto más primitiva sea una comunidad humana, tanto más tenderá el ámbito jurídico a equipararse al ordenamiento jurídico en ella vigente..."²⁸.

Las operaciones interpretativas que señala Robles se vuelven indispensables en nuestras sociedades modernas. La dualidad ordenamiento-sistema, supone grados de desarrollo social que tornen en necesaria la interpretación, depuración y sistematización del ordenamiento. En este medio aparece una clase profesional (los juristas)

28. ROBLES, Gregorio: *Comunicación, lenguaje y derecho...* ob. cit. Pág. 121.

"... que no sólo se va a ocupar de los procesos de decisión (...), sino que también van a dar un tratamiento "científico" a la materia jurídica..."²⁹. Esta clase ha recibido nombres de diversos tipos: jurisprudencia, doctrina, dogmática jurídica, etc.³⁰. Nuestro autor parte de la base de que las relaciones entre el ordenamiento (léase, el trabajo del legislador, en sentido amplio) y el sistema (de los juristas profesionales) es una relación compleja y del máximo interés "...ya que constituye el centro comunicacional que permite comprender como funcionan los ámbitos jurídicos de las sociedades avanzadas..."³¹. El resultado de la labor de la comunidad de juristas es el sistema; la exposición ordenada del conjunto de disposiciones del ordenamiento. En ese orden de ideas, la teoría comunicacional del derecho se propone fundar la labor de la ciencia jurídica sobre la base de dos premisas: en primer lugar, la consideración de la dogmática como una ciencia *constructiva* y no *descriptiva*, "...pues las normas no vienen dadas de antemano en el ordenamiento, sino que se insertan en el sistema, el cual, como queda dicho, es el resultado de una construcción..."³². En segundo lugar, la idea que la ciencia del derecho es una ciencia *práctica*, puesto que "...como consecuencia de la construcción del sistema, es ella la que produce las normas completas en su sentido..."³³. La tarea del jurista de nuestros tiempos, tiene por fin la reconstrucción, no de reproducir la realidad que tiene frente a sí, sino que de conectar aquellas cuestiones que no son evidentes en el ordenamiento, de extraer los verdaderos significados presentes en las disposiciones del mismo y, de

29. Ídem.

30. Sobre un estudio muy orientador sobre el carácter "científico" de la teoría o ciencia del derecho, véase CALSAMIGLIA, Albert: *Ciencia jurídica*. En: GARZÓN VALDÉS, Ernesto y LAPORTA, Francisco: *El derecho y la justicia*, Trotta, Madrid, 2000.

31. ROBLES, Gregorio: *Comunicación, lenguaje y derecho...* ob. cit. Pág. 134.

32. ROBLES, Gregorio: *Teoría del derecho. Fundamentos de teoría comunicacional del derecho*, segunda edición, Civitas, Madrid, 2006. Pág. 139.

33. Ídem.

ese modo, crear lo que en definitiva viene a ser el derecho desde el punto de vista de la teoría comunicacional, esto es, una compleja interrelación entre el ordenamiento, el sistema y el ámbito jurídico que estos dos regulan. Con esto último, estamos en condiciones de contestar a la pregunta: ¿de dónde emana la norma jurídica en la teoría comunicacional del derecho?

La respuesta a la pregunta la responde derechamente Robles:

“... El ordenamiento sería así Derecho, pero en una forma menos completa que el sistema. Éste constituye la plenitud del Derecho, su configuración <<definitiva>> (...)

El sistema es un conjunto de proposiciones lingüísticas que tiene como referente otro conjunto de proposiciones, las del ordenamiento. En el ordenamiento encontramos las órdenes dadas por la autoridad, por el legislador; en el sistema, la construcción acabada de las mismas.

El ordenamiento está compuesto de disposiciones o preceptos (mandatos de la autoridad jurídica). El sistema está compuesto de normas jurídicas.

La norma jurídica acabada, en su plenitud de sentido, la encontramos únicamente en el texto elaborado, en el sistema...”

Con esta cita doy por finalizada la exposición de los conceptos de ámbito, ordenamiento, sistema y norma de acuerdo con la teoría comunicacional del derecho, y el rol que la dogmática y la clase profesional de los juristas tienen en la construcción de los mismos.

2. El argumento democrático

En este apartado pretendo desarrollar la crítica a los conceptos de la teoría comunicacional que hemos analizado, desde una óptica que relaciona de manera muy estrecha a la filosofía del derecho y a la filosofía política³⁴. Espero desarrollar en primer lugar y como telón de

34. Esto siempre es posible de objetarse por ser una aproximación que pudiera no ser correcta desde el punto de vista de un análisis puramente formal de la ciencia del derecho. Sin embargo, rechazo desde el principio cualquier análisis que pretenda considerar a la ciencia del derecho como una disciplina aislada de la política y comparto las tradiciones que desarrollan un análisis del derecho que pretende darle

fondo del argumento democrático, el problema planteado por Habermas relativo a si es posible obtener la legitimidad del sistema político por vía de legalidad. Este punto nos servirá para poder argumentar en favor de una concepción de validez —y por tanto de un criterio de pertenencia de las normas al sistema jurídico— anclada en la idea de legitimidad democrática, idea proveniente de los cambios que el derecho moderno ha experimentado a través de la historia en un proceso de “vaciamiento” de sus fundamentos teológicos. En segundo lugar, y de forma complementaria, explicaré la idea de “cadena de legitimación” de Böckenförde. Finalizo con algunas conclusiones que relacionan ambos puntos con la finalidad de criticar el papel asignado por la teoría comunicacional a la ciencia del derecho y, en consecuencia, a su noción de norma y de sistema.

