

---

Gregorio  
Robles Morchón

Rubén Alberto  
Duarte Cuadros

EDITORES

---

---

**A P O R T E S**  
A LA TEORÍA  
COMUNICACIONAL  
DEL DERECHO (TCD),  
FILOSOFÍA DEL DERECHO  
Y TEORÍA JURÍDICA

---



**UNIVERSIDAD  
LIBRE®**

Facultad de Filosofía y  
Ciencias Humanas  
Bogotá D.C.

## Gregorio Robles Morchón

Fundador de la Teoría Comunicacional del Derecho (TCD). Doctor en Derecho (1975). Profesor Ordinario de Teoría del Derecho, Filosofía del Derecho y Sociología Jurídica en la Universidad de las Islas Baleares (1983), y de Derecho de la Unión Europea en la Universidad Pontificia de Salamanca (1990). Actualmente Profesor Emérito en el Programa de Doctorado “Economía y Derecho” de la Universidad Camilo José Cela (Madrid) (2018). Académico de Número de la Real Academia de Ciencias Morales y Políticas (Madrid) (2009). Su obra principal es *Teoría del Derecho. Fundamentos de Teoría comunicacional del Derecho*, última edición, Civitas, 2015. Sus dos libros más recientes: *La Sociología de Theodor Geiger* (2019) y *Retórica para Juristas* (2019), ambos en Ed. Olejnik, Santiago-Chile.

---

Gregorio  
Robles Morchón

Rubén Alberto  
Duarte Cuadros

---

EDITORES

---

---

**A P O R T E S**  
A LA TEORÍA  
COMUNICACIONAL  
DEL DERECHO (TCD),  
FILOSOFÍA DEL DERECHO  
Y TEORÍA JURÍDICA

---



**UNIVERSIDAD  
LIBRE®**

Facultad de Filosofía y  
Ciencias Humanas  
Bogotá D.C.

Aportes a la Teoría Comunicacional del Derecho (TCD), Filosofía del Derecho y Teoría Jurídica / Gregorio Robles Morchón, Rubén Alberto Duarte Cuadros, editores.  
– Bogotá : Universidad Libre, 2020.

359 p. ; 24 cm.

Incluye referencias bibliográficas.

ISBN 978-958-5578-36-4

1. Teoría comunicacional del Derecho (TCD) 2. Filosofía y ética 3. Filosofía del derecho

I. Robles Morchón, Gregorio, ed. II. Duarte Cuadros, Rubén Alberto, ed.

340.1

SCDD 23

Catalogación en la Fuente – Universidad Libre. Biblioteca

*Comentarios y sugerencias*

*Correo del autor:* ruben.cuadros@unilibre.edu.co

© Facultad de Filosofía y Ciencias Humanas, 2020.

© Universidad Libre, sede principal, 2020.

ISBN IMPRESO: 978-958-5578-36-4

ISBN DIGITAL: 978-958-5578-37-1

Queda hecho el depósito que ordena la Ley.

Reservados todos los derechos. No se permite la reproducción total o parcial de esta obra ni su incorporación a un sistema informático ni su transmisión en cualquier forma o por cualquier medio (electrónico, mecánico, fotocopia, grabación u otros) sin la autorización previa y por escrito de los titulares del copyright.

*Editorial:* Universidad Libre

*Coordinación de Publicaciones y Comunicaciones:* Luz Bibiana Piraguta Correa

*Correo:* comunicaciones@unilibre.edu.co

Calle 8 n.º 5-80, tel. 3821000, Bogotá, D. C.

*Corrección de estilo:* Mateo Romo Ordoñez.

*Diseño y diagramación:* AF&M Producción Gráfica S.A.S. - Diana Guayara V.

Esta obra está cofinanciada por el Fondo de Publicaciones de la Universidad Libre Impreso en Colombia en los talleres gráficos

de AF&M Producción Gráfica S.A.S.

Carrera 68 G n.º 64A - 31

tel. +57(1) 250 1584

[afmproducciongrafica@gmail.com](mailto:afmproducciongrafica@gmail.com)

Bogotá, D. C., Colombia, 2020

Printed in Colombia



**UNIVERSIDAD LIBRE®**  
Vigilada Mineducación

## Directivas

|                                                                                               |                                 |
|-----------------------------------------------------------------------------------------------|---------------------------------|
| <i>Presidente Nacional</i>                                                                    | Jorge Alarcón Niño              |
| <i>Vicepresidente Nacional</i>                                                                | Jorge Gaviria Liévano           |
| <i>Rector Nacional</i>                                                                        | Fernando Dejanón Rodríguez      |
| <i>Censor Nacional</i>                                                                        | Ricardo Zopó Méndez             |
| <i>Secretario General</i>                                                                     | Floro Hermes Gómez Pineda       |
| <i>Presidenta Seccional</i>                                                                   | María Elizabeth García González |
| <i>Rector Seccional</i>                                                                       | Fernando Arturo Salinas Suárez  |
| <i>Decano de la Facultad de Filosofía y Ciencias Humanas</i>                                  | Rubén Alberto Duarte Cuadros    |
| <i>Directora del Centro de Investigaciones de la Facultad de Filosofía y Ciencias Humanas</i> | Adriana Ruelle Gómez            |

## COMITÉ EDITORIAL

Adriana Ruelle Gómez  
Hernán Martínez Ferro  
Rubén Alberto Duarte Cuadros

### Comité Científico

Ricardo Sánchez Ángel  
*Doctor en Historia por la Universidad Nacional de Colombia*

Elías Castro Blanco  
*Doctor en Estudios Políticos por la Universidad Externado  
de Colombia*

Hernán Martínez Ferro  
*Doctor en Sociología Jurídica e Instituciones Políticas  
por la Universidad Externado de Colombia*

Gregorio Robles Morchón  
*Doctor en Derecho por la Universidad Complutense  
de Madrid, España*

### Editores

Gregorio Robles Morchón  
Rubén Alberto Duarte Cuadros

## CONTENIDO

PRÓLOGO  
Gregorio Robles Morchón 9

PRESENTACIÓN. APORTES A LA TEORÍA COMUNICACIONAL  
DEL DERECHO (TCD). FILOSOFÍA DEL DERECHO Y TEORÍA  
JURÍDICA  
Rubén Alberto Duarte Cuadros 15

COMUNICACIÓN, RETÓRICA Y ARGUMENTACIÓN  
EN EL DERECHO  
Gregorio Robles Morchón 19

LA TEORÍA Y EL CONCEPTO DE NORMA JURÍDICA EN  
LA TEORÍA COMUNICACIONAL DEL DERECHO  
UN ESTUDIO DE TEORÍAS RIVALES  
Liliana Ortiz Bolaños 41

EL PAPEL DE LA COSTUMBRE ANTE LA POSITIVIDAD  
DEL DERECHO MODERNO: LA COSTUMBRE EN LA TEORÍA  
COMUNICACIONAL DEL DERECHO  
Diego Medina Morales 75

JUSTICIA Y DIGNIDAD HUMANA EN LA TEORÍA DE  
LAS DECISIONES JURÍDICAS  
Ángela Aparisi Miralles 105

HACIA UNA PROPUESTA COMUNICACIONAL EN RELACIÓN  
CON LA TEORÍA DEL DERECHO Y LA SOCIOLOGÍA JURÍDICA  
Napoleón Conde Gaxiola 125

POSITIVIDAD COMO INTERPRETACIÓN: VIOLA-ZACCARIA  
Y GREGORIO ROBLES. UN ANÁLISIS COMPARATIVO  
Encarnación Fernández Ruiz-Gálvez 153

LA NECESARIA Y DINÁMICA YUXTAPOSICIÓN ENTRE  
ABSTRACCIÓN Y CONCRECIÓN DE LO JURÍDICO EN  
LOS DISTINTOS NIVELES DE ANÁLISIS DE LA TEORÍA  
COMUNICACIONAL DE DERECHO  
Angelo Anzalone 183





