

DECISIONES JURÍDICAS Y CONFLICTOS SOCIALES. PERSPECTIVA DESDE LA TEORÍA COMUNICACIONAL DEL DERECHO

LEGAL DECISIONS AND SOCIAL CONFLICTS. A PERSPECTIVE FROM THE COMMUNICATIONAL THEORY OF LAW

ADOLFO SÁNCHEZ HIDALGO
(Universidad de Córdoba)

RESUMEN

El presente estudio ofrece una perspectiva general de la incidencia de la realidad social en la Teoría Comunicacional del Derecho y, especialmente, en los procesos decisionales jurídicos. El trabajo comienza con un planteamiento introductorio acerca de la difícil relación entre Sociología Jurídica y Teoría del Derecho, valorando la posición al respecto de la Teoría Comunicacional del Derecho. A continuación, se ofrece el estudio de los principales tipos de decisiones jurídicas (decisión constitucional, legislativa y judicial), así como la incidencia de la realidad fáctica sociológica sobre las mismas. Finalmente, se sientan unas conclusiones críticas acerca de la utilidad y rigor de esta Teoría Comunicacional.

Palabras clave: Conflicto social; Teoría Comunicacional del Derecho; Decisión constituyente; Decisión legislativa; Decisión judicial.

ABSTRACT

This study offers an overview of the impact of social reality on the communicational theory of law and, in particular, on the legal decision-making processes. The paper begins with an introductory approach to the difficult relationship between the Sociology of Law and the Theory of Law, assessing the position of the Communicative Theory of Law in this respect. This is followed by a study of the main types of legal decisions (constitutional, legislative and judicial), as well as the impact of the sociological factual reality on them. Finally, some critical conclusions are drawn about the usefulness and rigour of this communicational theory.

Keywords: Social Conflict; Communicative Theory of Law; Constitutive Decision; Legislative Decision; Judicial Decision.

RESUM

DECISIONS JURÍDIQUES I CONFLICTES SOCIALS: PERSPECTIVA DES DE LA TEORIA COMUNICACIONAL DEL DRET

Al present article s'ofereix una perspectiva general de la incidència de la realitat social en la Teoria Comunicacional del Dret i, especialment, en els processos jurídics decisius. El treball comença amb un plantejament introductorï sobre la difícil relació entre la Sociologia Jurídica i la Teoria del Dret, valorant la posició pel que fa a la Teoria Comunicacional del Dret. A continuació, s'ofereix l'estudi dels principals tipus de decisions jurídiques (decisió constitucional, legislativa i judicial), així com la incidència de la realitat fàctica sociològica sobre les mateixes decisions. Finalment, s'estableixen unes conclusions crítiques al voltant de la utilitat i el rigor d'aquesta Teoria Comunicacional.

Paraules clau: Conflicte social; Teoria Comunicacional del Dret; decisió constituent; decisió legislativa; decisió judicial.

TEORÍA DEL DERECHO Y SOCIOLOGÍA JURÍDICA

Sistema jurídico y medio social son dos realidades íntimamente unidas, se necesitan mutuamente; porque el derecho es la forma u orden que toma el medio social y, paralelamente, el medio social proporciona las ideas, representaciones colectivas y demás materias necesitadas de organización jurídica.¹ Ahora bien, esta mutua dependencia plantea algunos problemas epistemológicos para la ciencia jurídica en absoluto indiferentes; ya que, si se considera el Derecho como un sistema normativo formalizado y autónomo, la introducción del medio social en la cuestión de su conocimiento únicamente causaría confusión entre la realidad normativa y la realidad social. Por otro lado, si se considera el Derecho como un hecho social, la cuestión de la juridicidad de las normas y la lógica de su sistematicidad sería una cuestión meramente superflua y banal; pues lo relevante sería el estudio de los hechos sociales o la realidad empírica del Derecho, es decir, las relaciones de obediencia y castigo. Aquí se encuentra la causa del desencuentro entre los denominados positivistas normativistas y los llamados

1 ROBLES, Gregorio (2018), *Sociología del Derecho*, Olejnik, Santiago de Chile, p. 153.

positivistas sociologistas. Los normativistas consideran que la ciencia jurídica o Teoría del Derecho debe centrar su atención en el concepto de norma y en el estudio del conjunto normativo u ordenamiento jurídico. Los sociologistas o realistas, en cambio, parten de la premisa de que el Derecho es un hecho social y por ello debe comprenderse empleando los métodos de las ciencias sociales, en particular el método sociológico.

Históricamente, la consolidación de la Sociología del Derecho como ciencia vino precedida de una amplia "revuelta contra el formalismo" en Europa y en América,² concretada, en palabras de Renato Treves, en una triple acción: contra el formalismo legalista de la Escuela de la Exégesis en Francia, el formalismo doctrinal de la jurisprudencia de conceptos en Alemania y el formalismo jurisprudencial del "case method" en América.³

Como reacción al legalismo propio de la escuela de la exégesis cabe destacar la figura de François Geny, quien, aparte de denunciar las limitaciones filosóficas del legalismo y la vacuidad de sus conceptos dogmáticos, defiende la libertad y amplitud del conocimiento jurídico por medio de la investigación jurídica de lo dado y lo construido por la ciencia del Derecho. En este sentido afirma: "lo que yo quiero sobre todo resaltar es la lastimosa reacción de esta discordancia entre el derecho positivo y la vida sometida a su imperio, bajo el rol social y científico de la Jurisprudencia".⁴ Así, en el volumen II de *Science et Technique en Droit Privé Positif*, defiende que el derecho objetivo surge como consecuencia de elementos que le vienen dados de diferente modo: racionalmente, naturalmente, históricamente e idealmente.⁵ Geny es uno de los primeros teóricos del Derecho abiertos al conocimiento sociológico, pues su idea de naturaleza de las cosas supone la vía de entrada de la sociología jurídica en la ciencia del Derecho.⁶

2 Conviene precisar que, ciertamente, también puede encontrarse un muy desarrollado formalismo sociológico en los que el estudio social se nutre del método analítico, como por ejemplo en Simmel o Parson, *Vid.*, MOYA VALGAÑÓN, Carlos (1965), "Talcott Parsons y la vocación actual de la teoría sociológica", *Revista de Estudios Políticos*, n° 143, pp. 149-164.

3 TREVES, Renato (1978), *Introducción a la Sociología del Derecho*, Taurus, Madrid, pp. 123-132.

4 GENY, François (1900), *La notion de droit positif à la veille du XXe siècle. Discours prononcé à la séance solennelle de rentrée de la 'Université de Dijon le 8 novembre 1900*, Librairie Venot, p.10.