unos fundamentos anclados en la representación popular. Esta asunción se justificará en el desarrollo de este punto a veces de manera implícita, pero es importante que el lector tenga constancia expresa de que la atalaya desde la cual miro al derecho es ésta. No es por otra razón que Habermas abre Facticidad y Validez de la siguiente manera: “...no es casualidad que la filosofía del derecho (...) haya emigrado a las facultades de derecho. Y, sin embargo, evito asimismo conectar con una filosofía del derecho reducida a términos de ciencia jurídica (...). Lo que en su momento pudo mantenerse unido en los conceptos que acuñó Hegel en su *Filosofía del Derecho*, ha menester hoy de un procedimiento pluralista en lo tocante a métodos, que opere desde las perspectivas que representan la teoría del derecho, la sociología y la historia del derecho, la teoría moral y la teoría de la sociedad...” HABERMAS, Jürgen: *Facticidad y validez. Sobre el derecho y el Estado democrático de derecho en términos de teoría del discurso*, Trotta, Madrid, 2008. (Trad. Manuel Jiménez Redondo). Pág. 57. En el mismo sentido se posiciona Sánchez, cuando señala que “...a nuestro juicio, los problemas de legitimidad de lo jurídico tendrían que ver con el origen de las normas, con las condiciones institucionales no jurídicas y específicamente políticas en que ésta se produce, y por tanto, con la racionalidad comunicativa que le sirve de partida...” SÁNCHEZ, Luis Manuel: *Límites del modelo de ciencia jurídica actual. Explicaciones sobre el objeto de estudio del derecho*. En: *Isonomía*, Universidad de Alicante, N° 8, 1998. Pág. 172.

2.1. *¿Es posible la legitimidad por vía de la legalidad? Sobre el "vacío" dejado por el derecho natural racional y el papel de la legitimidad en la validez de las normas jurídicas*

Jürgen Habermas se viene preguntando desde mediados de su carrera³⁵ acerca de cuál es el rol que ocupa y debe ocupar el derecho en las sociedades modernas. Desde un punto de vista filosófico, dicho rol es difícil de determinar, toda vez que la filosofía misma ha cambiado sus enfoques y sus pretensiones. Tanto el derecho como la filosofía misma se han vuelto cuestionables en la medida que ya no pueden referirse a la totalidad del mundo y de la sociedad en el sentido de un saber totalizante³⁶. La respuesta de Adorno a la pregunta de para qué seguir con la filosofía³⁷ apunta, eso sí, más que a una despedida de la gran filosofía, a la revisión de sus conceptos fundamentales y a la propuesta de solución a problemas que vuelven una y otra vez sobre sí mismos, pero que ya no pueden resolverse por una sola vía. El derecho y el Estado, por su parte, corren una suerte similar; las viejas concepciones del derecho natural racional, cuya imagen sugería un esquema normativo de la sociedad en su conjunto basado en un concepto totalizador de razón práctica, ya no son capaces de sostenerse. El derecho natural racional y sus residuos, nos dice Habermas, "...se pierden pues, en el <<trilema>> de que los contenidos de una razón práctica, que hoy

35. Se podría decir que es desde la publicación de su "Teoría de la acción comunicativa" que Habermas viene pensando en la construcción de un sistema social que dé una explicación normativa al papel del derecho en el entramado que representa el sistema y el mundo de la vida.

36. HABERMAS, Jürgen: *Política conservadora, trabajo, socialismo y utopía hoy*. En: *Ensayos políticos*, Península, Barcelona, 2002. (Trad. Ramón Cotarelo). Pág. 43.

37. "...la filosofía, y ésta sería después de todo la única manera de justificarla, no debería creerse ya en la posesión de lo absoluto, incluso debería excusar el pensar en ello para no traicionarlo, y pese a todo, no apartarse ni un ápice del concepto enfático de verdad. Esta contradicción es su elemento". ADORNO, Theodor, citado por HABERMAS, Jürgen: en *Perfiles filosóficos-políticos*, Taurus, Madrid, 2003. (Trad. Manuel Jiménez). Pág. 15.

ya es insostenible en la forma que adoptó en el contexto de la filosofía del sujeto, no pueden fundamentarse ni en una teología de la historia, ni en la constitución natural del hombre, ni tampoco recurriendo a los haberes de tradiciones afortunadas y logradas si se los considera como resultado contingente de la historia..."³⁸. Dicha suerte se explica sosteniendo la tesis que la autonomización del sistema jurídico no puede significar una desconexión completa de derecho y moral, por un lado, y de política por otro. El derecho al devenir en positivo, no rompe sus relaciones internas con la moral y la política³⁹.

La tesis enunciada, se funda en una explicación histórica relativa a la vinculación que derecho, política y moral mantuvieron en la época premoderna, particularmente a fines de la Edad Media y hasta las grandes codificaciones del siglo XIX⁴⁰. Este proceso de gestación y posterior disolución de las estructuras clásicas del derecho y su conexión con la moral y la política, se explican mejor —piensa Habermas— desde la estructura trimembre del sistema jurídico medieval que entonces se desmorona⁴¹. En las culturas premodernas, el sistema jurídico está compuesto por dos grandes ramas: el derecho burocrático, <<puesto>> por el rey o emperador, en concordancia con el derecho consuetudinario, por lo general no escrito. Los rasgos esenciales del

38. HABERMAS, Jürgen: *Facticidad y validez*... ob. cit. Pág. 65.

39. HABERMAS, Jürgen: *¿Fundamentos prepolíticos del Estado democrático?* En: RATZINGER, Joseph y HABERMAS, Jürgen: *Dialéctica de la secularización*, Encuentro, Madrid, 2006. (Traducción de Isabel Blanco). Págs. 23 y ss.

40. En la tradición jurídica norteamericana, podemos observar también el inicio de esta "disolución" del derecho natural en los fundamentos de su organización política. Si bien el derecho natural representó una base filosófica no menor, su recurso en la práctica de las instituciones comenzó a hacerse menos notorio, debido a que de alguna manera, el derecho humano lograba ofrecer soluciones aceptables. KRAMER, Larry: *The people themselves. Popular constitutionalism and judicial review*, Oxford University Press, New York, 2004. Pág. 11.

