

ha reconocido expresamente que la educación diferenciada no se considera incluida en el concepto de no discriminación por razón de sexo, pues existiendo una diferenciación, no resulta perjudicado ninguno de los dos sexos. Por el contrario, se trata de dar un trato especializado y particular a cada uno.

3º. Que el modelo de educación diferenciada es legítimo, no discriminatorio (si cumple los requisitos reseñados), y por tanto debe incluirse como una opción más dentro de la escuela pública, así como el derecho a recibir las ayudas públicas necesarias cuando se trate de colegios concertados, tal como reconoce la legislación europea, la legislación española y nuestra jurisprudencia. No es lícito imponer conductas o modelos educativos idénticos a ambos sexos,⁸³ ni modelos educativos únicos para todos los ciudadanos.

No pretendemos abrir una controversia acerca de cual es mejor de los dos modelos,⁸⁴ dejemos que, democráticamente, cada padre elija el mejor modelo para sus hijos.

Han quedado ya obsoletas y superadas las viejas teorías sobre la educación mixta como medio de luchar contra la discriminación por razón de sexo. La práctica ha demostrado que no ha sido así. Entendemos por tanto que ha llegado la hora de presentar ofertas escolares para alumnos de un solo sexo dentro de la educación pública; entendemos que es algo constitutivo del contenido esencial de la libertad escolar del artículo 27.6 de la Constitución. Instamos al legislador para desarrollar una ley orgánica que garantice este derecho, solo asequible en estos momentos en España, para personas con altos ingresos. La libre elección de los padres entre una u otra opción pedagógica es más propia de un país libre y democrático. Los poderes públicos, por tanto deberían financiar por igual ambos tipos de educación.

⁸³ CHIRS HEISTER. *Todos somos diferentes*. Informe Suecia 2004.

⁸⁴ Nos remitimos para ello a numerosos estudios al respecto. Entre otros, CALVO CHARRO, María. *Todos iguales pero diferentes*. *El derecho...* cit. p. 22, p. 5. También www.easse.org.

ORDENAMIENTO Y SISTEMA: ALGUNAS INQUIETUDES SOBRE LA TEORÍA COMUNICACIONAL DEL DERECHO

Donald Emerson Bello Hutt¹

Primero que todo, quisiera agradecer a los profesores de esta asociación su presencia en este lugar, así como la posibilidad que se me ha dado de primero, formar parte de la misma, y segundo, que se me otorgue el privilegio de exponer y contarles un par de cosas sobre filosofía del derecho. Para un doctorando como yo, el honor de pertenecer a un grupo de profesores en el cual se debatan temas de tanto interés como los que he tenido la oportunidad de escuchar, observar y discutir, tiene el doble efecto de por una parte sentirme tremendamente honrado, como por otra, sentir el peso de realizar una buena labor en lo que me propongo hacer hoy. Demás está decir que son libres para juzgar si aquello que me propongo hacer es bueno, malo, o más o menos útil o interesante. Me tranquiliza el alto criterio y conocimiento de las personas que me rodean hoy.

Hechos los agradecimientos, quisiera comenzar esta comunicación, señalando en primer lugar que pretendo que sea medianamente breve. Como bien decía Borges, uno se hace más grande por lo que lee que por lo que escribe, por lo que dar paso a reflexiones posteriores esta ponencia es un momento que no dilataré más de lo necesario.

La comunicación que hoy tiene como título "Ordenamiento y sistema: algunas inquietudes sobre la teoría comunicacional del derecho" refleja o intentará reflejar, precisamente aquello: inquietudes. En principio, y por razones de orden, comenzaré haciendo una breve exposición de una serie de elementos fundamentales de esta teoría. Breves pues

¹ Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales por la Universidad Austral de Chile; Máster en Estudios Avanzados de Filosofía por la Universidad de Valladolid; Doctorando en Filosofía por la Universidad de Valladolid.

contamos con una suerte doble: Que la teoría se encuentra muy bien desarrollada en diversos textos y que hemos presenciado su desarrollo en la una sesión del seminario por parte de su autor don Gregorio Robles Morchón.