5 GENY, François (1927), *Science et Technique en Droit Privé Positif*, II, Sirey, París, pp. 371-389.

6 GENY, *La notion de droit positif à la veille du XXe siècle*, p. 24. "Entonces, puede bien reconocerse que, ni la ley ni la costumbre nacen suficientes para resolver todos los problemas de la vida jurídica, queda un lugar necesario para una investigación independiente, sujeta

La dirección trazada por Geny fue compartida por la denominada Jurisprudencia de intereses (Ihering y Heck) y por el movimiento del Derecho libre. La Jurisprudencia de Intereses criticó el formalismo conceptualista propio de la Jurisprudencia de Conceptos y defendió la necesaria relación del Derecho objetivo con motivaciones prácticas y de índole finalista. Puede comprobarse en las obras de Ihering *El fin en el Derecho* y la *Lucha por el Derecho*, especialmente en esta última señala Ihering que el Derecho objetivo es el resultado de una lucha de intereses entre colectividad e individuo. Entre estos intereses, señala Ihering la preponderancia del sentimiento del derecho, que viene a ser el deber moral individual y social de resistir las injusticias.⁷ Así se puede comprender su conclusión: “No admitimos ciertamente una lucha por nada, pero sí ese noble combate en el cual el individuo se sacrifica con todas sus fuerzas, por la defensa de su derecho personal o de la Nación”.⁸

Esta idea se mantiene en la filosofía jurídica de Heck para quien el Derecho es un producto de los intereses que en el seno de la sociedad luchan por su reconocimiento.⁹ En este sentido, considera Heck pueden distinguirse en el Derecho un sistema interno y un sistema externo, el primero de naturaleza anatómica y conceptual; el sistema externo, en cambio, describe las situaciones de interés, los conflictos de intereses, los juicios de valor y las ideas valorativas. De este modo, la Sociología del Derecho deviene como una ciencia auxiliar de la ciencia jurídica, que permite superar el normativismo y el conceptualismo.¹⁰

El movimiento del Derecho libre no forma una escuela unitaria de pensamiento; más bien se trata de un conjunto de autores diversos que conservan algunas notas comunes. La principal característica compartida es la defensa de un derecho no estatal, un Derecho libre no proveniente de las autoridades estatales; pero qué sea este Derecho libre tiene una respuesta

solamente a esclarecer las soluciones, de acuerdo a un método estrictamente científico, guiado bajo los dictados (donéas) primeros de la razón o de la conciencia, y por el excedente, inspirándose en los resultados surtidos por todas las disciplinas, que analizan el mundo social, nos revelan en su estructura íntima y sus recursos profundos, lo que se puede llamar la naturaleza de las cosas positivas, capaz por sí sola de suplir las falibles fuentes formales, entregándonos un fundamento objetivo a nuestras investigaciones”.

7 IHERING, Rudolf (1985), *La lucha por el Derecho*, Civitas, Madrid, p. 76.

8 IHERING, *La lucha por el Derecho*, p. 135.

9 LARENZ, Karl (2008), *La filosofía contemporánea del Derecho y del Estado*, Ariel, Barcelona, p. 76.

10 ROBLES, Gregorio (2015), *Teoría del Derecho*. Fundamentos de Teoría Comunicacional del Derecho, II, Thonsom Reuters-Aranzadi, Cizur Menor *Teoría del Derecho*, p. 156.

diferente en cada autor. Estos autores critican la identificación de Derecho con la ley, el método subsuntivo propio de la escuela de la exégesis y el dogma de la plenitud del ordenamiento jurídico; en cambio, defienden una concepción amplia de Derecho, así como la revisión de la concepción tradicional de las fuentes del Derecho.¹¹

En el otro lado del océano el llamado *American Legal realism* descansaba, igualmente, en una investigación de carácter empírico acerca de las verdaderas motivaciones y causas de las decisiones judiciales, especialmente en las actitudes prelegales e ideológicas del juez y cómo influyen estas convicciones en la decisión judicial.¹² Se trató de una visión pragmatista que reducía el conocimiento del Derecho al momento de su realización, lo que puede comprobarse en las palabras de Holmes: “*The prophecies of what the courts will do in fact, and nothing more pretentious, are what I mean by the law* (la profecía de lo que los tribunales harán y nada más pretencioso es lo que yo entiendo por Derecho)”.¹³

Quizás el mejor representante de esta visión sociológica del Derecho sea Llewellyn, quien propone una ciencia jurídica sociológica o empírica que complemente a la tradicional dogmática del *common law*, mediante el estudio de las conductas de oficiales y legos, tratando de exponer una técnica de predicción de las decisiones judiciales, así como los medios de control de las acciones de los hombres a través de la legislación. En suma, un análisis pragmático del Derecho en el que prime la reflexión acerca de la relación entre Derecho y sociedad.¹⁴

En otro sentido, la Sociología jurídica quiso verse como la verdadera ciencia jurídica y el análisis de los hechos sociales como el único método válido para el conocimiento del Derecho. No se critica, como en autores anteriores, la insuficiencia del legalismo, el formalismo de los conceptos o la improcedencia de consideraciones éticas; sino la propia cientificidad de estas aproximaciones. Este es el giro copernicano, anticipado por Ehrlich,¹⁵ pero que tomaría carta de naturaleza en la escuela de Uppsala a través del conocido como realismo jurídico escandinavo.

11 ROBLES, *Teoría del Derecho*, II, pp. 166-169.

12 SCHAUER, Frederick (2018), “American Legal Realism – Theoretical Aspects”, en SELLERS, Mortimer y KIRSTE, Stephan (eds.), *Encyclopedia of the Philosophy of Law and Social Philosophy*, Springer, Dordrecht.

13 HOLMES, William (1897), “The Path of the law”, *Harvard Law Review*, nº 10, p. 461.

14 SÁNCHEZ DÍAZ, Félix (2011), “Algunos aspectos de la sociología jurídica de Karl Nickerson Llewellyn: bases epistemológicas, concepción sociológica del derecho y teoría sociológica de las normas jurídicas”, *Nuevo Derecho*, vol. 6: 8, pp. 158-159.

15 LARENZ, *La filosofía contemporánea del Derecho*, p. 75.

Ciertamente, Ehrlich niega el carácter científico de la ciencia jurídica tradicional alejada de la vida real del Derecho y propone sustituirla por la Sociología jurídica, centrando su atención en la realidad vital y dinámica del Derecho, investigando los hechos de su realización, los factores que inciden en la legislación y, también, en la jurisprudencia de los tribunales.¹⁶ El Derecho deviene en consecuencia como el producto espontáneo de la vida social; es la misma vida colectiva del grupo en cuanto que se manifiesta en normas.¹⁷

Ahora bien, Hägerström, fundador de la escuela realista escandinava o Escuela de Uppsala, es el mejor exponente de este giro epistemológico, que comienza por la condena del neokantismo por haber reducido la realidad sensible a la proyección de la conciencia cognoscente, un idealismo de corte subjetivo. En cambio, considera Hägerström la condicionalidad espacio-tiempo es la que permite la identificación de los seres individuales y de lo real, por lo que es una condición del conocimiento y de la existencia. El filósofo sueco mantiene un concepto estrecho de realidad limitado a la incontrovertible realidad espacio temporal y, en consecuencia, excluye por irreales los valores éticos al igual que lo conceptos formales. Por esta razón, se hace necesario una depuración de las categorías jurídicas que prescindan de la carga ética y metafísica del Derecho y se centre en la investigación de los hechos en que se realiza el Derecho.¹⁸ El Derecho es un hecho que se produce dentro de unas coordenadas espacio-temporales y, como en cualquier otro fenómeno empírico, la tarea de una ciencia jurídica merecedora de tal nombre es hallar el auténtico significado de los conceptos jurídicos, saber cuál es la función que desempeñan realmente, una vez despojados de su carga metafísica.¹⁹

Como ha señalado Dreier, la distinción entre Teoría del Derecho y Sociología jurídica debiera comenzar por precisar que la primera se ocupa del estudio del Derecho válido jurídicamente y la segunda del Derecho válido socialmente.²⁰ En consecuencia, puede afirmarse que Teoría del Derecho y Sociología Jurídica son dos perspectivas diferentes de la misma realidad

16 ROBLES, Gregorio, (2015) *Teoría del Derecho*. Fundamentos de Teoría Comunicacional del Derecho, I, Thonsom Reuters-Aranzadi, Cizur Menor, pp. 175-177.