41. HABERMAS, Jürgen: *¿Cómo es posible la legitimidad por vía de legalidad?* En: *Revista Doxa, cuadernos de filosofía del derecho*, Universidad de Alicante, Nº 5, 1988. (Trad. Manuel Jiménez). Pág. 22.

derecho premoderno usufructúan de esta diferenciación; el derecho divino representa aquí al marco legitimador de la actuación y poderes del príncipe, y es a partir de dicha legitimación que extiende su poder profano⁴². La relación de ambivalencia de ambos tipos de derecho, provoca una tensión ineludible, que no se disuelve tampoco en el medioevo:

“Como juez supremo, el príncipe está sometido al Derecho sacro. Pues sólo así puede transmitirse la legitimidad de ese Derecho al poder profano. De este respeto transido de <<pietas>> ante un orden jurídico intangible recibe su legitimación el ejercicio del poder político. Al mismo tiempo, el príncipe, que está situado en la cúspide de una administración organizada por cargos, hace también uso del derecho como un medio que otorga a sus mandatos, por ejemplo en la forma de edictos, un carácter obligatorio para todos...”⁴³.

Existen dos condiciones que son necesarias para disolver la tensión que existe entre ambos fundamentos de legitimidad: un ataque a los fundamentos del derecho sacro y, por otra parte, que el cimiento que representa el derecho consuetudinario, se mantenga firmemente anclado en la práctica jurídica y social cotidiana. Habermas parte de la base que en las sociedades modernas es cada vez menos posible que se cumplan ambas condiciones, lo que puede dar un explicación al proceso de positivación del derecho, como reacción frente a tales cambios. El proceso supuso la disolución de la estructura del derecho fundado en la triple división tomista de derecho eterno, natural y positivo; esto porque las imágenes religiosas que en el medioevo dieron sustento al poder del príncipe, se disuelven a medida que la modernidad se hace presente en las sociedades europeas. El derecho se reduce, en este nuevo esquema, a una sola dimensión, y una nueva tarea surge para el príncipe: “...llenar por su propia fuerza, por medio de una legislación política, los huecos

42. Ídem.

43. HABERMAS, Jürgen: *¿Cómo es posible la legitimidad por vía de legalidad?*... ob. cit. Pág. 23.

que deja tras de sí ese derecho natural administrado por teólogos. En adelante, todo derecho tiene su fuente en la voluntad soberana del legislador político⁴⁴.

El derecho recibe a partir de ahora su legitimación en la fuerza soberana del príncipe, quien llena el vacío por medio de su voluntad soberana: “legislación, ejecución y aplicación de las leyes se convierten en tres momentos dentro de un proceso circular único, gobernado políticamente; y lo sigue siendo, aun después de diferenciarse institucionalmente en poderes del Estado...”⁴⁵.

Pero, la evidente pérdida del primer elemento de esta doble fuente de legitimación —el derecho sacro y las fuentes religiosas que lo sustentaban— habla contra la posibilidad de que el derecho moderno se sustente sobre sí mismo sin necesidad de buscar un sustituto. Es mediante la aplicación de las tesis de Kohlberg que Habermas considera que sólo la conciencia de una moral social de nivel convencional⁴⁶ —capaz de generar juicios morales abstractos— posibilita la existencia de normas ancladas en tradiciones que se vuelvan obligatorias en su sentido profundo. La noción de legitimidad de la norma aparece ligada a este juicio convencional de moral abstracta⁴⁷. Esto es: la sociedad, políticamente emancipada de concepciones metafísicas y religiosas y de la aceptación y obediencia de la norma por el solo hecho de la fuerza del poder burocrático del príncipe, siente la necesidad de transformar dicho poder fáctico en poder normativo (en el sentido de poder anclado en razones compartidas por todos). Es decir, “... solo cuando se dispone de poder legítimo es posible imponer políticamente normas jurídicas...”⁴⁸.

44. Ibídem. Pág. 24.

45. Ídem.

46. Sobre las etapas evolutivas de la conciencia moral, véase KOHLBERG, Lawrence.: *Psicología del desarrollo moral*, Desclee de Brouwer, Bilbao, 1992.

47. Sobre cómo de una acción orientada al entendimiento puede derivar en acciones coordinadas y aceptadas por todos, y por tanto, acciones que generan normas, véase HABERMAS, Jürgen: *Conciencia moral y acción comunicativa*, Trotta, Madrid, 2008. (Trad. Ramón Cotarelo).

48. HABERMAS, Jürgen: *¿Cómo es posible la legitimidad por vía de legalidad?* ...ob. cit. Pág. 28.

Sobre estas cuestiones Habermas fija su atención en dos puntos distintos. En primer lugar, el derecho natural racional y la articulación que este sufre al situarse a sí mismo en una nueva etapa de la conciencia moral que “liga al derecho a principios y lo asienta sobre el terreno de una racionalidad procedimental...” y b) cuestiones relativas a la incondicionalidad de la obediencia que genera (o no) el derecho derivado de las tesis del contrato social. Nos enfocaremos en la primera de estas cuestiones.

El vaciamiento que hemos descrito del derecho natural, hace que este mute hacia la vertiente racional propia de Pufendorf y Grotio. Sin embargo, este derecho natural que, ausente de religión y metafísica se funda en la racionalidad, no logra aún que desaparezca la problemática de su fundamentación, sino que traslada el problema hacia la búsqueda del sucedáneo plantado sobre los pies de una ética profana. Esta ética encontrará sus defensas en las teorías del contrato social, pues éste representa la posibilidad de que el sustento de la normatividad del derecho y la política radique en los sujetos y su capacidad de ordenarse a sí mismos sin más fundamento que el acuerdo de sus voluntades. Esta noción básica (en el sentido de fundante) delata la existencia de una moral autónoma, que exige distinciones entre normas y principios y, en conclusión, la existencia de procedimientos que puedan dar cuenta del asentimiento de todos los afectados por las normas del contrato en cuestión. Legitimidad —anclada en una racionalidad procedimental sustitutiva de la metafísica y la religión— y legalidad —la validez de una norma jurídica resultante del acuerdo— se identifican⁴⁹.

La dirección que asume aquí el derecho y la moral es, en consecuencia, confluyente. La moral⁵⁰ —referida a procedimientos— y

49. Sobre las posibles dificultades que surgen de conciliar ambas categorías de racionalidad procedimental y autonomía privada, véase la introducción a la edición en castellano de *Facticidad y Validez* de Manuel Jiménez. Queda claro aquí como la articulación entre autonomía privada cuya exaltación máxima se plasma en los derechos individuales, no es sencilla de articular con la idea rousseauniana de voluntad general. No entramos en la discusión por no extendernos demasiado. JIMÉNEZ, Manuel: Prólogo a HABERMAS, Jürgen: *Facticidad y validez*...ob. cit. Págs. 9-56.