Este desarrollo expositivo, supondrá además centrarme en un aspecto específico de la teoría, que como el título de la ponencia refleja, se trata de las relaciones entre las nociones que maneja la teoría comunicacional de ordenamiento por un lado, y sistema por el otro. Ambos términos asumen fisonomías propias del vocabulario de la teoría comunicacional.

Hecha esta parte, canónica si se quiere, pasaré a exponer directamente las inquietudes, las cuales se tienen que ver con cuestiones relativas al papel que puede reclamar la ciencia jurídica, el concepto de norma que maneja la teoría comunicacional del derecho y el carácter normativo o descriptivo de la teoría del derecho a la hora de definir al derecho mismo. Por último, quiero agregar una inquietud de tipo filosófico político, planteándome la pregunta por lo que pudiéramos llamar el “argumento democrático”. Para ello me centraré en lo que Böckenförde denominó cadenas de legitimación.

I. BREVE EXPOSICIÓN CANÓNICA

La primera cuestión que uno puede observar en la teoría comunicacional es la problematización, ya clásica en la teoría del derecho, del concepto del derecho. Robles Morchón sitúa así a su teoría en la estela dejada por la ironía kantiana referente al concepto de derecho. Para la teoría comunicacional, la voz derecho designa una multiplicidad de ordenamientos jurídicos, o más bien, de ámbitos jurídicos. Debemos en consecuencia, analizar a qué se refiere la teoría comunicacional con ámbitos jurídicos: Robles Morchón define esta categoría como un “Conjunto de procesos comunicativos que tienen como referencia directa a un ordenamiento jurídico determinado”².

² Robles Morchón, Gregorio. *Comunicación, lenguaje y derecho. Algunas ideas básicas de la teoría comunicacional del derecho*. Real Academia de las Ciencias Morales y Políticas. Madrid, 2009, p. 19.

Este concepto, nos guía a su vez a dos preguntas distintas, a saber, qué es un ordenamiento y cómo y en qué medida se relaciona éste con el ámbito. Sobre la primera cuestión, el ordenamiento opera como un punto de referencia, un centro alrededor del cual giran todos los elementos que componen el ámbito. Como vemos, llegados a este punto, el ordenamiento es sólo un elemento referencial, situacional si se quiere, dentro de la comprensión del fenómeno que conocemos como derecho. Por su parte, las posibles relaciones que surjan entre el ámbito y el ordenamiento, dependerán a su vez de qué es lo que consideramos como ámbito jurídico: la respuesta es que consiste en un conjunto de procesos comunicativos que tienen lugar en relación con, o en referencia a, un ordenamiento jurídico determinado³. La idea de comunicación entonces se encuentra presente en la teoría comunicacional como algo que la cruza en todo su entramado. El derecho mismo es concebido como un sistema de comunicación entre los hombres cuya misión inmanente es dirigir la acción humana. Como sistema de comunicación entonces, consiste en un sistema de signos. El sistema de signos a que aludimos viene generado por el ordenamiento que, para darle ya más forma que un simple elemento situacional podemos concebirlo como un conjunto de normas en bruto⁴, el texto jurídico que se encuentra en aquello que tradicionalmente concebimos los juristas como fuentes del derecho y que se manifiesta en textos cuyo lenguaje es esencialmente prescriptivo.

Tengamos en mente por ahora, entonces, las categorías que han surgido hasta ahora y su especial significado en la teoría comunicacional del derecho.

El ordenamiento jurídico tiene a su vez como referencia la idea de decisión. Los diversos tipos de decisión dan lugar a un esquema que tradicionalmente conocemos como fuentes del derecho, y que se

³ Robles Morchón, Gregorio. *Comunicación, lenguaje y derecho. Algunas ideas básicas de la teoría comunicacional del derecho*. Real Academia de las Ciencias Morales y Políticas. Madrid, 2009, p. 23.