17 ROBLES, *Teoría del Derecho*, I., p. 180.

18 FARALLI, Carla (2020), "Theodor Geiger e il realismo giuridico scandinavo", en AA.VV., *L'Eredità di Theodor Geiger per le scienze giuridiche*, Giuffrè Francis Lefebvre, Milán, pp. 153-155.

19 ROBLES, *Teoría del Derecho*, I, pp. 356-357.

20 DREIER, Ralf (1978), "Concepto y función de la Teoría General del Derecho", *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense*, trad. Gregorio Robles, n. 52, p. 120.

empírica (las normas jurídicas).²¹ Habría que determinar aún si se tratan de dos perspectivas enfrentadas o por el contrario complementarias. La Teoría Comunicacional del Derecho (TCD) asume el acierto de ambas posiciones epistemológicas, pero insiste en la necesidad de separar dos planos del conocimiento jurídico: el de la perspectiva interna o del jurista, propio de la Teoría del Derecho; el de la perspectiva externa o del sociólogo, propio de la Sociología Jurídica. Ambas disciplinas tienen por objeto el estudio del Derecho, aunque difieren en el método de análisis. En este sentido, afirma Robles: *“la Teoría del Derecho y la Sociología jurídica representan dos investigaciones paralelas; lo que se traduce en que manejan, cada una de ellas, categorías propias, que son legítimas en su propio terreno, pero que dejan de serlo en cuanto invaden el campo vecino”*.²²

La Sociología jurídica parte del presupuesto epistemológico de observar el Derecho fundamentalmente como un hecho social y, en consecuencia, emplea para su estudio el método propio de las ciencias sociales. De acuerdo con esta perspectiva del fenómeno jurídico, la validez del Derecho deberá ser comprobada socialmente mediante el examen de los hechos sociales que revelan su existencia y obligatoriedad.²³ La Teoría del Derecho, por otro lado, observaría la validez del Derecho desde una perspectiva lógica formal en virtud de la cual la validez de las normas deriva de su inserción en el ordenamiento jurídico, por lo que es necesario examinar cuáles son las condiciones para la juridicidad de la norma; esto es, qué requisitos debe reunir una norma para ser considerada parte del ordenamiento jurídico. En suma, la Teoría del Derecho se ocupa de estudiar el modo en que se producen las normas jurídicas y las condiciones procedimentales que éstas han de reunir para ser consideradas parte del ordenamiento jurídico.²⁴

Sin embargo, esta separación epistemológica no queda superada en la TCD al tratar de la decisión jurídica y sus diferentes modalidades. A pesar de que el momento decisorio del Derecho debiera ser el punto de encuentro o conciliación entre sistema jurídico y medio social. Porque la decisión jurídica no puede quedar reducida a una mera cuestión formal acerca de las condiciones de su validez; como tampoco, puede ser estudiada únicamente como un hecho social, sin atender críticamente a las condiciones de

21 DREIER, “Concepto y función de la Teoría General del Derecho”, p. 124.

22 ROBLES, *Teoría del Derecho*, I, p. 363.

23 ROBLES, Gregorio (2020), “Sociologia pura del diritto vs teoria pura del diritto: validità ed efficacia delle norme”, en AA.VV., *L’Eredità di Theodor Geiger per le scienze giuridiche*, pp. 135.

24 ROBLES, *Teoría del Derecho*, I, pp. 380-384.

su razonabilidad. El contexto o medio social, en suma, los conflictos éticos, políticos, históricos, étnicos, culturales, económicos, religiosos etc., proporcionan las representaciones colectivas (ideas, valores, convicciones éticas, moral social, etc.) sobre las que se fundamentan más o menos intensamente el conjunto de las decisiones, instituciones y normas jurídicas.²⁵

A continuación, desde la perspectiva de la TCD se detallarán los rasgos característicos de las decisiones jurídicas más relevantes y el modo en que el “medio social” incide en su cometido regulador.

TEORÍA DE LAS DECISIONES JURÍDICAS: TIPOLOGÍAS Y RASGOS

Ordenamiento jurídico y Sistema jurídico

Antes de exponer los diferentes tipos de decisiones jurídicas conforme a la óptica de la TCD, conviene precisar que la distinción entre Ordenamiento jurídico y Sistema jurídico es clave para comprender la originalidad de esta reciente teoría. En este sentido, en la TCD, al contrario de lo que ocurre en los autores normativistas, no hay una confusión o identificación entre ordenamiento y sistema. El ordenamiento jurídico o conjunto de disposiciones normativas, aún presentando cierto orden *per se*, adolece de racionalidad y coherencia suficientes como para permitir su inmediata aplicación práctica. Dicho de otro modo, el ordenamiento jurídico se presenta como una totalidad textual de carácter bruto y se identificaría con el conjunto de las disposiciones jurídicas tal y como son publicadas en el *BOE*.²⁶ Esa materia bruta, que recibe el nombre de ordenamiento jurídico, necesita de una construcción hermenéutica, que permita dotarla de racionalidad y sistematicidad suficientes como para su realización en la vida concreta de una comunidad política, esto es, para que pueda resolver los conflictos particulares que se dan en toda comunidad. El resultado de esta construcción racional es el texto elaborado que recibe el nombre de Sistema jurídico, una totalidad textual que, aunque refleja el ordenamiento jurídico, ofrece un horizonte de racionalidad más elaborado y apto para su aplicación práctica.²⁷

25 ROBLES, *Sociología del Derecho*, pp. 156-158.

26 ROBLES, *Teoría del Derecho*, I, p. 141.

27 ROBLES, *Teoría del Derecho*, I, p. 149.

En este contexto o interacción Ordenamiento-Sistema, Gregorio Robles distingue entre el denominado sistema didáctico-expositivo y el sistema en sentido estricto. El primero, como su nombre indica, tiene una finalidad explicativa, trata de ordenar racionalmente el conjunto del material normativo, estableciendo definiciones, categorías, clasificaciones a propósito de las instituciones, pautas de valor, principios jurídicos que se encuentran en los textos normativos; así como trata de resolver las antinomias y lagunas presentes en estos textos, dotando de coherencia la totalidad textual del ordenamiento jurídico. El sistema didáctico-expositivo persigue principalmente facilitar el conocimiento y estudio del Derecho vigente y, en ello, por supuesto hay una vocación práctica.²⁸ Junto a este sistema didáctico-expositivo de carácter eminentemente dogmático y erudito, el sistema en sentido estricto reflejaría el sentido real y concreto de los textos normativos, así como de las instituciones, relaciones jurídicas, pautas de valor y principios que los conforman. El sistema en sentido estricto se puede encontrar en las sentencias de los tribunales y especialmente en las sentencias de los altos tribunales, concretamente, en la *ratio decidendi* de estas sentencias, que explicitan el sentido real y alcance de las disposiciones normativas; es decir, el contenido auténtico de las normas jurídicas.²⁹ En suma, el sentido de las normas jurídicas es siempre el resultado de un proceso de construcción hermenéutica, que sólo puede comprenderse desde la peculiar interacción Ordenamiento y Sistema.