50. Sin perjuicio de la distinción que Habermas hace entre ética y moral, precisamos que la moral de tipo procedimental a que alude tiene su concreción

el derecho —autonomizado mediante sus conceptos e instituciones— ya no son órdenes distintos, sino que son complementarios. Dicha complementariedad no es una relación de superposición de uno sobre el otro, sino de imbricación. Esto pues “...en el Estado de Derecho se hace uso del Derecho Positivo como medio para distribuir cargas de argumentación e institucionalizar vías de fundamentación y justificación que se hallan abiertas en dirección a argumentaciones morales”⁵¹. La consecuencia es que las exigencias de fundamentación del derecho moderno no se centran y anclan en la administración de justicia, sino que en el proceso legislativo, y eso sucede precisamente porque el instrumento resultante de ese proceso —la ley— se funda en la posibilidad de discusión, participación y asentimiento de todos los destinatarios del mismo.

Ahora, para el tema que nos ocupa, ¿es posible conciliar una ciencia o teoría que sitúa la creación del derecho en un grupo especializado de técnicos y letrados? Pareciera ser que el precio que tenemos que pagar por situar a la norma jurídica al nivel de los técnicos y juristas es uno muy alto en relación al producto que obtenemos: obtenemos pureza conceptual a cambio de ceder autonomía política, lo cual no parece ser adecuado a nuestras concepciones democráticas más enraizadas ni a la evolución que, como hemos visto, ha tomado el derecho como consecuencia de su actual existencia en una sociedad posmetafísica. En consecuencia, las normas no pueden emanar de —conceptual ni procedimentalmente— ni hacer depender su validez de un proceso de reconstrucción científico-técnico como lo propone la teoría comunicacional. La tesis de Habermas afirma esto, y se encuentra en el centro del problema de las relaciones entre validez y legitimidad. La validez que reclama la teoría comunicacional implica, no sólo el cumplimiento de requisitos de forma y fondo establecidos por el ordenamiento, sino además un tratamiento dogmático de depuración.

en el principio del discurso, el cual reproducimos: “Válidas son aquellas normas (y sólo aquellas normas) a las que todos los que puedan verse afectados por ellas pudiesen prestar su asentimiento como participantes en discursos racionales”. HABERMAS, Jürgen: *Facticidad y validez*...ob. cit. Pág. 172.

51. HABERMAS, Jürgen: *¿Cómo es posible la legitimidad por vía de legalidad?* ...ob. cit. Pág. 42.

Por el contrario, el concepto que proponemos nosotros, exige sólo la vinculación de las normas a los procedimientos de forma y fondo ya señalados, con el agregado que para que consideremos como cumplidas dichas condiciones, los procesos legislativos que dieron origen a la fuente formal de que se trate deben estar fuertemente vinculados a criterios de inclusión y discusión democrática⁵². Y es que las exigencias de forma que los ordenamientos jurídicos exigen para efectos de que nuevos enunciados prescriptivos se consideren como vinculantes para los destinatarios —procedimientos y competencia de los órganos que deciden— y de fondo —respeto de jerarquías orgánicas y de contenido de las normas, en especial derechos fundamentales— existen en virtud de su grado de expresión del principio democrático. Así, por ejemplo, las normas constitucionales que proclaman “reservas de ley” para ciertas materias y que, por tanto, prohíben a otros órganos del Estado dictar normas que versen sobre los contenidos reservados, existen en virtud de que son tan importantes para la organización básica de la sociedad que sólo los representantes directos y electos por la ciudadanía pueden decidir dichas cuestiones. Por el contrario, el grado de generalidad de las normas que dictan los jueces es mínimo en virtud del efecto relativo sus sentencias, pues no tienen la legitimidad que un electorado puede conferirles. De ahí que el control de constitucionalidad y la legislación negativa nos planteen tantos problemas de justificación.

En suma, si es que el criterio de pertenencia de las normas al ordenamiento es el cumplimiento de dos condiciones de validez asociadas a valores democráticos: ¿cómo podemos justificar que la norma se considere plena una vez que ha alcanzado su plenitud y coordinación doctrinal? La respuesta es, bajo esas premisas, que no podemos.

En palabras de Habermas: “la autonomía no es algo que un sistema jurídico cobre para sí sólo. Autónomo es un sistema jurídico sólo en la medida en que los procedimientos institucionalizados para la

52. Es lo que en la segunda mitad del S. XX se ha venido conociendo como teoría deliberativa de la democracia, a la cual Habermas adscribe. En esta línea, podrían considerarse como representativos de dicha teoría al mismo Habermas, a Jon Elster, Cass Sunstein, Roberto Gargarella, entre otros. Para un excelente estudio sobre el particular, véase MARTÍ, José Luis: *La república deliberativa. Una teoría de la democracia*, Marcial Pons, Madrid, 2006.

legislación y la administración de justicia garantizan una formación imparcial de la voluntad y del juicio y por esta vía permiten que penetre, tanto en el Derecho como en la política, una racionalidad procedimental de tipo ético. No puede haber Derecho autónomo sin democracia realizada”⁵³.

2.2. Sobre las cadenas de legitimación: Böckenförde y los fundamentos del Estado Democrático de Derecho

El apartado previo ha tenido por fin plantear la idea que un estudio sobre teoría del derecho, que pretenda tener carácter normativo y no meramente descriptivo, debe tener en consideración una conexión con alguna teoría que remita a la idea de legitimidad política, como la misma evolución que el derecho ha experimentado en la historia nos muestra. Asimismo, el recurso a Böckenförde en este lugar del ensayo es, por una parte, reforzar dicha idea, y por otra, demostrar por qué la teoría comunicacional, al considerar a la norma jurídica como obra del sistema, no hace referencia a éste problema. De hecho, las discusiones más actuales sobre fuentes del derecho tienden a centrar la problemática en ese estadio⁵⁴.