⁴ “ORD es un texto desorganizado, bruto, compuesto por todos los textos tal como han salido de las decisiones de los generadores de normas, puestos unos después de otros, sin conexión entre ellos...”. Robles Morchón, Gregorio. *Teoría del Derecho. Fundamentos de la Teoría Comunicacional del Derecho, V I. Tercera edición*. Civitas, Madrid. 2010. p. 141.

inicia con la decisión constituyente, y que finaliza con fuentes de menor fuerza normativa —en términos formales y sustanciales— como son las sentencias y los negocios jurídicos. La teoría comunicacional del derecho nos dice que el ordenamiento es un conjunto de textos jurídicos, legales, constitucionales, administrativos y contractuales que se emite por vía de decisiones y que conforma un grupo de textos “en bruto”, esto es, sin depuración conceptual y que de manera desordenada existe en función de regular la vida en sociedad y estabilizar las expectativas de comportamiento de quienes están sujetos a los mandatos del legislador, administrador o juez o quien tenga la potestad y competencia de generar derecho. En este orden de ideas, la teoría comunicacional del derecho considera que el texto jurídico en bruto requiere un reflejo y elaboración sistemática y crítica por parte de una serie de personas que tradicionalmente denominamos juristas. Es aquí donde agregamos el último subconjunto al trinomio ordenamiento —ámbito— sistema: “Si mediante las decisiones jurídicas se crean los textos cuyo conjunto conforma el texto global que es un ordenamiento jurídico, la transformación de éste en *sistema* tiene lugar gracias a la labor intelectual de la ciencia jurídica, a la que también llamamos dogmática jurídica (con objeto de distinguirla de otras ciencias, como la sociología del derecho). La dogmática organiza la interpretación y comprensión del texto global de un ordenamiento en unidades (<<cueros>> diría R. von Ihering) relativamente autónomas, que tradicionalmente reciben el nombre de instituciones. El conjunto de instituciones configura el sistema jurídico, que es el texto que, reflejando el ordenamiento, lo comporta y lo perfecciona para su aplicación a casos concretos”.

El sistema comunicativo que es el derecho, viene generado entonces por el ordenamiento, que por medio del trabajo expositivo, interpretativo y constructivo de la ciencia jurídica, se transforma en sistema. El sistema no es otra cosa entonces, que otro sistema de comunicación, un sistema que entonces participa de las características de un sistema científico, y además práctico pues pretende dirigir la conducta de los destinatarios, es decir, los miembros de la sociedad. La transformación,

⁵ Robles Morchón, Gregorio. *La Teoría Comunicacional del Derecho: su estructura y sus niveles de análisis en La Justicia en los Juegos. Dos ensayos de teoría comunicacional del derecho*. Mínima Trotta, Madrid, 2009, p. 57.

implica una reconstrucción hermenéutica que no solo refleja al ordenamiento, sino que crea su estructura formal e interpreta sus contenidos dando origen a la noción de norma que maneja la teoría comunicacional del derecho, cual es: <<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>>. Obsérvese cómo en esta definición se concibe a la norma jurídica como una expresión de lenguaje vinculada al sistema, el cual a su vez refleja al ordenamiento. La norma no surge del ordenamiento como si surge del sistema.

Ahora bien, esta función atribuida por la teoría comunicacional a la ciencia del derecho, viene dada por una fuerte vinculación en sus herramientas de análisis. No sólo toma las herramientas que la filosofía analítica otorga para la descripción del fenómeno jurídico, sino que usa la hermenéutica para extraer el potencial constructivo que la dogmática tiene en el lenguaje jurídico, el cual extrae el significado más profundo del texto a que se aboca. Eso en cuanto a la exposición descriptiva.

II. SOBRE LAS INQUIETUDES

En segundo lugar, quisiera ahora entrar en las inquietudes que me generan los conceptos y construcciones que acabo de repasar.

I.- Sobre el ordenamiento jurídico como texto “en bruto”.

Esta primera inquietud, surge con la idea de “morigerar” o “sua- vizar”, y espero que se me entienda el término, usado en cierto sentido metafórico, la expresión de *texto jurídico bruto*. Bruto nos da la idea de un grupo de textos sin relaciones entre ellos, sin instituciones construidas, y la imagen de un derecho que no es consciente de sus ambigüedades, incongruencias, inconsistencias, redundancias y vacíos. Los diversos textos de la teoría comunicacional del derecho se refieren al ordenamiento en ese sentido, y su referencia a la carencia depurativa es reiterada en muchas partes de la misma⁶.