Contexto, sujetos, modalidades y procesos de la decisión jurídica

Las decisiones jurídicas ostentan la primacía genética en el marco de la TCD, pues, en el principio de toda forma de Derecho posible se encuentra la decisión, entendida como detonante del ordenamiento jurídico, de sus normas e instituciones. Porque, como ha sostenido en todo momento Robles: “las decisiones constituyen el aspecto generador o dinámico del ordenamiento jurídico, ya que son ellas las que generan nueva sustancia, nueva materia. Sin decisiones no habría Derecho, no habría normas ni instituciones”³⁰ En este sentido, la Teoría de las decisiones jurídicas estudia el aspecto dinámico del Derecho, entendido como un contexto heterogéneo de actos de comunicación que inciden en los diferentes operadores jurídicos y sus decisiones. Así, emulando el análisis pragmático del lengua-

28 ROBLES, *Teoría del Derecho*, II, p. 556.

29 ROBLES, *Teoría del Derecho*, II, p. 554.

30 ROBLES, *Teoría del Derecho*, I, p. 105.

je, la Teoría de las decisiones jurídicas debe ocuparse del estudio de los principales sujetos que intervienen en las decisiones jurídicas, los diferentes contextos decisionales, los destinatarios de esas decisiones y las diferentes modalidades de decisiones jurídicas.³¹

De acuerdo con esta propuesta, Robles señala que el contexto comunicacional está delimitado por la idea de *Ámbito jurídico (AMB)*, éste es el espacio virtual en el que se desenvuelve la relación *Ordenamiento-Sistema*.³² Dentro de cada ámbito jurídico se producen múltiples procesos de comunicación jurídica (relaciones jurídicas, derechos subjetivos, acciones, decisiones y hechos jurídicos de diversa índole); pero el proceso comunicacional más relevante sería la interacción entre ordenamiento jurídico y sistema jurídico. Así, este complejo contexto comunicacional que es el *Ámbito jurídico* como todo espacio, posee una racionalidad intrínseca o principio ordenador sobre el que se desarrolla la espiral hermenéutica *Ordenamiento-Sistema*, tal es la idea de *justicia ambital*: los ideales de convivencia de un ámbito jurídico determinado, o, de otro modo, la idea de *justicia institucionalizada* en un ámbito jurídico concreto.³³ Parece lógico pensar, que la Constitución cumple aquí un papel esencial para la delimitación y ordenación de todo ámbito jurídico, pues no sólo define los sujetos del poder político, sus competencias y procesos de decisión; además, normalmente, verbaliza el compendio axiológico institucionalizado, que el poder constituyente ha considerado básicos para la convivencia dentro del orden establecido.³⁴

Como estamos comprobando, la relación *Ordenamiento-Sistema* constituye el punto de gravitación del conjunto de la Teoría comunicacional del Derecho y se manifiesta nuevamente cuando Robles se ocupa de los sujetos protagonistas de las decisiones jurídicas. En primer término y por su protagonismo en la creación del sistema jurídico, encontramos el poder o sujeto constituyente; en segundo término, deviene el legislador, en sentido amplio, en tanto artífice de la materia jurídica bruta que es el ordenamiento jurídico; a continuación, encontraríamos a los juristas teóricos o dogmáticos que a través de sus decisiones propositivas buscan dotar de racionalidad y coherencia al ordenamiento jurídico; y, en último término, los jueces y

31 ROBLES, Gregorio (2018), *Cinco Estudios de Teoría Comunicacional del Derecho*, Olejnik, Santiago de Chile, pp. 22-23.

32 ROBLES, *Teoría del Derecho*, I, p. 489.

33 ROBLES, Gregorio, (2021) *Teoría del Derecho*. Fundamentos de Teoría Comunicacional del Derecho, III, Thonsom Reuters-Aranzadi, Cizur Menor, pp 858-890.

34 ROBLES, *Teoría del Derecho*, III, p. 159.

tribunales que a través de sus sentencias concretizan el contenido y sentido de las disposiciones jurídicas y determinan el sistema jurídico en sentido estricto.

En cuanto a las modalidades, Gregorio Robles distingue los siguientes tipos de decisiones jurídicas:

- A) Decisiones ordinamentales: generan texto del ordenamiento jurídico.
- B) decisiones propositivas: generan textos doctrinales, con propuestas de normas jurídicas construidas, pertenecientes al sistema didáctico-expositivo.
- C) Decisiones sistémicas: generan textos pertenecientes al sistema jurídico.
- D) Decisiones implícitas o tácitas: generan textos que, en un primer momento, no son explícitos y que, perteneciendo al ordenamiento, se hacen explícitos en el sistema jurídico.
- E) decisiones extra-ordinamentales y extra-sistémicas: generan textos que no son del ordenamiento, ni del sistema, pero sí del ámbito jurídico".³⁵

Se observa con nitidez que el fundamento de esta clasificación es la relevancia de las decisiones en el marco de la relación Ordenamiento-Sistema. De este modo, las decisiones ordinamentales son todas aquellas decisiones normativas que contribuyen a la formación del ordenamiento jurídico, entendido como la realidad bruta sobre la que elabora el sistema. Las decisiones propositivas vendrán constituidas por las investigaciones teóricas, tratados y monografías que buscan ordenar racionalmente y sistemáticamente el ordenamiento jurídico. Las decisiones sistémicas son las sentencias de los tribunales que de un modo u otro incorporan las distintas propuestas teóricas y de un modo efectivo concretan el sentido de las disposiciones jurídicas del ordenamiento; es decir, reflejan el sistema jurídico y el sentido del derecho positivo. Las decisiones implícitas o tácitas vienen constituidas igualmente por las sentencias de los tribunales que reflejan el contenido o sentido de las costumbres jurídicas y principios jurídicos vigentes en el sistema jurídico, aunque no explicitados necesariamente en el ordenamiento jurídico. Finalmente, las decisiones extra-ordinamentales y extra-sistémicas son las decisiones que se generan en el marco del ámbito jurídico de una comunidad política concreta y que no están directamente referidas a la relación ordenamiento-sistema; bien, por referirse a cuestiones técnicas o meramente pragmáticas (interposición de una demanda, jurisprudencia cautelar, negocios y relaciones jurídicas de todo tipo, etc.); bien, por estar referidas a la misma creación del ordenamiento jurídico como es el caso de la decisión constituyente.³⁶