DINAMISMO COMUNICACIONAL, INTERTEXTUALIDAD  
Y COOPERACIÓN INTERPRETATIVA EN LA PERSPECTIVA  
TEXTUAL Y HERMENÉUTICA DE LA TEORÍA COMUNICACIONAL  
DEL DERECHO

Antonio Maria La Porta

211

DE LA FILOSOFÍA DEL LENGUAJE A LA FILOSOFÍA DEL DERECHO:  
APUNTES SOBRE LA TEORÍA DE LA ACCIÓN EN LA TEORÍA  
COMUNICACIONAL DEL DERECHO

José J. Albert Márquez

237

COMUNICACIÓN, EXPERIENCIA Y ACCIÓN (UN ESTUDIO DE  
LOS PRESUPUESTOS DE LA TCD)

Félix Francisco Sánchez Díaz

257

LA INDETERDEFINIBILIDAD DE LA "ACCIÓN", "PROCEDIMIENTO"  
Y "NORMA" EN LA TCD

Tiago Cappi Janini

285

Gregorio  
Robles Morchón

LA DECISIÓN JUDICIAL EN LA TEORÍA COMUNICACIONAL  
DEL DERECHO Y SUS IMPLICACIONES ÉTICAS

Ginés Marco Perles

303

Rubén Alberto  
Duarte Cuadros

**EDITORES**

8

DOGMÁTICA Y NORMA EN LA TEORÍA COMUNICACIONAL  
DEL DERECHO: UNA CRÍTICA

Donald Bello Hutt

319

**APORTES**

LA FENOMENOLOGÍA DEL LENGUAJE JURÍDICO EN  
LA TEORÍA COMUNICACIONAL DEL DERECHO

Rubén Alberto Duarte Cuadros

343

A LA TEORÍA  
COMUNICACIONAL  
DEL DERECHO (TCD),  
FILOSOFÍA DEL DERECHO  
Y TEORÍA JURÍDICA

Gregorio  
Robles  
Morchón

**PRÓLOGO**

Deseo aprovechar la ocasión que me concede este Prólogo para saludar y expresar mi agradecimiento a todos los amigos y colegas que durante tantos años –nada menos que desde 1991– han participado y siguen participando en el Seminario de Filosofía del Derecho que tengo el honor de dirigir en Madrid, el cual, a pesar del nombre, ha tenido y tiene un carácter interdisciplinar, conjuntando la mencionada rama de la Filosofía con otras tales como la Filosofía Política, la Filosofía Moral, la Epistemología y la Antropología Filosófica; sin dejar por ello de lado otras disciplinas, en parte jurídicas, como el Derecho Constitucional, el Derecho Internacional, el Derecho Penal, el Derecho Privado, y el Derecho Tributario (en este último debo mencionar la gran aportación del Profesor Paulo de Barros Carvalho, así como de algunos de los componentes del "Grupo do Estudos" de Sao Paulo, Brasil), y en parte otras no jurídicas, como la Sociología y la Economía. Sin olvidar, por supuesto, la Historia del Pensamiento.



por la ética de la virtud, en tanto tradición ética que aglutina la prudencia y un buen número de otras virtudes, que devienen necesarias para contrarrestar el influjo procedimentalista que acecha a la ética dirigida a jueces y magistrados.

## Referencias

Aristóteles (1999). *Ética a Nicómaco X, 9, 1179b 20-21*. Edición bilingüe y traducción de María Araujo y Julián Marías. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.

González, A. M. (2009). *La ética explorada*. Pamplona: EUNSA.

MacIntyre, A. (2015). The irrelevance of Ethics. En Bielskis, A. y Knight, K. (eds.). *Virtue and Economy. Essays on Morality and Markets*. Farnham: Ashgate Publishing Company.

Marco, G. (2009). 'Bien común' e 'interés general' en la retórica de los poderes públicos: ¿conceptos intercambiables? *Anuario Filosófico*, 42(96), 613-625.

Medina, D. (coord.). (2017). *La Teoría Comunicacional del Derecho a examen*. Madrid: Civitas Thomson Reuters.

Robles, G. (2009). *La justicia en los juegos. Dos ensayos de Teoría Comunicacional del Derecho*. Madrid: Mínima Trotta.

Robles, G. (2015). *Fundamentos de Teoría Comunicacional del Derecho*, vol. I. Madrid: Civitas Thomson Reuters.

Robles, G. (2016). *Los derechos humanos y la ética en la sociedad actual*. Madrid: Cuadernos Civitas.

Robles, G. (2018). *Cinco estudios de teoría comunicacional del derecho*. Buenos Aires: Ediciones Olejnik.

Sánchez Hidalgo, A. (2017). Los derechos fundamentales en la Teoría Comunicacional del Derecho. En Medina, D. (coord.). *La Teoría Comunicacional del Derecho a examen*. Madrid: Civitas Thomson Reuters.

Taylor, Ch. (1994). *La ética de la autenticidad*. Barcelona: Paidós.

Donald  
Bello Hutt<sup>1</sup>

## DOGMÁTICA Y NORMA EN LA TEORÍA COMUNICACIONAL DEL DERECHO: UNA CRÍTICA

### 1. Introducción

Este artículo critica la forma en la que la teoría comunicacional del derecho (TCD) elabora su noción de norma, por no distinguir de manera satisfactoria entre normas y proposiciones normativas. La aplicación de esta distinción conduce a una revisión de la idea presente en la TCD que la existencia de la norma jurídica es independiente del ordenamiento (ORD) y depende, en cambio, conceptualmente, del ejercicio de la dogmática o, en su terminología, del sistema (SIS)<sup>2</sup>.

<sup>1</sup> Flanders Research Foundation (FWO), Instituto de Filosofía, KU Leuven, Bélgica. Correo electrónico: donaldemerson.bellohutt@kuleuven.be

<sup>2</sup> Mis agradecimientos a Gregorio Robles por sus comentarios y, sobre todo, por sus objeciones. También a Aurelio de Prada, Francisco Campos, Matija Žgur. Versiones de este trabajo han sido presentadas en el Seminario de Filosofía del Derecho dirigido por la Asociación Cultural "Seminario de Filosofía del Derecho", en Madrid, así como también en el Special Workshop "Communicational Theory of Law: Communication, Law, Emotions", del XXII Congreso IVR de Filosofía Jurídica y Social, en Washington D.C. Mis agradecimientos a quienes participaron en ambos eventos. Uso las nomenclaturas "SIS" y "ORD" siguiendo las estipulaciones de Robles (2015a, pp. 141, 149).

Gregorio  
Robles Morchón

Rubén Alberto  
Duarte Cuadros

EDITORES

318

APORTES

A LA TEORÍA  
COMUNICACIONAL  
DEL DERECHO (TCD),  
FILOSOFÍA DEL DERECHO  
Y TEORÍA JURÍDICA



Procederé del siguiente modo. Comenzaré describiendo los conceptos básicos de la TCD sobre los que discutiré (sección 2). En la siguiente parte, expondré la distinción entre norma y proposición normativa, y, a efectos de mostrar su importancia, citaré el principio de prohibición como un caso ejemplar en el que la distinción tiene relevancia (sección 3). A continuación, aplicaré la distinción al problema de la existencia de la norma en la TCD. Discutiré dos ejemplos en los cuales aplico la distinción para concluir que el papel que la TCD le asigna a dogmática en la generación del concepto de norma ha de ser repensado. El primer ejemplo es un conocido caso de antinomias en el ordenamiento jurídico chileno. El segundo es un caso hipotético que imagina un juez que fundamenta su sentencia exclusivamente sobre la base de teorías económicas (sección 4). Finalizo con una breve conclusión (sección 5).