⁶ “... Éste no es otra cosa que un sistema de comunicación. Va dirigido a multitud de personas para que estas se entiendan entre sí. No sólo es un sistema

La verdad es que efectivamente los ordenamientos jurídicos suelen contener dichas anomalías, y que efectivamente los operadores jurídicos se ven en dificultades cuando se las encuentran y que deben recurrir a procesos hermenéuticos que ya parecen inherentes al derecho mismo. Pero es quizás apresurado el que nos arrojemos a declarar por ello al ordenamiento como bruto y sin depuración. Es cuestión de observar cómo ciertos ordenamientos intentan resolver estos problemas, ya no con las conocidas normas auxiliares de interpretación, sino con técnicas legislativas y judiciales específicas para sistematizar al derecho "desde adentro". Ejemplos de ello son las llamadas leyes que fijan textos refundidos, encargadas de hacer desaparecer la dispersión normativa propia de diversas instituciones. Las denominadas leyes interpretativas, encargadas de fijar diversos criterios para la interpretación de los textos que el mismo legislador considera como oscuros. Las diversas técnicas de derogación orgánica, la técnica de la remisión legislativa, etc.

Un buen ejemplo lo constituye la Ley Orgánica constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado de Chile, N° 18.575 y el Decreto con fuerza de ley que promulga fija su texto refundido, coordinado y sistematizado, toda vez que con anterioridad a dicho texto, podíamos encontrar diversas normas jurídicas referentes a la estructura orgánica y las potestades de los diversos órganos de la administración chilena que estaban dispersas, como por ejemplo, las normas referentes a probidad administrativa, la que se encontraba en una ley distinta. Este texto, obra del legislador chileno y el presidente de la República, facilitó el trabajo de los operadores jurídicos por la vía de un ejercicio de autoconciencia. No es en este caso un texto jurídico en bruto desde el punto de vista de su sistematización. Queremos plasmar con esto

<<científico>> acuñado con el rigor propio de la ciencia del derecho (...) " ... Ahora bien, como hemos podido comprobar en el capítulo anterior referente a las fuentes del derecho, la propia estructura interna del ordenamiento, no viene <<dada>> por éste, sino que precisa de una tarea de construcción hermenéutica...". "...ORD es un texto desorganizado, bruto, compuesto por todos los textos tal y como han salido de las decisiones de los generadores de normas, puestos unos después de otros, sin conexión entre ellos..." En Robles Morcón, Gregorio. *Teoría del Derecho. Fundamentos de la teoría comunicacional del derecho*. V I. Tercera edición. Civitas, Madrid. 2010. P 141.

que el ordenamiento jurídico es consciente de sus dificultades –algo aprendieron los operadores jurídicos del sueño roto del proyecto jurídico de la modernidad– y si bien dichas técnicas aún requieren una interpretación posterior, no hemos aún justificado que el papel de intérprete y "depurador" se le asigne a la doctrina, como si se lo asigna la teoría comunicacional del derecho.

2.- La segunda inquietud, me ha surgido a partir de una serie de afirmaciones que relacionan a la ciencia del derecho con la función de producir derecho⁷. Ya vemos por ejemplo que la teoría comunicacional del derecho considera que la norma jurídica es una proposición lingüística surgida del sistema, no del ordenamiento y que tiene como referencia a este último, cuya función inherente es dirigir la conducta de sus destinatarios. Sin perjuicio de que entremos posteriormente en la idea de norma en dicho sentido, como cuestión previa, observamos que la doctrina tiene en la teoría comunicacional del derecho la función de construir derecho, producir normas e instituciones a partir de la afirmación o constatación de la al parecer limitada naturaleza del ordenamiento o categoría no depurada. En ese sentido, la construcción de las instituciones, es obra de la ciencia del derecho.

No podemos evitar ver una conexión en dichos postulados con la denominada jurisprudencia de conceptos, cuyo máximo exponente, como todos sabemos fue Rudolph Von Ihering. Guardando las diferencias, la jurisprudencia de conceptos guardaba la idea que también defiere la teoría comunicacional del derecho, y es esta vinculación entre la depuración conceptual y su aplicación al ordenamiento mismo. Los diversos representantes de la jurisprudencia de conceptos, continuadores de la escuela histórica alemana con Savigny, Puchta y Windscheid entre otros, comparten la recepción del derecho romano en la codificación alemana y dan un papel central a la lógica y a la depuración conceptual del

⁷ "... La elaboración y justificación de esta "plantilla", "mapa" o "modelo" es una tarea que corresponde a la teoría del derecho (o filosofía jurídica) cuya misión es suministrar al jurista dogmático (científico) y al jurista práctico (operador jurídico) esa "guía" que éstos llenarán después, en su labor interpretativa los primeros, y en su labor interpretativa y aplicativa los segundos..." en *Comunicación, lenguaje y derecho. Algunas ideas básicas de la teoría comunicacional del derecho*. Real Academia de las Ciencias Morales y Políticas, Madrid, 2009.