35 ROBLES, *Teoría del Derecho*, III, p. 82.

36 ROBLES, *Cinco Estudios de Teoría*, pp. 26-34.

Cada tipo de decisión posee su propio proceso decisional, es decir, el conjunto de pasos a seguir para la toma de decisión. Así toda decisión jurídica implica necesariamente una deliberación y una toma de posición acerca del ordenamiento jurídico y la realidad social sobre la que actúa; pero el modo en que se produce esta deliberación y toma de posición difiere dependiendo del tipo de decisión que se trate.³⁷ Y lo que no es menos importante, como enseña la teoría hermenéutica, toda decisión refleja más o menos intensamente el contexto social e histórico en el que se desenvuelve el sujeto y frente al cual ha de situarse.³⁸ En este sentido, en todas las modalidades de la decisión jurídica puede apreciarse la incidencia de motivaciones extrajurídicas, que inciden en su formación y realización como consecuencia de la inserción social del sujeto.³⁹

Así las cosas, el estudio comunicacional de la decisión jurídica debe compaginar el análisis teórico de los diversos tipos de decisiones jurídicas y sus particulares procedimientos, con el estudio sociológico de la decisión jurídica entendida como fenómeno social. Se abre, entonces, el camino para una sociología de las decisiones jurídicas, que ha de indagar las causas, incidencia y funcionalidad que cumplen las decisiones jurídicas en el entramado social. De este modo, el análisis teórico proporcionará las categorías o formas abstractas que permiten comprender, ordenar y dominar el dinamismo y variabilidad inherente a los procesos de decisión jurídica; pero, igualmente, la toma de posesión de las motivaciones fácticas y la inserción social de los sujetos hará posible vivificar las formas teóricas y colmarlas de realidad. Como ya se ha señalado, la raíz comunicacional de la Teoría del derecho ofrecida por Robles se muestra más evidente a propósito de la teoría de la decisión, en tanto que exige coherencia la explicación teórica con la sociológica y, además, nos muestra la peculiaridad del método hermenéutico-analítico defendido por el autor.

LA DECISIÓN CONSTITUYENTE

La decisión constituyente, escribe Robles, es el *fiat* del ordenamiento jurídico, su elemento originario, cuenta con una libertad o poder creativo mucho más amplio que el resto de decisiones jurídicas.⁴⁰ En este sentido, la idea de justicia se despliega con mucha mayor intensidad que en el resto de

37 ROBLES, *Cinco Estudios de Teoría*, p. 25.

38 GADAMER, Hans G. (1984), *Verdad y método*, Sígueme, Salamanca, p. 372.

39 ROBLES, *Sociología del Derecho*, p. 149.

40 ROBLES, *Teoría del Derecho*, I, p. 107.

decisiones jurídicas, pues será el poder constituyente quien delimitará el contenido material de la misma en la comunidad política.⁴¹ Expresamente, recuerda Robles: “la Constitución verbaliza los principios o valores supremos del orden jurídico constituido, que habrán de inspirar la acción política de los sujetos del poder. Dichos valores son el compendio axiológico institucionalizado que el poder constituyente ha elegido como básicos para la convivencia dentro del orden establecido, y cuyo desarrollo se verificará autopoiéticamente mediante los mecanismos institucionales del sistema”.⁴²

Esta decisión originaria acerca de la justicia y el orden político (la decisión constituyente) se divide, conforme al planteamiento de la TCD, en tres posicionamientos nucleares: a) el proceso constituyente; b) las formas de gobierno; y c) los valores constitucionales.

El proceso constituyente

El proceso constituyente puede definirse como el conjunto de actos del poder constituyente, o su delegado, que desembocan en la decisión constituyente. Por lo general, este proceso suele tomar la forma de un debate acerca de los criterios de justicia y de forma política que han de regir la vida de la comunidad en el futuro, con la finalidad de llegar a un consenso o posición común entre los diferentes actores sociales y políticos.⁴³ Ahora bien, deben cuestionarse cuáles han de ser las condiciones mínimas de este debate; éstas son apuntadas en la obra *Los derechos fundamentales y la ética en la sociedad actual*, donde Robles señala dos fundamentales: el pluralismo y el consenso político. La primera de naturaleza sociológica y la segunda procedimental.

El pluralismo emerge frente al carácter moral monolítico de las sociedades primitivas, ante el hecho de que en las sociedades modernas coexisten diversidad de posturas morales.⁴⁴ En estas sociedades el individuo posee una suerte de libertades religiosas y políticas que le garantizan una posición propia frente al Estado, pero el proceso de socialización que estas libertades ha experimentado ha conllevado la sustitución del individuo por los partidos políticos. De modo que los partidos se han convertido en los actores de la vida política, a lo que habría que sumar los llamados movimientos

41 ROBLES, *Teoría del Derecho*, III, p. 128.

42 ROBLES, *Sociología del Derecho*, p. 159.

43 ROBLES, *Teoría del Derecho*, I, pp. 112-114.

44 ROBLES Gregorio (1992), *Los derechos fundamentales y la ética en la sociedad actual*, Civitas, Madrid, p. 155.

sociales (ecologistas, feministas, pacifistas, etc.) en la medida que actúan dentro de la vida política.⁴⁵ Paralelamente, la vida económica también ha sufrido una polarización acusada: intereses capitalistas nacionales y transnacionales, la conversión del individuo en consumidor, los movimientos obreros y sindicatos, entre otros.⁴⁶ En definitiva, la decisión constituyente no puede abstraerse del marco social en el que se encuentra, de modo que esta polarización moral, política y económica constituye el contexto en el que el debe delimitarse el contenido material de justicia.

El consenso lo utiliza Robles como diálogo superador del pluralismo desintegrador en que viven nuestras sociedades,⁴⁷ es más, Robles afirma: "*la teoría del discurso o diálogo racional constituye un patrón constante que hay que aplicar a todo proceso de decisión racional*".⁴⁸

Con la idea de consenso, Robles nos remite a unas condiciones ideales del diálogo que redujeran a cero las posibilidades de engaño, ocultamiento e irracionalidad de los participantes.⁴⁹ Cómo él mismo explica: "*es una teoría procedimental del discurso y como tal no tiene por objeto el desarrollo de los contenidos materiales de la idea de justicia, sino el aspecto formal o procedimiento de ésta*".⁵⁰

Sin embargo, rara vez las condiciones del diálogo ideal se cumplen en el diálogo político real, que se encuentra contaminado por múltiples interferencias.⁵¹ Será misión de la teoría de la decisión y, más exactamente, de su teoría de la justicia construir una plantilla lo más ajustada posible a este diálogo ideal y examinar a la luz de la misma, las condiciones en que se ha desarrollado el diálogo político real.⁵² Si el procedimiento seguido se ajusta a estas condiciones procedimentales fundamentales, se alcanzará un consenso satisfactorio.⁵³

A continuación, señala Robles estas condiciones procedimentales sobre

45 ROBLES, *Los derechos fundamentales y la ética en la sociedad actual*, p. 141.

46 ROBLES, *Los derechos fundamentales y la ética en la sociedad actual*, pp. 143-151.

47 ROBLES, *Los derechos fundamentales y la ética en la sociedad actual*, p. 155.

48 ROBLES, *Los derechos fundamentales y la ética en la sociedad actual*, p. 160.

49 ROBLES, *Los derechos fundamentales y la ética en la sociedad actual*, p. 159. "El diálogo ideal supone la participación de dialogantes plenamente racionales, no movidos en principio por ningún otro interés que no sea el bien de la sociedad, y cuya facticidad dialogante se lleva a cabo con las máximas garantías contra el error o la simplificación".