Gregorio  
Robles Morchón

Rubén Alberto  
Duarte Cuadros

EDITORES

## 2. Teoría comunicacional del derecho: conceptos básicos

320

La TCD identifica el derecho con la idea de ámbitos jurídicos (Robles, 2015a). El ámbito se define como un “[c]onjunto de procesos comunicativos que tienen como referencia directa a un ordenamiento jurídico [(ORD)] determinado” (Robles, 2009, p. 19).

El ORD es un punto de referencia, un centro alrededor del cual giran todos los elementos que componen el ámbito. Es solo un elemento referencial, situacional si se quiere, dentro de la comprensión del fenómeno que conocemos como derecho. Por su parte, el ámbito es un conjunto de procesos comunicativos que tienen lugar en relación con, o en referencia a, un ORD. La idea de comunicación permea así todo el entramado de la TCD, que concibe el derecho como un sistema de comunicación entre los hombres cuya misión inmanente es dirigir la acción humana (Robles, 2006a, p. 21).

En tanto sistema de comunicación, el derecho consiste en una estructura de signos generados por el ORD. Este último está integrado por un conjunto de textos legales, constitucionales, administrativos y contractuales “en bruto”, textos jurídicos que se encuentran en las fuentes del derecho y que se manifiestan

por medio de textos esencialmente prescriptivos (Robles, 2006b, p. 69; 2015a, p. 141).

El ORD tiene a su vez como referencia la idea de decisión (Robles, 2015a, pp 105-137; 2015b, p. 23). Los diversos tipos de decisión dan lugar a un esquema que tradicionalmente conocemos como fuentes del derecho, que se 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 TCD nos dice que el ORD es un conjunto de materiales jurídicos, legales, constitucionales, administrativos, judiciales y contractuales que se emiten por vía de decisiones; un grupo de textos 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 derecho (Robles, 2006a, p 19).

En virtud de su desorden e imperfección conceptual, el ORD requiere un reflejo, una elaboración sistemática y crítica por parte de los juristas (Robles, 2015a, pp. 139-151; 2015b, pp. 49-54). De este modo surge el *sistema* (SIS): si mediante las decisiones jurídicas se crean los textos cuyo conjunto conforma el texto global que es un ordenamiento jurídico, la transformación de este en sistema tiene lugar gracias a la labor intelectual de la ciencia o dogmática jurídica. La dogmática organiza la interpretación y comprensión del texto global de un ordenamiento en instituciones (Robles, 2006a, p. 20). El conjunto de instituciones configura el sistema jurídico (SIS). El SIS es el texto que refleja, comporta y perfecciona el ordenamiento para su aplicación a casos concretos (Robles, 2015a, p. 142).

El SIS es un sistema de carácter comunicativo que participa de las características de un sistema científico. Es, además, práctico, en tanto pretende dirigir la conducta de los miembros de la sociedad. La transformación de ORD en SIS implica una reconstrucción hermenéutica que no solo refleja el primero, sino que crea su estructura formal e interpreta sus contenidos dando, así, origen a la noción de norma. En palabras de Robles

Donald  
Bello Hutt

321

DOGMÁTICA Y  
NORMA EN LA TEORÍA  
COMUNICACIONAL DEL  
DERECHO: UNA CRÍTICA

APORTES  
A LA TEORÍA  
COMUNICACIONAL  
DEL DERECHO (TCD),  
FILOSOFÍA DEL DERECHO  
Y TEORÍA JURÍDICA

(2015a), la norma es una “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” (pp. 159, 215).

Esta definición caracteriza la norma como una expresión de lenguaje que no surge de ORD, sino de SIS. Con las disposiciones, con el texto jurídico “en bruto”, se construyen las normas (Robles, 2015a, p. 159). El ORD no se basta a sí mismo para ser aplicable, sino que requiere de una labor constructiva por parte de la clase profesional de los juristas, quienes lo completan, depuran y sistematizan. La norma será aplicable a un caso concreto en la medida que el decisor pueda interpretar y aplicar el texto de manera coherente con el contexto jurídico. Por esta razón, el recurso a la dogmática se vuelve esencial. Sin SIS, no hay norma: “*El ordenamiento está compuesto de disposiciones o preceptos (mandato de la autoridad jurídica). El sistema está compuesto de normas jurídicas*” (Robles, 2015a, p. 162. Énfasis en el original).

En este orden de ideas, la TCD fundamenta 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, según la TCD, 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 teórica (Robles, 2015b, p. 49). En segundo lugar, la tesis de que la dogmática jurídica o ciencia del derecho es una ciencia *práctica*, puesto que

como consecuencia de la construcción del sistema. No se limita [...] a situarse frente a la realidad para “contemplarla”, sino para “construirla” y, por tanto, para “crearla” aunque sea parcialmente. Por tanto, la dogmática tiene un efecto generativo, productor de normas. (Robles, 2015a, p. 163)

En otro lugar, Robles insiste sobre este punto:

[La ciencia del derecho es práctica] por un doble motivo. Primero, porque en el sistema se contienen las normas jurídicas propiamente dichas. Segundo, porque eso hace posible la

aplicación a los casos y situaciones que plantea la vida del derecho. (Robles, 2015b, p. 570)

La tarea del jurista es la de reconstruir racionalmente la realidad que tiene frente a sí. Esto es, conectar aquellos elementos que no son evidentes en el ordenamiento, extraer los significados presentes en sus disposiciones, y crear lo que en definitiva viene a ser el derecho desde el punto de vista de la TCD: una interrelación comunicativa compleja entre el ORD, el SIS y el ámbito jurídico que estos dos regulan (Robles, 2015a, pp. 148-150).

En palabras de Robles (2015a),

[E]l sistema es el resultado de la elaboración doctrinal o científica del texto bruto del ordenamiento [...]

El sistema implica la ordenación del material jurídico y su interpretación. Es la presentación del derecho de manera sistemática, conceptualmente depurada, libre de contradicciones y ambigüedades. Si el ordenamiento lo proporciona el legislador o, para ser más exactos, los “operadores jurídicos” que tienen competencia o capacidad para emitir decisiones normativas, el sistema es el producto de la labor de los juristas científicos, de la doctrina [...] Porque el sistema es el derecho, mientras que el ordenamiento es la materia para construir hermenéuticamente el sistema. (p. 142)

El ORD es el punto de partida para llegar al sistema, y “el sistema es el derecho” (Robles, 2015a, p. 143). Estas definiciones son una teorización de la práctica jurídica y de la relación que los juristas mantienen con la misma y con los materiales con que trabajan (Robles, 2015b, pp. 25-27). El derecho es lenguaje, y concretamente, lenguaje de una clase profesional, lenguaje de los juristas.

La TCD nos ofrece, por tanto, una lectura más caritativa de la práctica de los juristas que la que se le atribuye a Napoleón. Nos sugiere que quizás este último estaba equivocado cuando decía que su código había muerto con el primer comentario; quizás estaba comenzando a vivir. Ahora bien, en este artículo quiero ensayar algunas consideraciones críticas al carácter altamente normativo que la TCD le concede a la ciencia del derecho.

Gregorio  
Robles Morchón

Rubén Alberto  
Duarte Cuadros

EDITORES

322

APORTES

A LA TEORÍA  
COMUNICACIONAL  
DEL DERECHO (TCD),  
FILOSOFÍA DEL DERECHO  
Y TEORÍA JURÍDICA

Donald  
Bello Hutt

323

DOGMÁTICA Y  
NORMA EN LA TEORÍA  
COMUNICACIONAL DEL  
DERECHO: UNA CRÍTICA

En lo que sigue, discutiré algunos problemas relativos a las relaciones entre la teoría del derecho y el razonamiento jurídico que ponen en entredicho los conceptos y conexiones arriba expuestos. La relación entre ambas esferas del derecho ha sido enfatizada en la literatura<sup>3</sup>, ya que una teoría del derecho ha de dar cuenta del ámbito dentro del cual podemos aseverar que estamos en presencia de un grupo de normas autoritativas y, por tanto, respaldadas por el ejercicio del monopolio estatal de la coerción. Así mismo, estas han de poder distinguirse de otras fuentes de obligación de tipo convencional, como la moral, los usos sociales, la religión, etc. En el proceso en que los operadores jurídicos deban adoptar decisiones para casos concretos, deberán hacer uso de estándares compartidos por la comunidad jurídica como parte del grupo de hechos sociales que vinculan a los ciudadanos.