En éste orden de ideas, el método de la teoría comunicacional del derecho en la creación de normas jurídicas, o del sistema en su totalidad, comparte el método de creación de normas de la jurisprudencia de conceptos. Así, son pasos necesarios para ambas teorías explicativas del fenómeno jurídico: A) sistematización, B) concentración lógica de materias, C) el uso adecuado del lenguaje jurídico.

En cuanto a la idea de sistematización, ya hemos visto como la teoría comunicacional del derecho considera al sistema como la labor de los juristas, quienes por medio de la depuración de los conceptos que como referencia entrega el ordenamiento, puede crear la norma jurídica después de un proceso de depuración hermenéutico. Para ambas disciplinas el sistema permite que los conceptos se hallen relacionados entre sí con armonía y sin antinomias

Respecto de la concentración lógica de materias ambas doctrinas comparten que el uso y análisis de las herramientas del lenguaje jurídico y sus diversos conceptos, permite la sistematización de una serie de categorías, "cuerpos" para Ihering, instituciones para la teoría comunicacional del derecho.

Entre las muchas críticas que recibió la jurisprudencia de conceptos, creemos que la más acertada para ser llevada al ámbito de la teoría comunicacional del derecho, es aquella que considera que estas doctrinas implican una dogmatización excesiva del derecho y sus ámbitos comunicativos⁸. Considerar a la doctrina como parte integrante de la generación del derecho y además como parte necesaria de su concepto, implica darle un papel a la doctrina que el ordenamiento jurídico y sus aplicadores no le conceden en forma expresa. Las posibles relaciones fácticas que podamos observar en la creación de normas, su aplicación y la influencia que ejerce la doctrina en dichos procesos, no dejan de ser contingentes —por oposición a necesarios—, pues ni el legislador ni el juez han reconocido en la historia —salvando la excepción del derecho

⁸ Debemos, eso sí, ser justo en una cuestión específica con la jurisprudencia de conceptos y es que tuvo el gran logro de la influencia que ejerció esta corriente en la codificación del derecho privado alemán, donde la depuración conceptual y la ordenación de materias por vía de la creación de instituciones fueron tomadas en cuenta por los legisladores. El efecto buscado era eliminar el arbitrio judicial.

derecho por esta vía. Ihering, sin embargo, no obstante participar de esta escuela, y ser un representante importante de la misma, en un segundo periodo de su obra critica a la escuela decantándose más bien por la jurisprudencia de principios. Irónicamente es el mismo autor quien se dedica a terminar con los postulados de la jurisprudencia de conceptos, siendo partidario de la idea que los conceptos que desarrollan los juristas de nada sirven para resolver problemas fácticos. Ciertamente es que de la lectura de la teoría comunicacional del derecho no se puede desprender, como si hacían los partidarios de la jurisprudencia de conceptos, que se pretende postular la plenitud del derecho ni el carácter meramente mecánico del aplicador del derecho, pero sí comparte dos características específicas, a saber: la creación de la ley —la teoría comunicacional del derecho hablará de norma— y la elaboración de los conceptos jurídicos.

En cuanto a la creación de la ley, la jurisprudencia de conceptos se refiere a los sujetos que idealmente deben intervenir en la creación de las leyes. Son los estudiosos del derecho, los teóricos y científicos del derecho los preparados para formular conceptos jurídicos lógicamente ideales. Quizás la diferencia más importante entre la teoría comunicacional del derecho y la jurisprudencia de conceptos, es el grado de importancia que esta última le otorga a la ciencia jurídica como creadora *exclusiva* de las instituciones jurídicas y como depuradora del fenómeno jurídico restándole importancia al operador práctico del derecho, el que nada conoce más que situaciones concretas sin poder acceder a la esencia del fenómeno jurídico. Sus defensores sitúan a la lógica como la piedra angular de la estructura del derecho, que coloca en perfecta posición a los conceptos para formar la pirámide que es el símbolo del sistema jurídico. Nos encontramos aquí en el llamado "cielo" de los conceptos. En este orden de cosas, la teoría comunicacional del derecho no sitúa a la lógica ni a la ciencia del derecho como un único referente, pero sí como uno necesario desde el punto de vista conceptual para entender la noción de norma, al cual se construye como hemos dicho desde la idea de sistema, y no desde el ordenamiento. Sitúa a la dogmática como otro conjunto integrante del concepto de derecho de manera necesaria y no meramente contingente, como creemos que es el carácter real de la ciencia jurídica.