50 ROBLES, *Los derechos fundamentales y la ética en la sociedad actual*, p. 160.

51 ROBLES, *Los derechos fundamentales y la ética en la sociedad actual*, p. 161.

52 ROBLES, *Los derechos fundamentales y la ética en la sociedad actual*, p.161.

53 ROBLES, *Los derechos fundamentales y la ética en la sociedad actual*, p. 163.

las que debe orbitar el diálogo real para asemejarse al modelo ideal: un núcleo irrenunciable de valores sobre los que no cabe discusión; ante la imposibilidad de que todos los individuos sean interlocutores, la intervención de todos los actores sociales (partidos políticos, movimientos sociales, empresas y sindicatos); unos medios de comunicación independientes de las estructuras de poder; una clase de intelectuales independientes; y un modelo de democracia cuyo sentido de la justicia vaya más allá del procedimiento de toma de decisiones y profundice en el sentido de éstas.⁵⁴

Finalmente, el contenido material de justicia dependerá en gran medida del grado de fidelidad del diálogo real respecto de las condiciones ideales del mismo, en la medida que el proceso constituyente se ajuste a estas condiciones procedimentales mayor será el grado de justicia política.⁵⁵ El núcleo de valores acordado como indiscutible en este diálogo, constituirá el núcleo axiológico de una determinada comunidad, de modo que la constitución no tendrá sólo un carácter formal-procedimental, sino, también un contenido material axiológico.⁵⁶ Concluye Robles, el consenso político nunca cumple las exigencias de un consenso ideal plenamente racional,⁵⁷ pero (aunque insuficiente desde el punto de vista ético) un consenso político adoptado bajo un mínimo de racionalidad constituye el único fundamento político de un núcleo axiológico indiscutible.⁵⁸

Formas de gobierno

La decisión constituyente versa esencialmente acerca del establecimiento de la forma de gobierno de un Estado, esto es, la fundación de los poderes supremos del Estado o poderes constituidos (legislativo, ejecutivo y judicial).⁵⁹ Si bien, desde una perspectiva formal toda decisión a este respecto merece el nombre de constitución;⁶⁰ lo cierto es, como indica Robles, que el mundo actual se caracteriza por la aceptación universal de la democracia como forma legítima de gobierno.⁶¹ Sin embargo, esta situación exige posicionarse acerca de qué deba entenderse por democracia, puesto que

54 ROBLES, *Los derechos fundamentales y la ética en la sociedad actual*, pp. 163-169.

55 ROBLES, *Los derechos fundamentales y la ética en la sociedad actual*, p. 170.

56 ROBLES, *Los derechos fundamentales y la ética en la sociedad actual*, p. 171.

57 ROBLES, *Los derechos fundamentales y la ética en la sociedad actual*, p. 174.

58 ROBLES, *Los derechos fundamentales y la ética en la sociedad actual*, p. 173.

59 ROBLES, *Teoría del Derecho*, III, pp. 116-117.

60 ROBLES, *Cinco Estudios de Teoría*, p. 47.

61 ROBLES, *Sociología del Derecho*, p. 161.

toda forma política intenta autoproclamarse como democrática en el mundo actual, aunque efectivamente esté muy lejos de serlo.⁶²

Robles, siguiendo la clasificación del Tocqueville, entiende que la democracia puede comprenderse como ideal, como forma política y como forma de vida social. En su consideración idealizada la democracia aparece definida como gobierno del pueblo, por el pueblo y para el pueblo. En este sentido, el ideal democrático sirve como horizonte crítico que reclama una mayor participación del pueblo en el ejercicio del poder y en el espacio público, reclamando una mayor transparencia de las actuaciones políticas y, en consecuencia, más información acerca de los procesos de decisión políticos.⁶³

La democracia como forma política ha tomado diversas manifestaciones, Robles considera que la más elaborada histórica y socialmente es la forma política del Estado de Derecho, propia de los Estados occidentales. El Estado de Derecho conjuga las ideologías democráticas por excelencia, el liberalismo y el socialismo. De este modo, considera Robles, la forma política del Estado de Derecho permite unir los avances del liberalismo en la defensa y promoción de los derechos individuales con los éxitos del socialismo a propósito de la corrección de las desigualdades sociales y económicas.⁶⁴

La democracia entendida como forma de vida social es el producto en nuestros días, de acuerdo con el análisis de Robles, de la universalidad de la comunicación. Este fenómeno se caracteriza por una comunicación ilimitada –en un sentido horizontal o vertical– capaz de generar en el individuo opiniones sobre todo lo opinable y hacerlo partícipe de todo lo que sucede. La universalidad comunicativa puede provocar, según Robles, una hiperdemocracia social en la que todas las opiniones tengan el mismo valor y sólo puedan ser juzgadas cuantitativamente por el rasero común o el principio de mayoría. En este contexto, los medios de comunicación emergen como un poder político de primer orden, porque son capaces crear estados de opinión, influir en la opinión ajena y dirigir la vida de los ciudadanos sin que éstos apenas lleguen a enterarse. En consecuencia, uno de los mayores peligros para la convivencia política es la manipulación informativa.⁶⁵

62 ROBLES, *Sociología del Derecho*, p. 162.

63 ROBLES, *Sociología del Derecho*, p. 162.

65 ROBLES, *Teoría del Derecho*, III, pp. 922-924.

65 ROBLES, *Sociología del Derecho*, pp. 163-164.

Los valores constitucionales

Por último, pero no menos importante, la decisión constituyente debe tomar posición acerca del núcleo axiológico sobre el que se edificará el conjunto del ordenamiento jurídico por constituir. En este sentido, la decisión constituyente debe verbalizar cuáles son el conjunto de valores constitucionales que han de presidir la acción de los sujetos del poder, concretamente, deberá precisar cuáles son los principios o valores superiores del ordenamiento jurídico, los derechos fundamentales de los individuos y los principios sociales y económicos que han de presidir el comportamiento de los poderes constituidos.⁶⁶ A través de la decisión sobre estos valores se instaurará un modelo de justicia para el conjunto del ordenamiento jurídico naciente, que si bien deberá concretarse en instancias posteriores, impone *per se* ciertos límites a las decisiones de los poderes constituidos.⁶⁷

En la decisión constituyente pueden encontrar su lugar los denominados derechos humanos, siendo la misión del constituyente recoger estos principios de justicia dentro de la constitución con la finalidad de garantizar un mínimo de justicia en la comunidad política.⁶⁸ No obstante, los derechos humanos son entendidos por Robles como aspiraciones de la razón ética y no pueden identificarse sin más con los derechos fundamentales, los cuales han sido configurados como resultado del diálogo político real y en vistas de una determinada comunidad política y no desde la óptica de la universalidad del género humano.⁶⁹ La decisión constituyente transformará aquellos ambiguos derechos humanos en concretos derechos fundamentales.