El jurista alemán asume una idea que atraviesa toda su obra en lo que se refiere a los estudios sobre Estado de Derecho y democracia y es que para él “...no cabe un derecho o un sistema normativo justificado al margen de una concepción y el ejercicio práctico de una <<política legitimada>>”⁵⁵. Dicho ejercicio implica una conexión vinculante entre el pueblo y la decisión política de que se trate. Es decir, la decisión debe siempre, y en último término remitir al pueblo soberano. De esa manera, la legitimación democrática asume o reconoce dos formas diferentes:

53. HABERMAS, Jürgen: *¿Cómo es posible la legitimidad por vía de legalidad?* ...ob. cit. Pág.45.
54. Sobre estas cuestiones y su vinculación con el problema de las lagunas en el derecho, véase AA.VV.: *Lagunas en el derecho*, Marcial Pons, Madrid, 2005.
55. AGAPITO, Rafael: Prólogo a BÖCKENFÖRDE, Ernst Wolfgang: *Estudios sobre el Estado de Derecho y la democracia*, Trotta, Madrid, 2000. Pág. 10.

en primer lugar, la denominada legitimación funcional e institucional, y en segundo lugar, la orgánico-personal; nos centramos en la segunda⁵⁶.

Según Böckenförde, la legitimación orgánico-personal consiste en que "...los cargos públicos que tienen encomendada la gestión de los asuntos estatales habrán de reposar sobre una cadena de legitimación ininterrumpida que puede retrotraerse hasta el pueblo..."⁵⁷. La idea es clara; sin embargo, juguemos un poco en favor de la teoría comunicacional, y es que debido a que las cadenas de legitimación convierten a la democracia en una cuestión de grado, podríamos entonces argumentar de la siguiente manera: las cadenas de legitimación asumen el hecho que las decisiones que se adoptan por el pueblo soberano mismo —por ejemplo por la vía de votaciones directas y plebiscitos— son perfectamente democráticas, por ser él mismo quien decide y es él mismo el afectado por la decisión. Sin embargo, el hecho que permitamos que exista un parlamento y un ejecutivo que cree normas jurídicas *por* nosotros y *en nombre* de nosotros como pueblo, da cuenta que como sociedad admitamos la existencia de una forma *degradada* de democracia en pro de consideraciones de diverso tipo⁵⁸. Si estiramos más aún el argumento, nos daremos cuenta que existen diversos órganos que ejercen funciones públicas y cuyas decisiones afectan a los ciudadanos todos los días y que sin embargo no han sido elegidos por nadie más que por otros órganos mediante concursos

56. Nos centramos en la segunda pues la legitimación funcional, está de todas maneras subordinada a una eventual legitimación de contenido u orgánica. En palabras de Böckenförde: "... Ahora bien, este tipo de legitimación no puede sustituir a la legitimación concreta que necesitan el titular del órgano en cuestión y su acción en el ámbito de sus funciones, y que se produce a través de una legitimación orgánico-personal y de una legitimación material o de contenido...". BÖCKENFÖRDE, Ernst Wolfgang: *Estudios sobre el Estado de Derecho...* ob. cit. Pág. 57.

57. Ídem.

58. Por ejemplo, consideraciones de tipo pragmático: es mejor que un grupo selecto de representantes adopten dichas decisiones debido a que un grupo reducido de hombres dedicados al servicio público, decidirá de mejor manera que la población en su conjunto.

públicos que nada tienen que ver con una legitimación democrática en el sentido que hemos analizado aquí. Pensemos, por ejemplo, en el caso de los bancos centrales, o diversas agencias técnicas o paneles de expertos que existen en nuestros ordenamientos y que —salvas las discusiones de expertos— no son cuestionados por problemas de legitimidad⁵⁹. En este punto, la pregunta que surge por sí sola es ¿por qué la ciencia del derecho no puede acceder a este reconocimiento en el proceso de creación del derecho tal y como la hace, al menos implícitamente, la teoría comunicacional? ¿Por qué un órgano como un banco central, que fija pautas normativas que afectan de manera directa a la vida de los ciudadanos, no es elegido por los ciudadanos, y sin embargo, su legitimidad no es cuestionada y, en cambio, si nos planteamos esta pregunta en el caso de los juristas y dogmáticos? La pregunta no es baladí, pues de hecho, la práctica, como bien lo describe la teoría comunicacional, nos muestra día a día que la dogmática efectivamente ejerce un rol integrador de las normas, no sólo coordinándolas y sistematizándolas, sino también creando instituciones. La legitimación de la ciencia del derecho la adquiriría por una práctica constante, similar a la práctica que en Francia y Estados Unidos han desarrollado los tribunales de justicia y el control de constitucionalidad que esos ejercen. Es decir, los fundamentos electorales de la legitimidad cederían frente a lo que se ha venido en denominar legitimidad reflexiva⁶⁰ que consiste en dar cuenta de este proceso de aceptar prácticas

59. Sin ir más lejos, las centenarias discusiones sobre el control judicial de las leyes, tanto en tradiciones europeo continentales como en Estados Unidos, remiten a este problema: ¿por qué debe ser un órgano no elegido democráticamente quien decida cuestiones que afectan a la ciudadanía toda? Es lo que Alexander Bickel acuñó bajo la expresión de "dificultad contramayoritaria". BICKEL, Alexander: *The Least Dangerous Branch. The Supreme Court at the Bar of Politics*. Yale University Press, New Haven and London, 1986. Para un buen resumen del problema y una alternativa de solución al mismo, véase GARGARELLA, Roberto: *La justicia frente al gobierno. Sobre el carácter contramayoritario del poder judicial*, Ariel, Barcelona, 1996 y ATRIA, Fernando: *Revisión judicial: el síndrome de la víctima insatisfecha*. En: *Revista Estudios Públicos*, Centro Estudios Públicos, N° 79, 2000.

60. ROSANVALLON, Pierre: *La legitimidad democrática. Imparcialidad, reflexividad y proximidad*, Paidós, Madrid, 2010. Pág. 219. La referencia a Rosanvallon es meramente didáctica y la presentamos para mostrar un problema

por ejercer estas un rol integrador. La ciencia del derecho entraría sin duda en esta descripción debido al papel que los juristas han adoptado en la forma que los jueces argumentan, en las lagunas que estos deben llenar cuando el ordenamiento no entrega soluciones a los conflictos, cuando se detectan incoherencias y antinomias, cuando la redacción de la ley es oscura, etc. y, por tanto su trabajo, lejos de ser uno que actúa contra la voluntad de las mayorías, la perfecciona. Nadie cuestiona el valor de las agencias técnicas o los bancos centrales desde un punto de vista de legitimidad democrática. Estos cumplen funciones técnicas que permiten adoptar decisiones altamente complejas con criterios racionales que la mayoría de la población no está en condiciones de adoptar, es decir, actúan reflexivamente, y ahí radica su aceptación en una sociedad democrática. ¿Por qué —reiteramos— la ciencia del derecho no puede aspirar a dicho reconocimiento?