romano clásico— a la doctrina de los juristas como una fuente. Ya lo consideraba así Kelsen al cerrar la Teoría Pura del Derecho, cuando respecto de la interpretación doctrinal señalaba que "...No es, a diferencia de la interpretación de los órganos jurídicos, una mera producción del derecho. La tesis de que es posible, mediante una mera interpretación intelectual cognoscitiva del derecho válido, lograr derecho nuevo, es el fundamento de la llamada jurisprudencia de conceptos, rechazada por la teoría pura del derecho. De ahí que la pura interpretación cognoscitiva que realiza la ciencia jurídica es también incapaz de colmar las lagunas que se afirma que existen en el derecho. El colmar una de esas lagunas del derecho es una función de producción de derecho, que sólo puede ser cumplida por un órgano de aplicación del derecho y esta función no se cumple por la vía de la interpretación del derecho válido...".⁹ Este tratamiento y comparación de la teoría comunicacional del derecho con la jurisprudencia de conceptos, que da cuenta de la cercanía de las discusiones relativas al papel de la ciencia del derecho, nos permite entrar en la tercera inquietud.

3.- La tercera inquietud es relativa a la construcción completa de la teoría comunicacional, sustentada sobre el trinomio ordenamiento-sistema-ámbito. La idea de una teoría que intente responder a la pregunta por un concepto de derecho supone que no solo refleje sus componentes de la realidad, sino también sus componentes normativos. En ese sentido la teoría comunicacional del derecho pareciera adolecer de un sesgo pragmático o sociológico-jurídico que explica como "funciona" el derecho en, si se quiere, la gran mayoría de las ocasiones, pero que no responde a cómo o más bien, si es que ese funcionamiento puede reclamar un cierto grado de obligatoriedad o fuerza más allá de una descripción de los hechos. Pareciera ser que pudiéramos traer a colación la crítica que el positivismo metodológico realizara al realismo norteamericano: El derecho puede que se manifieste así en la práctica, pero el hecho que el concepto central para identificar el derecho sea la norma, la norma emane de una fuente, y la doctrina no sea fuente del derecho, nos impide que el sistema pueda efectivamente reclamar el papel que la teoría comunicacional del derecho le asigna. Su función, por más

⁹ Kelsen, Hans. *Teoría Pura del Derecho*. Porrúa. México, 2009. p. 355

que se haya repetido en la historia, es meramente contingente. Dicha contingencia nos recuerda a la máxima de Von Kirchmann: «En tanto que la ciencia (del derecho) hace de lo contingente su objeto, ella misma se vuelve contingencia (tres palabras rectificadoras del legislador, y bibliotecas enteras se convierten en pasta de papel.»¹⁰ Citamos a Von Kirchmann con fines para poder plantear el fondo de esta inquietud, y es la pregunta consistente en ¿cuál es el papel que puede reclamar la ciencia del derecho? Nuestra respuesta es problemática, y probablemente no resuelve nada, pero nos recuerda o nos trae a colación las disputas que versan sobre si la ciencia del derecho debe ser una ciencia meramente descriptiva o si es que puede reclamar para sí, o si es su deber el operar más allá de la mera descripción. Mi postura es que la ciencia jurídica se encuentra en una posición que quisiera denominar como "trágica", postura que va en directa relación con la noción de prestigio, el cual ha sido redefinido por un sector de teoría a partir de la interpretación de la ciencia jurídica como un saber que puede ser científico y que también puede (o suele) operar como una técnica, en cuanto desempeña además una función práctica o útil. Sin embargo, la tragedia radica para nosotros en que la búsqueda de dicho prestigio por parte de la ciencia jurídica no puede ser plena, pues el reclamo de su utilidad es interno para ella misma, mas no puede trasladarse a que ésta —o el sistema en la teoría comunicacional del derecho— sea parte integrante de un concepto de derecho. El reclamo que la ciencia del derecho hace para sí misma no puede ser exigible al ordenamiento.