Toda vez que este catálogo de principios morales y de justicia han sido recogidos en la constitución y efectivamente garantizados mediante un procedimiento para hacerlos valer, nos encontramos ante los derechos fundamentales. Éstos se incardinan, ya sí, dentro del ordenamiento jurídico y, más aún, en el marco de la norma primera que es la constitución. En este sentido, delimitan el contenido de las decisiones jurídicas de grado inferior

66 ROBLES, *Teoría del Derecho*, III, pp. 189-190. "La parte dogmática de la Constitución puede ser considerada en su conjunto como un texto que refleja el sistema axiológico o sistema de valores, los cuales a su vez se concretan, cada uno de ellos, en un conjunto de principios jurídicos de carácter material y que dotan de sustancia valorativa al ordenamiento jurídico y asimismo dirigen la acción decisora de los tribunales ordinarios y también del Tribunal Constitucional".

67 ROBLES, *Teoría del Derecho*, III, p. 206.

68 ROBLES, *Los derechos fundamentales*, p. 129.

69 ROBLES, *Los derechos fundamentales*, pp. 174-175.

y es posible afirmar que estas decisiones tendrán como marco de referencia obligado el contenido de estos derechos fundamentales. Dicho de otro modo, los principios de justicia material recogidos en la constitución, configurados como derechos fundamentales, son el marco de justicia en el que se desenvuelven las decisiones jurídicas.⁷⁰

Siendo así, la decisión constituyente supone el primer impulso para la institucionalización de los valores o sistema ético que subyace en el conjunto social, que posteriormente habrá de nutrir el conjunto de decisiones jurídicas y, especialmente, las normas que explicitarán y desarrollarán estos valores. Aunque desde una perspectiva sociológica siempre deberá examinarse si realmente estos valores institucionalizados en el texto de la Constitución y demás normas de carácter inferior, son efectivamente respetados por los sujetos del poder y si efectivamente se corresponden con las convicciones éticas de la población general.⁷¹

LA DECISIÓN LEGISLATIVA

Es oportuno recordar que la ley, como toda norma, desde la perspectiva de la TCD es un material textual bruto que necesita de una elaboración posterior, de modo que la decisión de Legislador no agota su sentido o su alcance, puesto que el sentido último de la disposición legislativa se obtiene mediante su reconstrucción hermenéutica o racional en el sistema jurídico.⁷²

Sobre la base de esta realidad, la decisión legislativa puede estudiarse teóricamente como cualquier otra decisión normativa, identificando a quién corresponde la potestad legislativa, cuál es el procedimiento de la legislación y qué puede o no puede decidirse materialmente mediante una ley.

Desde una perspectiva formal estas cuestiones no presentan un problema especialmente difícil de responder, en la medida en que el texto constitucional reflejará qué órgano ostenta la potestad suprema de legislar, cuál es la composición del órgano, el procedimiento para legislar y las directrices axiológicas generales sobre las que debe orbitar la legislación.⁷³

Desde la perspectiva de la teoría de las decisiones jurídicas la cuestión

70 ROBLES, Gregorio (2009), *La justicia en los juegos. Dos ensayos de teoría comunicacional del derecho*, Trotta, Madrid, pp. 15-17.

71 ROBLES, *Sociología del Derecho*, pp. 178-179.

72 ROBLES, *Teoría del Derecho*, III, p. 374.

73 ROBLES, *Teoría del Derecho*, I, pp. 380-384.

resulta algo más complicada: primero porque debe explicarse qué es una decisión legislativa, es decir, cuáles son sus peculiaridades respecto de otras decisiones normativas; y, segundo, porque debe tenerse en consideración los elementos fácticos en que se desenvuelven este tipo de decisiones y comprobar en qué medida la teoría se adecua a la realidad.

Robles aborda con detenimiento el estudio de la decisión legislativa en el capítulo 9 del volumen tercero de su obra *Teoría del Derecho. Fundamentos de Teoría Comunicacional del Derecho*.⁷⁴ Más allá del estudio histórico de la ciencia de la legislación, Robles concibe teóricamente la decisión legislativa como el acto de voluntad del Legislador de acuerdo con el procedimiento establecido. Como todo acto de voluntad, la decisión legislativa supone una elección del Legislador sobre la realización de unos fines determinados y los medios para alcanzarlos. En consecuencia, con arreglo al esquema de la TCD, el estudio de la decisión legislativa ha de procurar la averiguación de cuál o cuáles eran los fines perseguidos por el Legislador y de qué medios decidió valerse para su consecución.⁷⁵

El estudio de las posibilidades teleológicas de la decisión legislativa debe compaginarse con el hecho de que el Legislador, como todo poder constituido, debe obediencia al texto constitucional, donde se encuentra el núcleo axiológico que ha de orientar la legislación. Aunque más allá del catálogo general de principios, derechos fundamentales y valores constitucionales, Robles es consciente de que las posibilidades de acción del legislador son bastante amplias. En este sentido, la averiguación de la finalidad real perseguida por el Legislador, así como de los fines secundarios, deberá hallarse en función de las circunstancias concretas, de la naturaleza del conflicto social que motiva la ley y de la ideología que informa la acción legislativa.⁷⁶

La elección acerca de los medios precisos para la realización de la finalidad perseguida presenta una dimensión procedimental y otra dimensión técnica. Esta consideración procedimental de la decisión legislativa nos remite al estudio de las normas que se ocupan de establecer quiénes son los sujetos con potestad para legislar, cuáles son las competencias que tienen atribuidas y las normas que señalan el procedimiento a seguir para legislar.⁷⁷ De acuerdo con una consideración meramente técnica, las leyes

74 ROBLES, *Teoría del Derecho*, III, pp. 284-412.

75 ROBLES, *Teoría del Derecho*, III, p. 376.

76 ROBLES, *Teoría del Derecho*, III, pp. 385-390.

77 ROBLES, *Teoría del Derecho*, III, p. 382.

son textos y por lo tanto deben cumplir un requisito esencial de comunicabilidad, es decir, que sean inteligibles para lo cual deberán respetar las formas gramaticales y demostrar un buen dominio del vocabulario jurídico; pero, también, que combinen acertadamente el uso del lenguaje normal con el lenguaje técnico-jurídico sin perder rigor en las expresiones.⁷⁸ Así, considera Robles que la redacción de la ley no puede desatender el buen uso de los verbos que conforman los diferentes tipos de normas; de modo tal que debe emplearse el verbo ser para las normas ónticas, el verbo tener para las normas procedimentales, el verbo poder para las potestativas y el verbo deber para las normas deónticas.⁷⁹

Además, la decisión legislativa es vista en la TCD como un acto comunicacional y, por ello, presenta naturalmente una dimensión retórica, persigue naturalmente persuadir o convencer acerca de la oportunidad y justicia de su mensaje. En este sentido, teniendo presente que la Ley se exterioriza socialmente en forma de texto, la clave de su adecuada construcción retórica está en el uso de una argumentación completa acerca de las características o naturaleza del conflicto social que la genera, el plan de acción trazado por el legislador y la previsión racional de sus resultados. En suma, esta argumentación puede encontrarse desarrollada en la Exposición de Motivos del texto legal.⁸⁰

Con arreglo a una perspectiva dogmática o institucional de la decisión legislativa, Robles considera que, tanto en la deliberación acerca de la acción legislativa como en la redacción de su texto, el Legislador debe ser consciente del co-texto normativo o sistemático y del contexto social. En gran medida, el éxito o fracaso de la acción legislativa dependerá del grado de adecuación del texto legal al Sistema jurídico y de la corrección de la lectura de la realidad social sobre la que debe operar la ley.⁸¹