Respecto de esto último, la TCD plantea un argumento polémico y, creo, problemático. Si la TCD argumenta que el rol del sistema es el de completar el ordenamiento y dar vida a la norma jurídica; si la norma no existe fuera del SIS, se debe a que la dogmática tiene un papel normativo en un sentido fuerte en la construcción de la norma. Estas conclusiones deben ser rechazadas. Para ello, me serviré de la distinción entre normas y proposiciones normativas.

### 3. Normas y proposiciones normativas

En esta sección expondré la distinción entre normas y proposiciones normativas, en la medida que afecta al entramado conceptual de la TCD. Según Guastini (2017), la distinción opera de la siguiente manera:

Una norma es (el significado de) un enunciado del discurso prescriptivo. Por ejemplo: "los asesinos deben ser castigados" [...]  
[...] Una proposición normativa es una proposición que recae sobre una norma: afirma su existencia (entendida como re-

lación de pertenencia a un determinado ordenamiento), o su validez, o su efectividad. Por ejemplo: "La norma 'los asesinos deben ser castigados' es válida (efectiva, etc.)". (p. 235)

La cuestión es, por consiguiente, que los juicios deónticos de los cuales suele estar compuesto el derecho admiten dos sentidos diversos. Pueden ser formulados como proposiciones que aseveran la existencia o inexistencia de una norma o, por otro lado, como prescripciones, respecto de las cuales no es posible predicar un valor de verdad o falsedad, sino otro tipo de juicios (justicia o injusticia, conveniencia o inconveniencia, validez o invalidez, eficacia o ineficacia, etc.) (Guastini, 2017, p. 235).

Sin embargo, con todo lo trivial que parezca, y a pesar de que su historia puede retrotraerse al menos hasta Bentham (1970, p. 179; Bulygin, 2015, p. 194), no son pocas las ocasiones en que los juristas cometen errores con relación a esta distinción y al uso de cada tipo de proposición. Como el mismo Von Wright reconoce: "*it has taken me nearly thirty years to see its full significance. And not all logicians and philosophers have seen it even now*" (von Wright, 1999, citado en Bulygin, Atienza Rodríguez, y Bayón, 2009, p. 11). De modo que, a pesar de lo simple de la distinción, es común no reparar en ella. Esto puede deberse, con seguridad, al hecho de que los enunciados deónticos de los cuales se compone el derecho son ambiguos. Estos "pueden expresar, según el contexto y las circunstancias, normas o proposiciones normativas. Por ejemplo, expresan normas cuando son formulados por un legislador; expresan proposiciones normativas cuando son formulados por un jurista al describir el derecho vigente" (Guastini, 2015, p. 241).

Un ejemplo que ha ilustrado de manera fehaciente la importancia de la distinción es el denominado principio de prohibición. Este principio ha sido discutido en gran medida en el contexto de la pregunta si los sistemas jurídicos son cerrados e integrales o, más bien, incompletos y tienen lagunas (Atria, 2005, p. 16). El principio ha tenido diversas formulaciones<sup>4</sup>, pero en

<sup>4</sup> Y no siempre con el mismo rótulo. Bobbio, por ejemplo, discute la denominada "teoría del espacio jurídico vacío", de Bergbohm, y la "norma general exclusiva", de Zitelmann (Bobbio, 1991, pp. 230-233).

<sup>3</sup> Por ejemplo, Atria (2001).

su versión más simple versa: “todo aquello que no se encuentra prohibido está permitido”. Kelsen (2009) manifiesta esto de forma expresa cuando señala que “... [La teoría que aboga por la existencia de lagunas en el derecho] es errada, puesto que reposa en la ignorancia del hecho de que cuando el orden jurídico no estatuye ninguna obligación a cargo de un individuo, su comportamiento está permitido...” (p. 255). Descansa, entonces, sobre la base de dos supuestos:

1. Los sistemas jurídicos no pueden tener lagunas porque si un comportamiento no está prohibido por el derecho, entonces está permitido.
2. En los casos en que no existe una norma que obligue a determinada persona a un determinado comportamiento, si otra persona presenta una demanda contra él, el juez competente *aplica* el derecho rechazando la demanda. (Moreso, 1998, p. 92)

¿Es el principio de prohibición una norma o una proposición normativa? Alchourrón y Bulygin han razonado del siguiente modo. Si asumimos que es una norma que expresa que todo aquello que no está expresamente prohibido se encuentra permitido, esta formaría parte del sistema jurídico, y en su calidad de derecho positivo, sería contingente y susceptible de sufrir las consecuencias de toda prescripción que exista en el sistema, es decir, su derogación, abrogación o modificación. Por tanto, el principio de prohibición no es de la esencia de un sistema jurídico. Si, por otra parte, se tratara de una proposición normativa, se debe distinguir si se usa la voz “permitido” en un sentido fuerte o un sentido débil. Si se interpreta “permitido” en un sentido fuerte (permiso positivo, expresado en una norma jurídica), entonces el principio de prohibición es falso, pues de la ausencia de una norma prohibitiva no cabe inferir la existencia de una permisiva. No es posible, por tanto, extraer una norma de clausura a partir del principio de prohibición.

Si, por el contrario, interpretamos el principio de prohibición en un sentido débil, es decir, como ausencia de prohibición, entonces la formulación del mismo entendido como “lo que no está prohibido, no está prohibido” es tautológica, y por tanto vacua,

en tanto nada dice sobre la existencia o no de lagunas (Alchourrón y Bulygin, 1971, pp. 125-127; Bulygin, 2005, pp. 36-37).

Por estas razones, Bulygin cree que Kelsen no puede demostrar bajo el principio de prohibición la inexistencia de las lagunas en el derecho y, por tanto, su plenitud. Es más, Kelsen en la segunda edición de la *Teoría pura del derecho* abandona la versión fuerte del principio y adopta, por consiguiente, la débil (Alchourrón y Bulygin, 1971, p. 131). La adopción de esta versión del principio implica para Alchourrón y Bulygin que Kelsen ya no puede sostener que los sistemas jurídicos son cerrados, y con ello, el reconocimiento implícito de la existencia de lagunas.

Tales conclusiones se siguen de no reparar de manera adecuada en la distinción entre normas y proposiciones normativas.

#### 4. La distinción aplicada a la TCD

Hecho este análisis sobre la distinción entre normas y proposiciones normativas, debemos ver cómo lo relacionamos con la TCD en lo tocante al papel del sistema como parte esencial del concepto de norma jurídica.

Los ordenamientos jurídicos –y en esto lleva razón la TCD– son un grupo de textos muchas veces desordenados, sin coherencia entre ellos y consigo mismos, con problemas de oscuridad, ambigüedad, vaguedad, entre otros defectos. En ese contexto, la doctrina opera como una ayuda al aplicador del derecho. La pregunta de fondo es si dicha función auxiliar es *necesariamente* un recurso para completar y (sobre todo) construir el sistema jurídico<sup>5</sup>. Mi respuesta es negativa, precisamente porque lo contrario supone no distinguir de forma apropiada entre normas y proposiciones normativas.

Una serie de consideraciones apoya esta respuesta. En primer lugar, la misma práctica de aplicación del derecho por parte

<sup>5</sup> El énfasis es para dejar claro que me refiero a un sentido filosófico de necesidad, como opuesto a contingencia.