La respuesta es que los órganos que sí gozan de dicho reconocimiento, tienen en último término, y por una u otra vía, un eslabón que les reconecta a la cadena de legitimación democrática que permite que las instituciones sean vinculantes para los ciudadanos. Un Banco central *existe* en primer término *porque* una norma *previa* le da existencia. Un panel de expertos en materia de telecomunicaciones que fija pautas de tarifas y amplitud de señales en ciertos dispositivos es vinculante para los ciudadanos *porque* una *ley previa* así crea y autoriza

análogo al de la ciencia del derecho en materia de legitimidad democrática. No estamos de acuerdo en la supuesta "pasividad" que según Rosanvallon ha adquirido el debate en torno al control de constitucionalidad, particularmente en los Estados Unidos. Ejemplos de lo activo de la discusión son KRAMER, Larry: *The people themselves...* ob. cit.; GARGARELLA, Roberto: *La dificultad de defender el control judicial de las leyes*. En: *Revista Isonomía*, Departamento Académico de Derecho de la ITAM, N° 6, 1997 y GARGARELLA, Roberto: *La justicia frente al gobierno...* ob. cit., WALDRON, Jeremy: *The core case against judicial review*. En: *The Yale Law Journal*, University of Yale, 2006; TRIBE, Laurence: *On Reading the Constitution*, The Tanner Lectures on Human Values, University of Utah Press, 1988; SCALIA, Antonin: *A matter of interpretation. Federal Courts and the law*, Princeton University Press, New Jersey, 1997; GLOPPEN, GARGARELLA y SKAAR: *Democratization and the judiciary. The accountability function of courts in new democracies*, Frank Cass Publishers, New York, 2005, entre muchos otros. Cuestión distinta ha ocurrido en Chile, donde el debate es aún pobre en este respecto.

al órgano en cuestión, y la ley es por definición un instrumento que emana del pueblo soberano. Si no es la ley la que prescribe la existencia de dichas instituciones y sus competencias, debe ser la Constitución la que lo haga⁶¹.

La ciencia del derecho, por su parte, no goza de dicho privilegio y, por tanto, no puede entrar en el grupo de instituciones que como sociedad consideramos que deben regular nuestra convivencia y, en consecuencia, no puede ser integrante del concepto de norma; mucho menos su creadora. La norma, entendida como ordenamiento para la teoría comunicacional, con todos sus defectos y fallas, debe provenir de fuentes reconducibles a la voluntad popular. Todo esto por una cuestión que no podemos dejar pasar, y es que cuando hablamos de normas jurídicas, o situaciones reguladas por el derecho, hacemos referencia, entre muchas otras cosas, a *derechos*. La cursiva es para dar énfasis en que el derecho regula situaciones jurídicas, expectativas legítimas e intereses subjetivos que existen en función de que como sociedad hemos decidido que deben ser parte de nuestra comprensión de la ciudadanía. Así, por ejemplo, si es que tenemos frente a nosotros un problema tal como la cláusula de reserva de dominio, puede que no plantee tantos problemas de justicia como podría por ejemplo plantearlos la pobre regulación en Chile en materias fundamentales como ciertas garantías constitucionales, y puede que no nos parezca tan exagerado que un grupo de juristas con grandes conocimientos sobre materias de derecho privado "cree" una norma por la vía de su interpretación. Pero, como ciudadanos, nos parece que un grupo selecto de académicos decida sobre nuestros bienes más fundamentales es, a lo menos, chocante con nuestra idea de democracia. Pues, sin perjuicio de la importancia mayor o menor de los bienes jurídicos involucrados —el sujetar a condición el dominio de una cosa o, por ejemplo, la regulación del aborto— el proceso hermenéutico de búsqueda de soluciones a ambos tipos de casos es similar, y no hay razón para decir que es legítimo que sea la dogmática la que decida en un caso y no en el otro, pues el problema en último

61. En el régimen constitucional chileno, véanse las normas que crean y regulan la Contraloría General de la República y al Banco Central contenidas en sus capítulos X y XIII respectivamente.

término no es tanto *cómo* se genera la norma, como *si quién* la genera. Si bien cuestiones de grado diverso, ambos ejemplos plantean la misma dificultad democrática.

¿Qué rol asiste entonces a la ciencia del derecho? Con la conclusión esbozada, no queremos decir que no hay papel o lugar alguno que le quepa a la ciencia del derecho dentro del proceso de creación de normas; sólo decimos que ese rol no puede ser necesario, sino que debe limitarse a una contingencia paradójica: la ciencia del derecho *debe* pretender influir en la creación y sistematización del derecho. Esto pues el derecho es consciente de su incompletitud; de ahí la existencia de normas que regulan procesos interpretativos como los artículos del Código Civil chileno que mencionábamos, entre otras técnicas legislativas que dan cuenta de este fenómeno de auto comprensión⁶². Sin embargo el rol deviene en paradójico pues no es dable esperar que su consejo sea vinculante en la creación de la norma. Esta situación la observamos todos los días, cuando la jurisprudencia insiste una y otra vez en interpretaciones de enunciados que van en contra de lo que los juristas y dogmáticos piensan casi en forma unánime y que, sin embargo, no son escuchados. En esas situaciones no hay posibilidad de afirmar que la norma que ha sido aplicada ha sido fruto, en modo alguno, de la ciencia del derecho y, por tanto, del sistema en términos de la teoría comunicacional. La teoría *debe* plantearse a sí misma como normativa, mas no considerarse como parte del fenómeno jurídico⁶³. Recordemos,

62. Entre otras, la existencia de normas primarias y secundarias en el sentido de Hart, presencia de jerarquías normativas, remisión legislativa, reserva de ley, reserva de reglamento, exigencia de fundamentación de las sentencias, textos sistematizados de leyes dispersas, conceptos jurídicos indeterminados, leyes que fijan sentidos interpretativos, leyes o reglas que fijan criterios de resolución de antinomias, etc.