Llegados a este estadio de la crítica, quisiera plantearles a ustedes una cuestión que está pensada desde el lugar de un lego, y dice relación con la posibilidad de cuestionar el lugar del sistema y por tanto la doctrina en la teoría comunicacional del derecho desde el denominado teorema de la incompletitud de Kurt Gödel. Estos son dos célebres teoremas de lógica matemática que se aplican a la existencia de sistemas formales, ambos relacionados con la idea de proposiciones indecidibles en ciertas teorías aritméticas, pero que han encontrado aplicación en otros ámbitos, como por ejemplo, la lingüística. El primer teorema de

¹⁰ La cita completa se encuentra en 'Die Wertlosigkeit der Jurisprudenz als Wissenschaft', 1848, página. 37 de la nueva edición de G. Neese, 1938.

incompletitud afirma que, bajo ciertas condiciones ninguna matemática formal capaz de describir los números naturales y la aritmética con suficiente expresividad, es a la vez consistente y completa. Es decir, si los axiomas de dicha teoría no se contradicen entre sí, entonces existen sentencias que no pueden refutarse ni probarse. Pero el que más nos interesa es el segundo teorema, que es una aplicación o caso particular del primero, que versa que una de las sentencias indecidibles de dicha teoría es aquella que "afirma" la completitud de la misma. Es decir, que si un sistema en cuestión es consistente, no es posible probarlo dentro del propio sistema.

Ahora, la teoría comunicacional del derecho incluye dentro de su concepto de derecho al sistema, cuando es el sistema mismo el que se incluye como parte integrante de la explicación del fenómeno jurídico, vale decir del concepto de derecho. La teoría entonces define al derecho como aquello que define la teoría, y la teoría misma se incluye como integrante del concepto de derecho. El segundo teorema implica que si el sistema en cuestión es consistente, no es posible probarlo dentro del mismo sistema. Requiere en consecuencia de una prueba externa. Para responder entonces a la pregunta por el concepto de derecho, la teoría del derecho debe situarse fuera del fenómeno que explica. Nos encontramos en consecuencia frente a un fenómeno de autoreferencia: es el derecho el que dice que es el derecho¹¹. Léase por favor este recurso a Gödel como una corazonada y nada más, pues requiere un trabajo más extenso, pero el asunto de fondo que queremos que quede presente es que consideramos que el derecho sigue pudiendo ser explicado sin el recurso a la doctrina. En esto tendrá particular importancia el argumento democrático.

4.- Para ir finalizando, quisiera plantear otra inquietud que me genera la teoría comunicacional del derecho cuando asume que el fenó-

¹¹ El que la teoría comunicacional señale que el subconjunto (del conjunto mayor que es el derecho) representado por el sistema, sea el que define al derecho, implica que la ciencia del derecho asume un papel imposible de criticar. Es similar a situaciones lingüísticas como las siguientes oraciones: "yo no soy el sujeto de esta oración"; "La siguiente frase es verdadera. La frase anterior es falsa"; "esta oración no verbo". En ese sentido, las oraciones señalan cuestiones que no son cuestiones a menos que se estudien con criterios externos a ellas mismas.