Gregorio  
Robles Morchón

Rubén Alberto  
Duarte Cuadros

EDITORES

326

APORTES

A LA TEORÍA  
COMUNICACIONAL  
DEL DERECHO (TCD),  
FILOSOFÍA DEL DERECHO  
Y TEORÍA JURÍDICA

Donald  
Bello Hutt

327

DOGMÁTICA Y  
NORMA EN LA TEORÍA  
COMUNICACIONAL DEL  
DERECHO: UNA CRÍTICA

de los tribunales muestra la inexistencia de una vinculación necesaria entre la función jurisdiccional y el recurso a la doctrina. Los tribunales no están obligados a citar autores. Si bien lo que tradicionalmente se denomina la “doctrina del tribunal” en ocasiones se condice con un autor o grupo de autores en particular, esto no es evidencia suficiente para saber si los tribunales siguen o no esa u otra corriente jurisprudencial. De hecho, es posible que la obra de un autor sea dominante en la jurisprudencia, pero no en la literatura académica, y viceversa.

Esto último se debe a que la opinión de los autores, sus recomendaciones, interpretaciones, soluciones normativas y descripciones del ORD no son *normas* en el sentido fuerte del término, sino que son proposiciones normativas. La dogmática reconoce falencias, ambigüedades, vaguedades, etc., y las denuncia con la intención de que los aplicadores del derecho, en particular los jueces, se vean influenciados. Pero no es extraño para ningún jurista el hecho incómodo de no ver sus ideas reflejadas en la jurisprudencia de los tribunales. En el fondo de esta discusión hay una evaluación normativa sobre el papel que le corresponde a la doctrina en el fenómeno jurídico. Creo que este rol es uno de carácter paradójico, puesto que la ciencia del derecho debe plantearse a sí misma la tarea de sistematizar e influenciar la práctica jurídica, pero dicha pretensión debe detenerse y llegar justo antes de considerarse a sí misma como parte necesaria del concepto de norma. Esto no implica abandonar el carácter crítico de la dogmática. Por ponerlo en lenguaje de la TCD, limitar el carácter normativo de la ciencia jurídica no es incompatible con una dogmática abierta. Esto quiere decir que la dogmática no tiene que limitarse

a reflejar y completar lo que el ordenamiento parece que dice, sino que al paso de la exposición del sistema que refleja hermenéuticamente el ordenamiento, se permite criticar el derecho vigente e incluso más, se permite hacer propuestas *lege ferenda*. (Robles, 2015a, p. 61)

Esto es, sin embargo, algo distinto a decir que las opiniones presentes en el SIS son normas.

Las siguientes consideraciones prueban mi punto. La primera es un conocido caso de antinomias en el ordenamiento jurídico chileno. La segunda es un caso hipotético fallado por un juez pragmatista.

Piénsese primero en el siguiente ejemplo de una antinomia. El Código Civil chileno contiene dos disposiciones en principio contradictorias entre sí. La primera de estas disposiciones es el artículo 680, que dispone:

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.

Nos encontramos frente a una autorización legal de suspender los efectos de la tradición en un sistema dual de adquisición del dominio. En principio, para traspasar el dominio de una cosa, es necesaria la concurrencia solo de título y modo. El título debe ser traslativo de dominio, en este caso, la compraventa, y el modo, la tradición. Sin embargo, y como una forma de resguardar al vendedor, el legislador chileno contempla, en el inciso segundo del artículo transcrito, la posibilidad de que los contratantes pacten lo que la doctrina ha denominado “reserva de dominio”.

Hasta aquí no existe problema interpretativo alguno<sup>6</sup>. Nos encontramos frente a una disposición perfectamente identificable, pues se encuentra en el Código Civil, un compendio de normas de derecho privado –y solo derecho privado–, dentro del título de la Tradición, la que a su vez se encuentra en el apartado más general que regula los modos de adquirir el dominio. Más claro y sistemático, imposible.

<sup>6</sup> También se podría decir que se trata de un problema interpretativo de fácil solución. No me interesa, aquí, ser demasiado preciso en lo que a interpretación se refiere. Me he ocupado de cuestiones relativas al concepto de interpretación en [omitido para arbitraje].

Gregorio  
Robles Morchón

Rubén Alberto  
Duarte Cuadros

EDITORES

328

APORTES

A LA TEORÍA  
COMUNICACIONAL  
DEL DERECHO (TCD),  
FILOSOFÍA DEL DERECHO  
Y TEORÍA JURÍDICA

Donald  
Bello Hutt

329

DOGMÁTICA Y  
NORMA EN LA TEORÍA  
COMUNICACIONAL DEL  
DERECHO: UNA CRÍTICA

Pero la claridad y sistematicidad desaparecen cuando consideramos el artículo 1874 del mismo Código Civil, que reza:

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?<sup>7</sup> El artículo 680 confiere plena validez al pacto de reservarse el vendedor el dominio de la cosa tradida bajo condición de pago. Por contrapartida, el artículo 1874 solo otorga la posibilidad de accionar judicialmente por el precio o resolución del contrato más la indemnización de perjuicios.

Una primera aproximación posible al problema es de carácter formalista. Un formalista debería inmediatamente citar las reglas auxiliares de interpretación que el mismo Código Civil contempla en sus artículos 19-24. 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 el problema de la cláusula de reserva de dominio. El ordenamiento jurídico no nos sirve para resolver un problema en principio regulado por el mismo.

El anterior representa un caso de un ORD carente de depuración y sistematización. Para poder aplicar una norma a un caso concreto, la TCD nos dice que necesitamos a los juristas. En efecto, la doctrina ha propuesto soluciones para esta antinomia por medio del argumento *pro subjecta materia*: 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, el artículo 684 se refiere al “vendedor”<sup>8</sup>, por lo que debido a que dicha disposición regu-

la la tradición en un contrato de compraventa, debemos darle primacía a aquella que mejor ubicada se encuentra dentro del Código Civil, esto es, el artículo 1874 (Caprile, 2000; Alcalde Silva, 2016). Problema resuelto.

Pero, nos dice la TCD, no hubiésemos podido llegar a esta solución, ni un juez hubiese podido resolverla, si 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 TCD para darle el lugar que tiene el sistema dentro de su teoría del derecho. El SIS es un *reflejo y reelaboración* del ORD. El ORD “... es el material bruto, plagado de lagunas, contradicciones y omisiones...”. El SIS “... es el mismo derecho generado en ORD, pero en su plenitud o perfección expositiva...” (Robles, 2006a, pp. 29-30). El SIS, en consecuencia, adquiere un rol integrador y de sistematización del ORD, y su existencia es tarea de los juristas o científicos del derecho.

Pero, ¿es realmente así? ¿Es la opinión de los juristas sobre cómo resolver la antinomia parte de la norma en la aplicación judicial de la cláusula de reserva de dominio? Si tenemos en cuenta la distinción entre normas y proposiciones normativas, la respuesta debe ser necesariamente no. La opinión de un jurista, por influyente que pueda ser, no pasa de ser eso, una opinión de la cual se espera que haya cierta influencia<sup>9</sup>. Pero la norma resultante de la aplicación judicial de ya sea el artículo 680 o 1874 del Código Civil, es aquella que se refleja en la sentencia y solamente en la sentencia. Robles, de hecho, reconoce que los jueces pueden, y de hecho lo hacen, extraer sus propios argumentos interpretativos para dar sentido a los textos contenidos en el ORD. Estos recursos retóricos pueden, en efecto, expresarse de distinta manera. Sin embargo, nos dice Robles (2015b), “*lo que parece más probable* es que, con uno u otro rótulo persuasivo, encuentren esos argumentos en las obras doctrinales de los juristas, esto es, en la ciencia o dogmática ju-

<sup>7</sup> Sobre el problema de la regulación de la reserva de dominio en Chile, véase, por ejemplo, Caprile (2000).

<sup>8</sup> “... verificada la entrega por el vendedor...”.