63. Esta última afirmación debe matizarse, pues claramente no es posible decir que los juristas no forman parte de los ámbitos comunicativos que le son propios al derecho. Afirmer esto, equivaldría a afirmar algo como que un sociólogo no forma parte de la sociedad. Queremos decir con esto, que *conceptualmente* y para efectos de ofrecer un concepto de derecho, no podemos contar con la ciencia jurídica como integrante del mismo.

sino, la máxima de Von Kirchmann que nos indicaba que las palabras del legislador vuelven siempre contingentes a las opiniones de los juristas.

A su vez, el deber que le asignamos a la ciencia del derecho, proviene de la función propia del intelectual, el cual por su particular orientación filosófica debe estar en constante diálogo con el legislador, con el administrador y con el juez y conectar a estos con la historia y con la sociedad. Asimismo, debe ejercer un rol de guía que evite bajo toda circunstancia los excesos de las voluntades gobernantes, especialmente las que se dejan guiar por vías representativas; evitar en el fondo lo que Michels sentenciara como la "transformación del dirigente" y la "ley de hierro de las oligarquías" (Michels, 1973). El consejo de Kant en la Paz Perpetua cobra significado y aplicación en el sentido que aquí señalamos:

"... No hay que esperar ni que los reyes se hagan filósofos ni que los filósofos sean reyes. Tampoco hay que deseárselo; la posesión de la fuerza perjudica inevitablemente al libre ejercicio de la razón..."

3. Conclusiones

La teoría comunicacional del derecho está conformada por un entramado conceptual admirable especialmente por la manera en que relaciona sus conceptos para dar vida a un verdadero sistema explicativo de lo que el derecho significa para su autor. En ese orden de cosas, damos constancia expresa de que debido a que nos hemos centrado en sólo la noción de norma presente en dicho entramado y sus relaciones con conceptos que han sido elegidos bajo el criterio del autor, dejando de lado otros que hemos considerado secundarios para los efectos de este ensayo, existe siempre el peligro de sesgar erróneamente nuestras herramientas. Esta prevención vale para efectos de señalar que somos conscientes la posibilidad de caer en no pocos ni pequeños errores. Sin embargo, asumimos como presupuesto, que la detección de los mismos debe quedar para trabajo del lector.

Las categorías de ordenamiento y sistema, nos llevan a interrelacionar a los enunciados normativos, las decisiones que les dan

vida, a los ámbitos comunicativos y lingüísticos en que se mueven y las normas resultantes del proceso de depuración conceptual de los juristas para concluir que el derecho es el resultado de dichas interrelaciones. Este trabajo parte de un presupuesto que —dada la fuerte influencia de los estudios de teoría formal del derecho— no es pacífico, pero que consideramos necesario: la necesaria vinculación entre filosofía política y filosofía o teoría del derecho. La unión en cuestión, aplicada al concepto de norma de la teoría comunicacional, entendida como el resultado del proceso de depuración conceptual y sistematización del material bruto del ordenamiento, permite concluir que la teoría comunicacional desconoce dos cuestiones: por un lado el proceso histórico que el derecho ha vivido después de desprenderse de los fundamentos sacros del derecho natural que le obligan a buscar un suelo en la voluntad de los afectados por la norma identificando, por tanto, validez con legitimidad, y por otro, el papel o rol paradójico de la ciencia jurídica, cuyo objeto principal no puede reclamar de su destinatario. En consecuencia y para sí, debe adoptar un rol constructivo y normativo, criticando a las instituciones, construyendo interpretaciones y depurando nuestros incompletos e inconsistentes ordenamientos jurídicos pero, sin poder reclamar participación en dicho proceso más que de forma puramente descriptiva. El derecho es, sin duda alguna, su objeto, pero no forma parte de él. De mantener la vinculación entre creación de norma y dogmática, la teoría comunicacional debe elegir posicionarse entre dos alternativas: o bien asume que su concepción del derecho es una (excelente) descripción de los fenómenos jurídicos, o bien debe ofrecer razones adicionales que respondan a las objeciones democráticas aquí descritas. Si opta por la primera, está sujeta a las contingencias propias del estudio de un hecho empírico: el derecho funciona de tal y cual manera, pero nada obsta a que deje de funcionar así, por lo que su construcción no servirá como modelo explicativo, abstracto y normativo. Ambas opciones, y en esto queremos ser enfáticos, no son cerradas ni consideramos que la teoría no tenga posibilidad de responder a las preguntas planteadas, pues la teoría comunicacional es una en actual construcción⁶⁴, por lo que las

64. ROBLES, Gregorio: *La justicia en los juegos. Dos ensayos de teoría comunicacional del derecho*, Trotta, Madrid, 2009. Pág. 49.

respuestas vendrán dadas en futuras publicaciones por parte de su autor y principal exponente, el profesor Robles y por quienes dediquemos tiempo a dicho propósito. Valga este trabajo, entonces, como una opinión acerca de un problema o cuestión sobre el cual la teoría comunicacional debiera pronunciarse en el futuro, advirtiendo que algunos visos de futuras referencias al problema que tratamos en este artículo pueden observarse en la estructura general de la teoría comunicacional, particularmente en su tratamiento de la teoría de la justicia.