meno derecho supone la creación de normas por parte del sistema, es decir, por parte de la ciencia del derecho, y tiene que ver con una suerte de objeción democrática. Si es que uno analiza desde el punto de vista de la filosofía política, al poder judicial en relación con cuestiones como la división de poderes, la teoría de la representación y las denominadas instituciones contra mayoritarias, así como en el mundo anglosajón la cuestión referente a la judicial review, nos encontramos que la gran objeción consiste en la falta de legitimidad democrática en que incurren los tribunales de justicia cuando deciden entre otras cosas, casos en que el derecho no se ha pronunciado o que requieren una interpretación discutible. Y es que el fondo del argumento es que el juez debe estar sujeto en todo caso a la aplicación del derecho vigente que emana del legislador por tener este último en su seno la representación del pueblo. Estoy consciente de que la discusión está burdamente descrita, pero lo que me interesa retener aquí es el hecho que el problema con que se encuentran los órganos de aplicación es que siempre deben recurrir en la justificación de sus decisiones a normas que operan como expresión de legitimidad popular en al menos un mínimo grado de aquello que Böckenforde denomina "cadenas de legitimación"¹². Es por esa razón que exigimos que los jueces decidan en base a normas que consideramos legítimas *porque* son parte del ordenamiento jurídico, y operan como razones perentorias por el hecho que su validez, entendida como pertenencia a un ordenamiento, puede ser atribuida en algún punto de la cadena al pueblo soberano. No puedo evitar escuchar un "chirrido" con esta idea cuando analizo el concepto de norma que maneja la teoría comunicacional del derecho, la que, como veíamos, asume que la norma es obra del sistema, de la ciencia del derecho. La participación de la ciencia jurídica en la tarea hermenéutica de la interpretación, *puede* (no debe) ser parte de un argumento que opera desde el punto de vista de la

¹² "...Lo decisivo es que la cadena de legitimación no se vea interrumpida por la intervención de un órgano o de un cargo no legitimado democráticamente o no legitimado así de forma suficiente. La cadena de actos de designación individual de cada cargo público tiene que discurrir sin fisuras hasta el pueblo como titular del poder del Estado...". Böckenforde, Ernst Wolfgang. *Estudios sobre el Estado de Derecho y la democracia*. Trotta. Madrid. 2000. p. 58.

justificación interna de la aplicación de una decisión jurídica, pero en último término no le es exigible al órgano de aplicación su referencia a una doctrina específica, como si lo es apoyarse en una fuente formal, pues la norma en sí misma emana, no de la doctrina, sino del ordenamiento. Si el ordenamiento no se encuentra pleno, si es que adolece de vacíos, etc., no es óbice para que quien se ve en la obligación de decidir pueda prescindir del recurso a la doctrina, fallando de acuerdo a sus propias doctrinas, con el límite de que siempre deberá justificar en último término su decisión en el derecho. Esto es válido para toda la cadena de decisiones que podemos observar en los ordenamientos jurídicos, que cruza a los tres poderes del Estado. El legislador no requiere o no se ve obligado a recurrir a asesorías parlamentarias, ni el administrador ni el juez a recurrir a las doctrinas que tratan sus respectivos problemas, y esto implica que el derecho, en su auto comprensión no contempla, por razones democráticas, a la ciencia del derecho como parte necesaria de sí.

III. UNAS PALABRAS FINALES

Quisiera finalizar esta exposición agradeciendo nuevamente esta posibilidad, esperando haber contagiado las inquietudes que he planteado aquí e impulsado a seguir pensando la teoría comunicacional en sus diversos aspectos. Esta es una tarea que de mi parte considero, al menos, estimulante. En ese sentido, creo que las preguntas aquí planteadas tienen un valor al menos como idea, a fin de desarrollar aspectos interesantes en la teoría del derecho. Espero que quienes me hayan escuchado, como quienes posiblemente lean esta ponencia, se sientan igualmente estimulados. Muchas gracias.

REFERENCIAS

- Böckenforde, Ernst Wolfgang. *Estudios sobre el Estado de Derecho y la democracia*. Trotta, Madrid, 2000.
- Kelsen, Hans. *Teoría Pura del Derecho*. Porrúa. México, 2009.

- Robles Morchón, Gregorio. *Comunicación, lenguaje y derecho. Algunas ideas básicas de la teoría comunicacional del derecho*. Real Academia de Ciencias Morales y Políticas. Madrid, 2009.
- Robles Morchón, Gregorio. *El derecho como texto. Cuatro estudios de teoría comunicacional del derecho*. Thompson Civitas. 2006.
- Robles Morchón, Gregorio. *La Teoría Comunicacional del Derecho: su estructura y sus niveles de análisis en La Justicia en los Juegos. Dos ensayos de teoría comunicacional del derecho*. Minima Trotta.
- Robles Morchón, Gregorio. *Teoría del Derecho. Fundamentos de la teoría comunicacional del derecho. V I. Tercera edición*. Civitas, Madrid.