<sup>9</sup> Guastini (2017) admite que se supone que los juristas “no crean normas, sino que las describen”, pero que “no siempre es así” (pp. 235-236). Dicha afirmación está hecha, sin embargo, en nota al pie y el punto no está desarrollado. Una posibilidad es el caso del derecho internacional, donde la doctrina es una fuente subsidiaria.

rídica” (p. 604). Las cursivas las introduzco para dar cuenta de que el mismo autor de la TCD es consciente de que la inclusión de la doctrina en la configuración de la norma es absolutamente contingente. Y al ser contingente, no puede ser condición necesaria de la existencia de una norma.

Tampoco la distinción que la TCD hace entre el SIS didáctico-expositivo y el SIS propiamente dicho resuelve este problema (Robles, 2015b, pp. 545-619). Al primero se le asigna la función de sistematizar el ORD, pero este orden sistemático “no es equivalente al concepto de *sistema (SIS)*” (Robles, 2015b, p. 554. Énfasis en el original). El SIS propiamente dicho (SIS) está, como he insistido en este artículo, “compuesto por las normas jurídicas aplicables a los casos concretos” (Robles, 2015b, p. 554). Pero esta distinción, incorporada en la edición más reciente de la TCD, solo reitera el problema que aquí discuto.

Quiero ser claro en esto. No niego el valor que tiene la doctrina de los autores, ni quiero decir que debiéramos dejar de escribir tratados de derecho ni que la teoría no tenga valor normativo alguno. Tampoco estoy sugiriendo que nuestras teorías jurídicas no tengan de hecho un carácter performativo, ni que estas puedan limitarse a describir su objeto. Sabemos desde Weber que la objetividad en nuestras disciplinas es una noción que incorpora consideraciones internas al científico o sujeto cognoscente (2017 [1904]). De hecho, en este punto, estoy de acuerdo con Robles (2015b): “Me parece que ninguna ciencia es meramente descriptiva, ni siquiera las ciencias naturales, ni tampoco las matemáticas. Pero mucho menos lo son las ciencias sociales y humanas” (p. 556).

No obstante, el valor normativo de la dogmática puede ser reclamado por esta solamente al interior de la disciplina académica, no fuera de ella, y ciertamente no para definir y conceptualizar la norma jurídica. Esta última existe diferenciada y con independencia de la opinión doctrinal que se tenga de ella. En esto punto sigo al Kant (1998 [1795]) de *La paz perpetua*, cuyo artículo secreto prescribe que “las máximas de los filósofos sobre las condiciones de posibilidad de la paz pública *deben ser tomadas en consideración* por los Estados preparados para la

guerra” (p. 42. Énfasis añadido). Pero “tomados en consideración” es una exigencia normativa débil, al modo de una opinión consultiva. No hay que esperar, nos dice Kant (1998 [1795]), “que los reyes filosofen ni que los filósofos sean reyes, como tampoco hay que desearlo, porque la posesión del poder daña inevitablemente el libre juicio de la razón” (p. 43). La vinculación conceptual SIS-norma en la TCD desoye este consejo.

Un paralelo interesante con el problema en comento se da en el caso de la denominada interpretación histórica, es decir, aquella por medio de la cual una línea de interpretación prima por sobre otra porque la “historia fidedigna del establecimiento” de la disposición en cuestión indica tal o cual interpretación como la correcta. Estos casos son recurrentes, y los abogados, autores y jueces usan este recurso de manera frecuente<sup>10</sup>.

Pero asumamos, por mor del argumento, que la interpretación dominante en el debate parlamentario (o en la mente de Andrés Bello), explícita en actas u otro documento fiable, relativa a los artículos 1874 y 680, arroja que los parlamentarios de la mayoría claramente defendieron una postura que privilegiaba la aplicación del artículo 680. ¿Es dicha historia vinculante para el juez?, ¿es derecho? Y si el juez aplica el artículo 680 por esta razón en un caso concreto, ¿forma parte de la norma la historia fidedigna de su establecimiento? La respuesta es, del mismo modo que con la doctrina, negativa. Si se quiere, la opinión de la mayoría parlamentaria es también una opinión más similar a una proposición normativa que a una norma, porque la norma es el texto final publicado en el diario oficial de que se trate, cuyo significado es aplicado en un caso concreto por el juez<sup>11</sup>.

La distinción entre proposiciones normativas y normas nos da pie para una reflexión adicional. El concepto de norma en la TCD nos plantea un problema relativo a la noción misma

<sup>10</sup> Por ejemplo, para un análisis histórico sobre el problema de la reserva de dominio en Chile, véase Alcalde Silva (2016, pp. 1212-1226).

<sup>11</sup> En esto lleva razón, por ejemplo, Guastini (2017, p. 240). Dicho esto, hago presente que en [omitido para arbitraje] he argumentado en contra de una perspectiva institucional centrada en la judicatura que se suele adoptar en la teoría del derecho y, en particular, en el derecho constitucional.

de jurista<sup>12</sup>. La pregunta es: ¿quién es un jurista? y, en consecuencia, ¿quién integra el sistema y quién coadyuva en la generación de la norma? Creo que otra de las consecuencias de confundir norma y proposición normativa es que la TCD pierde capacidad discriminadora en lo que se refiere a la determinación de quiénes cuentan como juristas. Dicha confusión nos conduce a conclusiones contraintuitivas respecto de qué sujetos han de ser considerados como parte del gremio.

Para ejemplificar mi argumento, téngase en consideración un ideal de juez pragmatista, con fines heurísticos, una suerte de exageración del ideal de juez defendido por Posner (1996; 1997; 2005). Posner (1997) ha argumentado que, en casos difíciles, el recurso a teorías morales, como la defendida, por ejemplo, por Dworkin<sup>13</sup>, no da al juez herramientas suficientes para resolver casos difíciles (p. 1700). Posner considera que el apoyo argumentativo en la moral solo es de utilidad en situaciones en las que la cuestión moral no es interesante, porque no hay desacuerdo sobre ella. Por el contrario, cuando los problemas morales son lo suficientemente complejos como para suscitar desacuerdos razonables, la moral deja de servir al juez como criterio argumentativo suficiente. Como consecuencia de dicha incapacidad para resolver casos difíciles (moral y jurídicamente), Posner (1997) considera que no hay razón para que el juez no haga uso de

un amplio espectro de datos empíricos extraídos de investigaciones históricas, psicológicas, sociológicas, y económicas. Cuando a menudo se hace uso de esto, la cuestión moral desaparece [...] esta es una razón para considerar a la teoría moral como inútil para el derecho, si bien tiene algún valor de uso en su propio dominio. (p. 1701)

De modo que, según nuestro juez imaginario, la situación inicial es una en la que ni el derecho ni la moral resuelven el asunto en disputa. El juez debe mirar a otro lado, y la opción pragmática de Posner es buscar la solución en las ciencias sociales.

**12** Para algunas reflexiones en este sentido, véase de Prada (2011; 2014a; 2014b; 2015).  
**13** Véase, por ejemplo, Dworkin (1996 y 2002).

Considérese el siguiente ejemplo. Una comunidad de 10 vecinos adopta una decisión entre tres alternativas posibles, A, B y C. Una mayoría de 9 a 1 se inclina en favor de A. El ordenamiento jurídico solo contiene una norma en la ley de propiedad horizontal que dice que las comunidades de vecinos adoptarán sus decisiones de modo que reflejen la voluntad de la comunidad. El estatuto de la comunidad señala a su vez que, en cumplimiento de dicha disposición legal, las decisiones se adoptarán por mayoría simple de los propietarios.

Sin embargo, el perdedor en la decisión, que ha votado por la opción B, ha impugnado la decisión ante un tribunal que, de manera muy conveniente para nuestro ejemplo, está integrado por el juez Posner. Posner no está convencido de que el derecho resuelve el problema. Tampoco, como sabemos, cree que la moral le ayude demasiado. Sin embargo, como buen conocedor de la teoría económica y política de la elección racional y la elección pública, Posner sabe que Kenneth Arrow dio cuenta de un problema inherente a las reglas mayoritarias de decisión colectiva, y que lo formuló en su conocido “teorema de la imposibilidad” (2012). Posner, entonces, falla como sigue:

“Considerando:

Primero: que el ordenamiento jurídico señala que las decisiones de las comunidades de vecinos han de adoptarse de modo que reflejen la voluntad de la comunidad.