4. Bibliografía

- ACCATINO, Daniela: *El saber dogmático en nuestra cultura jurídica*. En: *Revista de Derecho*, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, UACH, Valdivia, VOL. VIII, 1997. Págs. 7-17.
- AGAPITO, Rafael: *Prólogo*. En: Böckenförde, E. W: *Estudios sobre el Estado de Derecho y la democracia*. Págs. 9-16. Trotta, Madrid, 2000.
- ATRIA, Fernando: *Revisión judicial: el síndrome de la víctima insatisfecha*. En: *Revista Estudios Públicos*, Centro de Estudios Públicos, 2000. Págs. 347-402.
- ATRIA, Fernando, BULYGIN, Eugenio, MORESO, José, RODRÍGUEZ, Jorge, NAVARRO, Pablo, & RUIZ MANERO, Juan: *Lagunas en el derecho*, Marcial Pons, Madrid, 2005.
- BELLO, Donald: *Ordenamiento y sistema. Algunas inquietudes suscitadas por la teoría comunicacional del derecho*, Anuario de la Asociación Cultural "Seminario de Filosofía del Derecho", Madrid-Córdoba, 2011.
- BICKEL, Alexander: *The Least Dangerous Branch. The Supreme Court at the Bar of Politics*, Second Edition, Yale University Press, New Haven and London, 1986.
- BÖCKENFÖRDE, E. W.: *Estudios sobre el Estado de Derecho y la democracia*, Trotta, Madrid, 2000.
- CALSAMIGLIA, Albert: *Ciencia Jurídica*. En: GARZÓN VALDÉS, Ernesto & LAPORTA, Francisco, *El derecho y la justicia*, Trotta, Madrid. Págs. 17-27.
- CAPRILE, Bruno: *La reserva de propiedad: ¿garantía eficaz en el derecho chileno?* En: *Revista chilena de derecho*, Facultad de Derecho, PUC, N° 27. Págs. 29-49.

- COFRÉ, J. O. (1993). *Examen filosófico de los entes de ficción*. Ediciones de la Universidad Austral de Chile, Valdivia, 1993.
- COFRÉ, J. O. *La concepción ontológica de la literatura de Félix Martínez Bonati (una visión personal)*. En: *Revista Austral de ciencias sociales*, N° 7. Págs. 65-80.
- GARGARELLA, Roberto: *La justicia frente al gobierno. Sobre el carácter contramayoritario del poder judicial*, Ariel, Barcelona, 1996.
- GARGARELLA, Roberto. (abril de 1997). *La dificultad de defender el control judicial de las leyes*. En: *Revista Isonomía*, Departamento Académico de Derecho de la ITAM, N° 6, 1997.
- GLOPPEN, GARGARELLA y SKAAR: *Democratization and the judiciary. The accountability function of courts in new democracies*, Frank Cass Publishers, New York, 2005.
- HABERMAS, Jürgen: *¿Cómo es posible la legitimidad por vía de legalidad?* En: *Revista DOXA, Cuadernos de Filosofía del Derecho*, Universidad de Alicante, N° 5, 1988 (Trad. Manuel Jiménez). Págs. 21-45.
- HABERMAS, Jürgen: *Ensayos políticos*, Península, Barcelona, 2002 (Trad. Ramón Cotarelo).
- HABERMAS, Jürgen: *Perfiles filosóficos-políticos*, Taurus, Madrid, 2003 (Trad. Manuel Jiménez).
- HABERMAS, Jürgen: *Conciencia moral y acción comunicativa*, Trotta, Madrid, 2008 (Trad. Ramón Cotarelo).
- HABERMAS, Jürgen: *Facticidad y Validez. Sobre el derecho y el Estado democrático de derecho en términos de teoría del discurso*, Trotta, Madrid, 2008 (Trad. Manuel Jiménez).
- HABERMAS, Jürgen: *Teoría de la acción comunicativa*, Trotta, Madrid, 2010 (Trad. Manuel Jiménez).
- HART, Herbert. (1962): *El concepto de derecho*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1962 (Trad. Genaro Carrió).
- HART, Herbert: *Kelsen visited*. En VVAA.: *Normativity and Norms. Critical Perspectives on Kelsenian Themes*, Clarendon Press, Oxford, 1998.
- KELSEN, Hans: (2009). *Teoría Pura del Derecho (1960, segunda ed.)*, Porrúa, México D.F., 2009.

- KOHLBERG, Lawrence: *Psicología del desarrollo moral*, Desclee de Brouwer, Bilbao, 1992.
- KRAMER, Larry: *The people themselves. Popular constitutionalism and judicial review*, Oxford University Press, New York, 2004.
- MARTÍ, José Luis: *La república deliberativa. Una teoría de la democracia*, Marcial Pons, Madrid, 2006.
- MICHELS, Robert: *Los partidos políticos: un estudio sociológico de las tendencias oligárquicas de la democracia moderna. I (Vol. 1)*, Amorrortu, Buenos Aires, 1973 (Trad. E. Molina de Vedia).
- RATZINGER, & J. HABERMAS: *Dialéctica de la secularización*, Encuentro, Madrid, 2006 (trad. I. Blanco).
- ROBLES, Gregorio: *El derecho como texto. Cuatro estudios de teoría comunicacional del derecho (Segunda ed.)*, Civitas, Madrid, 2006.
- ROBLES, Gregorio: *Teoría del derecho. Fundamentos de teoría comunicacional del derecho (Segunda ed.)*, Civitas, Madrid, 2006.
- ROBLES, Gregorio: *Comunicación, lenguaje y derecho. Algunas ideas básicas de la teoría comunicacional del derecho*, Real Academia de las Ciencias Morales y Políticas, Madrid, 2009.
- ROBLES, Gregorio: *La justicia en los juegos. Dos ensayos de teoría comunicacional del derecho*, Trotta, Madrid, 2009.
- ROBLES, Gregorio: *Teoría del Derecho. Fundamentos de la Teoría Comunicacional del Derecho*, Civitas, Madrid, 2010.
- ROSANVALLON, Pierre: *La legitimidad democrática. Imparcialidad, reflexividad y proximidad*. Paidós, Madrid, 2010 (Trad. H. Cardoso).
- SÁNCHEZ, L. M. (1998): *Límites del modelo de ciencia jurídica actual. Explicaciones sobre el objeto de estudio del derecho*. En: *Revista Isonomía*, Departamento Académico de Derecho de la ITAM, N° 8, 1998. Págs. 161-177.
- SCALIA, Antonin: *A matter of interpretation. Federal Courts and the law*, Princeton University Press, New Jersey, 1997.
- TRIBE, Laurence: *On reading the Constitution*, Tanner Lectures on Human Values 9, University of Utah Press, Utah, 1988.
- WALDRON, Jeremy: *The core case against judicial review*. En: *The Yale Law Journal*, University of Yale, 2006, Págs. 1346- 1406.