Segundo: que Arrow ha demostrado la imposibilidad de obtener una idea de utilidad social que sea el resultado de la agregación de voluntades o preferencias individuales, al mismo tiempo que se cumplan una serie de criterios racionales débiles y mínimamente exigibles. Que incluso en un caso de decisión colectiva que afecte a dos individuos, no es posible obtener una voluntad colectiva cuando el número de alternativas sea de tres o más.

Tercero: que, en consecuencia, no hay una regla de decisión colectiva que sea capaz de traducir preferencias individuales en preferencias colectivas si los votantes son más de dos y si las alternativas a ser votadas son más de tres.

Cuarto: que la comunidad en cuestión en el caso *sub lite* rige su toma de decisiones por medio de la regla de la mayoría, y que las alternativas son más de tres.

Gregorio  
Robles Morchón

Rubén Alberto  
Duarte Cuadros

EDITORES

334

APORTES

A LA TEORÍA  
COMUNICACIONAL  
DEL DERECHO (TCD),  
FILOSOFÍA DEL DERECHO  
Y TEORÍA JURÍDICA

Donald  
Bello Hutt

335

DOGMÁTICA Y  
NORMA EN LA TEORÍA  
COMUNICACIONAL DEL  
DERECHO: UNA CRÍTICA

Se resuelve: que la regla de la mayoría no puede ser reflejo de la voluntad de los propietarios, por lo que se acoge la demanda, y se da por anulado el acuerdo de la comunidad”.

¿Cómo valora esto la TCD? Creo que es justo afirmar que la consecuencia que se sigue de sus premisas es que Arrow, sin pretender influir en la jurisprudencia, ha pasado a ser un jurista. Adicionalmente, la falta de distinción entre normas y proposiciones normativas ha hecho que el teorema de la imposibilidad haya pasado a ser norma, y la teoría económica, fuente del derecho<sup>14</sup>. Esto es perfectamente coherente con la noción de sistema y de norma de la TCD.

No tengo tiempo aquí para desarrollar el set completo de razones por las que nuestra intuición “jurídica” se ve desafiada por esta conclusión. Pero en el marco de este artículo, la consideración del teorema de Arrow como norma y de Arrow como jurista se puede explicar debido a que hay ciertas entidades que, a pesar de que entren en el set argumentativo del juez, no han de ser consideradas fuentes.

El valor que la TCD le asigna a la dogmática jurídica puede ser reconducido de tal manera que dé mejor cuenta de su labor sistematizadora si la entendemos como un recurso importante, mas no suficiente en los discursos de motivación y justificación. Las proposiciones normativas, que interpretan el texto jurídico en bruto, tienen un gran valor cuando ayudan al juez a salir del atasco que representa un ordenamiento desordenado y carente de interpretaciones coherentes.

Dicho valor puede emerger si se articula con el deber que tiene el juez, ya no de fallar conforme a derecho –donde la norma emana exclusivamente de las fuentes reconocidas como tales y donde el juez no tiene más salida que decidir en virtud del deber de inexcusabilidad–, sino de justificar y fundamentar sus decisiones. Frente a dos sentencias, una que

**14** Por cierto, que otros economistas (o ¿juristas?) han disputado las conclusiones de Arrow. De manera más notoria, Mackie (2003). Para un intento más reciente, véase Neblo (2015).

falle “vistos, se confirma la sentencia de primera instancia”, y otra que dé razones que demuestren por qué se confirma la resolución, razones que estén en consonancia con una línea de interpretación coherente y provista por la doctrina, podemos decir que ambas son sentencias válidas, las dos producirán efectos, y ante las dos estaremos en presencia de la aplicación de normas jurídicas autoritativas y vinculantes para sus destinatarios. Sin embargo, la segunda sentencia se condice más con el papel que la judicatura debe desempeñar en nuestras democracias modernas, y en ese punto la doctrina tiene mucho que ofrecer. De ahí la existencia e influencia de programas de investigación centrados en la argumentación (e.g. Atienza, 2006; Alexy, 2009) y la deliberación (e.g. Habermas, 2008; Wintgens, 2006; Oliver-Lalana, 2010; 2016). Tiene mucho que ofrecer, pero no todo. No al punto de integrar el concepto de norma.

La TCD es ambivalente entre, por una parte, su tesis débil del concepto de derecho (Robles, 2006, p. 21), que abandona cualquier posición ontologista al respecto (Robles, 2009, p. 21; 2015b, pp. 49-50, 618), y, por otra, su carácter fuertemente normativo del binomio SIS/norma. Dicha relación entre ambas esferas es difícil de justificar si nos tomamos en serio la distinción entre normas y proposiciones normativas.

### A modo de conclusión

He argumentado en este artículo que la TCD ofrece una interpretación del concepto de norma jurídica que es problemática a la luz de la distinción norma/proposición normativa. La distinción pone en duda que la relación entre la dogmática jurídica, el ORD, el SIS y la norma pueda ser elevada a nivel conceptual. Esto, incluso, a pesar de que la TCD desarrolla dichos conceptos de manera internamente coherente y de un modo empíricamente atractivo. No obstante, la distinción norma/proposición normativa tiene la virtud de recordarnos que ambos dominios han de mantenerse en planos analíticos distintos. La TCD, sin embargo, los confunde y, por ese motivo, llega a conclusiones problemáticas.

Gregorio  
Robles Morchón

Rubén Alberto  
Duarte Cuadros

EDITORES

336

APORTES

A LA TEORÍA  
COMUNICACIONAL  
DEL DERECHO (TCD),  
FILOSOFÍA DEL DERECHO  
Y TEORÍA JURÍDICA

Donald  
Bello Hutt

337

DOGMÁTICA Y  
NORMA EN LA TEORÍA  
COMUNICACIONAL DEL  
DERECHO: UNA CRÍTICA

Es conveniente, en este punto, concluir citando algunas consideraciones que hace Hobbes (1968) acerca de la interpretación de las leyes de naturaleza:

The Interpretation of the Lawes of Nature, in a Common-wealth, dependeth not on the books of Morall Philosophy. The Authority of writers, without the Authority of the Common-wealth, maketh not their opinions Law, be they never so true. That which I have written in this Treatise, concerning the Morall Vertues, and of their necessity, for the procuring, and maintaining peace, though it bee evident Truth, is not therefore presently Law; but because in all Common-wealths in the world, it is part of the Civill Law: For though it be naturally reasonable; yet it is by the Sovereigne Power that it is Law: Otherwise, it were a great error, to call the Lawes of Nature unwritten Law; whereof wee see so many volumes published, and in them so many contradictions of one another, and of themselves. (pp. 322-323)

Gregorio  
Robles Morchón

Rubén Alberto  
Duarte Cuadros

EDITORES

338

## Referencias

- Alcalde Silva, J. (2016). La eficacia de la reserva de dominio en el Derecho chileno. *Anuario de derecho civil*, 69(4), 1195-1258.
- Alchourrón, C. E., y Bulygin, E. (1971). *Normative Systems*. Viena: Springer-Verlag.
- Alexy, R. (2009). *A Theory of Legal Argumentation*. Oxford: Oxford University Press.
- Arrow, K. (2012). *Social Choice and Individual Values*. New Haven & London: Yale University Press.
- Atienza, M. (2006). *El derecho como argumentación*. Barcelona: Ariel.
- Atria, F. (2001). *On Law and Legal Reasoning*. Oxford: Hart Publishing.
- Atria, F. (2005). Sobre las lagunas. En F. Atria, J. J. Moreso, P. Navarro, J. Rodríguez, y J. Ruiz Manero (Edits.). *Lagunas en el derecho* (pp. 15-28). Madrid, Barcelona: Marcial Pons.
- Atria, F., Moreso, J. J., Navarro, P., Rodríguez, J., y Ruiz Manero, J. (Edits.). (2005). *Lagunas en el derecho*. Madrid, Barcelona: Marcial Pons.

- Bentham, J. (1970). *Of Laws in General*. (H. Hart, Ed.). London: Athlone Press.
- Bobbio, N. (1991). *Teoría general del derecho*. Madrid: Debate.
- Bulygin, E. (2003). *Los jueces ¿crean derecho?* Isonomía, 18, 6-25.
- Bulygin, E. (2005). Creación y aplicación del derecho. En F. Atria, J. J. Moreso, P. Navarro, J. Rodríguez, y J. Ruiz Manero (Edits.). *Lagunas en el derecho* (pp. 29-44). Madrid, Barcelona: Marcial Pons.
- Bulygin, E. (2015). Norms, Normative Propositions, and Legal Statements. En E. Bulygin, C. Bernal, C. Huerta, T. Mazzarese, J. J. Moreso, P. Navarro, y S. L. Paulson (Edits.). *Essays in Legal Philosophy* (pp. 188-206). Oxford: Oxford University Press.
- Bulygin, E., Atienza Rodríguez, M., y Bayón, J. C. (2009). *Problemas lógicos en la teoría y práctica del derecho*. Madrid: Fundación Coloquio Jurídico Europeo.
- Calsamiglia, A. (1977). *Kelsen y la crisis de la ciencia jurídica*. Barcelona: Ariel.
- Caprile, B. (2000). La reserva de propiedad: ¿garantía eficaz en el derecho chileno? *Revista chilena de derecho*, 27(1), 29-49.
- De Prada, A. (2011). Teoría Comunicacional del Derecho y lenguaje de los juristas: Algunas consideraciones. En G. Robles, y P. Barros Carvalho (Edits.). *Teoria Comunicacional do Direito: Diálogo entre Brasil e Espanha* (pp. 145-167). Sao Paulo: Niese.
- De Prada, A. (2014a). ¿Lenguaje de juristas o de ciudadanos? A propósito del lenguaje jurídico. *Eunomía. Revista en Cultura de la Legalidad*, (7), 76-84.
- De Prada, A. (2014b). Cuestiones retóricas: La maldad del derecho y de los juristas. Una propuesta de transformación en el aprendizaje del derecho. *Academia. Revista sobre enseñanza del Derecho*, (23), 93-110.
- De Prada, A. (2015). The communicational Theory of Law TCL and the Language of Jurists. En M. e. Galuppo (Ed.). *Human Rights, Rule of Law and the Contemporary Social Challenges in Complex Societies: Proceedings of the XXVI World Congress of Philosophy of Law and Social Philosophy of the Internationale Vereinigung für Rechts- und Sozialphilosophie* (pp. 185-194). Belo Horizonte: Initia Via.

Donald  
Bello Hutt

339

DOGMÁTICA Y  
NORMA EN LA TEORÍA  
COMUNICACIONAL DEL  
DERECHO: UNA CRÍTICA

APORTES  
A LA TEORÍA  
COMUNICACIONAL  
DEL DERECHO (TCD),  
FILOSOFÍA DEL DERECHO  
Y TEORÍA JURÍDICA

- Dworkin, R. (1996). *Freedom's Law: The Moral Reading of the American Constitution*. Cambridge: Harvard University Press.
- Dworkin, R. (2002). *Los derechos en serio*. (M. Guastavino, Trad.). Barcelona: Ariel.
- García de Enterría, E., y Menéndez, A. (1997). *El Derecho, la Ley y el Juez. Dos estudios*. Madrid: Civitas.
- Guastini, R. (2017). *Interpretar y argumentar*. (S. Álvarez Medina, Trad.). Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- Habermas, J. (2008). *Facticidad y Validez. Sobre el derecho y el Estado democrático de derecho en términos de teoría del discurso*. (M. Jiménez, Trad.). Madrid: Trotta.
- Hobbes, T. (1968). *Leviathan or The Matter, Forme and Power of a Common Wealth Ecclesiasticall and Civil*. London: Penguin Books.
- Kant, I. (1998 [1795]). *Sobre la paz perpetua*. (J. Abellán, Trad.). Madrid: Tecnos.
- Kelsen, H. (2009). *Teoría Pura del Derecho*. (R. Vernengo, Trad.). México D.F.: Porrúa.
- Mackie, G. (2003). *Democracy Defended*. Cambridge: Cambridge University Press.
- Montesquieu. (1995 [1748]). *Del espíritu de las leyes*. Madrid: Tecnos.
- Moreso, J. J. (1998). *La indeterminación del derecho y la interpretación de la constitución*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- Neblo, M. A. (2015). *Deliberative Democracy between Theory and Practice*. Cambridge: Cambridge University Press.
- Oliver-Lalana, D. (2010). Foreword: Towards a Theory of Legislative Argument. *Legisprudence*, 4(1), 3-12.
- Oliver-Lalana, D. (2016). ¿Le importa a alguien que los legisladores razonen? Sobre el análisis y el control del debate parlamentario de las leyes. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa*, 57(2), 5-37.
- Posner, R. (1996). *Pragmatic Adjudication*. *Cardozo Law Review*, 18(1), 1-20.

- Posner, R. (1997). The Problematics of Moral and Legal Theory. *Harvard Law Review*, 111, 1637-1717.
- Posner, R. (2005). *Law, Pragmatism and Democracy*. Cambridge-London: Harvard University Press.
- Robles, G. (2006a). Bases para una teoría comunicacional del derecho. En G. Robles. *El derecho como texto. Cuatro estudios de teoría comunicacional del derecho* (2ª ed., pp. 19-49). Cizur Menor: Thompson Reuters-Aranzadi.
- Robles, G. (2006b). El derecho como texto (en torno a la fundamentación de una teoría comunicacional del derecho. En G. Robles. *El derecho como texto. Cuatro estudios de teoría comunicacional* (2ª ed., pp. 51-95). Cizur Menor: Thompson Reuters-Aranzadi.
- Robles, G. (2009). *Comunicación, lenguaje y derecho. Algunas ideas básicas de la teoría comunicacional del derecho*. Madrid: Real Academia de las Ciencias Morales y Políticas.
- Robles, G. (2015a). *Teoría del derecho. Fundamentos de la teoría comunicacional del derecho* (6ª ed., Vol. I). Madrid: Civitas.
- Robles, G. (2015b). *Teoría del derecho. Fundamentos de teoría comunicacional del derecho* (Vol. II). Pamplona: Thompson Reuters- Aranzadi.
- Rodríguez, J. (2005). La imagen actual de las lagunas en el derecho. En F. Atria, J. J. Moreso, P. Navarro, J. Rodríguez, y J. Ruiz Madero (Edits.). *Lagunas en el derecho* (pp. 127-157). Madrid, Barcelona: Marcial Pons.
- von Wright, G. (1999). Value, Norms, and Action in my Philosophical Writings. En G. Meggle (Ed.). *Actions, Norms and Values. Discussions with Georg Henrik von Wright* (pp. 11-33). Berlin, New York: de Gruyter.
- Weber, M. (2017 [1904]). *La "objetividad" del conocimiento en la ciencia social y en la política social*. (J. Abellan, Trad.). Madrid: Alianza.
- Wintgens, L. J. (2006). Legisprudence as a New Theory of Legislation. *Ratio Juris*, 19(1), 1-25.

Gregorio  
Robles Morchón

Rubén Alberto  
Duarte Cuadros

EDITORES

340

APORTES

A LA TEORÍA  
COMUNICACIONAL  
DEL DERECHO (TCD),  
FILOSOFÍA DEL DERECHO  
Y TEORÍA JURÍDICA

Donald  
Bello Hutt

341

DOGMÁTICA Y  
NORMA EN LA TEORÍA  
COMUNICACIONAL DEL  
DERECHO: UNA CRÍTICA