Ahora bien, desde una contemplación fáctica o sociológica de las leyes, resulta que la decisión legislativa puede estar movida en múltiples direcciones y no siempre se corresponderán con los fines éticos o axiológicos del ordenamiento jurídico, esto es, lo que en la TCD se denomina justicia ambital.⁸² Una investigación sociológica del contenido de la ley servirá en primer término como control de intenciones del Legislador, en la medida en que permitirá detectar los intereses sectoriales, partidistas o de clase que

78 ROBLES, *Teoría del Derecho*, III, pp. 393-395.

79 ROBLES, *Teoría del Derecho*, III, pp. 399-403.

80 ROBLES, *Teoría del Derecho*, III, p. 397.

81 ROBLES, *Teoría del Derecho*, III, p. 409.

82 ROBLES, *Teoría del Derecho*, III, p. 858.

desvían la ley de su vocación al interés general.⁸³ Asumiendo la perspectiva externa o del observador que es la propia del sociólogo, el objetivo ha de ser comprobar cuáles son los condicionamientos sociales o fácticos de la decisión legislativa y cuál es la función que cumplen las leyes en el sistema social.⁸⁴ Bajo esta perspectiva es posible encontrar múltiples contradicciones entre los postulados tradicionales de la ciencia política y la realidad de los hechos, que nos revela –como afirma Robles– la debilidad del poder legislativo o del Parlamento, por lo general vinculado estrechamente al poder ejecutivo y movido por los intereses partidistas y de los grupos de presión o lobbies. Así las cosas, no sorprende la escasa iniciativa legislativa de nuestro Parlamento, ni el hecho de que los verdaderos diálogos o debates se produzcan realmente en el interior de las comisiones legislativas que preparan el contenido de las leyes y no públicamente en el Parlamento.⁸⁵ Finalmente, el estudio de la funcionalidad que cumplen las leyes no es otra cosa más que el análisis de su eficacia y su eficiencia, esto es, comprobar si realmente se producen los hechos sociales que revelan el cumplimiento de la norma, su eficacia o la obediencia de sus destinatarios; y si la norma cumple eficientemente con los objetivos o finalidad social perseguida.⁸⁶

LA DECISIÓN JUDICIAL

La decisión judicial es la plasmación o exteriorización del ejercicio de la potestad jurisdiccional, lo que, a juicio de Robles, consiste en decir el Derecho o dar a cada cual lo suyo de conformidad con el sistema.⁸⁷ Mediante la decisión judicial el Derecho se pone al servicio de la vida, abandona la generalidad de las normas y se centra en la realidad fáctica e individual de la vida, estableciendo qué sea el Derecho en relación con un caso concreto.⁸⁸

Robles afirma que la determinación de lo que es Derecho en cada caso es una actividad en parte de hallazgo y en parte de obtención.⁸⁹ El Derecho no se encuentra acabado a la espera de que el juez lo encuentre, sino que exige de éste un esfuerzo por obtenerlo. La obtención del Derecho es una labor constructiva de hechos y normas entendida del siguiente modo:

83 ROBLES, *Sociología del Derecho*, p. 165.

84 ROBLES, *Sociología del Derecho*, p. 166.

85 ROBLES, *Sociología del Derecho*, pp. 167-169.

86 ROBLES, *Teoría del Derecho*, III, p. 389.

87 ROBLES, *Teoría del Derecho*, III, p. 468.

88 ROBLES, *Teoría del Derecho*, III, p. 467.

89 ROBLES, *Teoría del Derecho*, II, p. 573.

el juez ha de recrear los hechos objeto del proceso al tiempo que comprende hermenéuticamente las normas a ellos referidos.⁹⁰ Esta deliberación constituye el basamento de la sentencia judicial y viene en gran medida determinada por los prejuicios (precomprensión) del juez.⁹¹ La decisión judicial vista analíticamente supone un conjunto de decisiones particulares que desembocarán naturalmente en la decisión final.⁹² Desde los planteamientos de la TCD, este conjunto de decisiones parciales, no suponen un hallazgo del sentido verdadero del texto ordinamental, sino, la toma de posición del juez respecto a los hallazgos de sentido, que ofrece la doctrina científica. La búsqueda de la norma jurídica aplicable (norma sistémica) la realiza el juez mediante la indagación en las diversas posiciones doctrinales y determinando preferencialmente una entre ellas. Al hacerlo incorpora en la *ratio decidendi* de su sentencia la propuesta doctrinal y reconstruye hermenéuticamente el ordenamiento jurídico.⁹³ Juzgar, por tanto, es una actividad que se realiza necesariamente desde una posición hermenéutica determinada por la idea de Sistema jurídico, porque la decisión judicial sólo puede comprenderse en el Sistema y como una concreta toma de posición respecto del mismo.

Con independencia del aspecto material de la decisión judicial, ésta ciertamente es una manifestación del ejercicio de la potestad jurisdiccional y como toda potestad se encuentra delimitada por la idea de competencia; lo que presupone el hecho de que la decisión judicial debe producirse siempre en el marco de las acciones permitidas por las normas que confieren dicha potestad,⁹⁴ en otras palabras, de acuerdo con las normas que establecen la competencia material y territorial de los órganos jurisdiccionales.⁹⁵

Aún más, según las tesis de la TCD, la decisión judicial supone el culmen de la actividad de juzgar, que se concentra en un conjunto de actos realizados en el marco del proceso judicial.⁹⁶ En este sentido, el proceso judicial presenta unas peculiaridades o rasgos definitorios que inciden directamente en el modo de producción y contenido de la decisión judicial. En consecuencia, la decisión del juzgador no puede comprenderse sin la consideración necesaria del proceso en el que se produce.⁹⁷

90 ROBLES, *Teoría del Derecho*, II, p. 355.

91 ROBLES, *Teoría del Derecho*, II, p. 356.

92 ROBLES, *Teoría del Derecho*, II, p. 573.

93 ROBLES, *Teoría del Derecho*, III, p. 515.

94 ROBLES, *Teoría del Derecho*, I, p. 436.

95 ROBLES, *Teoría del Derecho*, III, p. 470.

96 ROBLES, *Teoría del Derecho*, III,, p. 474.

97 ROBLES, *Teoría del Derecho*, III, p. 477.

El proceso judicial puede ser contemplado normativa e institucionalmente,⁹⁸ la primera perspectiva sería la propia de las normas procesales que regulan el objeto, los presupuestos y actos procesales; la segunda o perspectiva institucional observa el proceso judicial como una unidad de sentido que, conforme a los diversos principios procesales, engloba el conjunto de relaciones y situaciones jurídicas que se producen en el proceso judicial.⁹⁹ Obviamente, el conjunto de las normas procesales inciden en la decisión judicial puesto que establecen las condiciones o presupuestos del proceso judicial, las competencias del juez, el procedimiento a seguir y sus deberes procesales.¹⁰⁰ De otro modo, el sentido institucional del proceso judicial también orienta la decisión judicial bajo la asunción de los principios procesales concretos sobre los que gravita el proceso judicial, a saber: el principio de legalidad, el principio de contradicción, el principio de economía procesal, el principio dispositivo, el principio inquisitivo, la libre valoración de la prueba y el más amplio derecho a la tutela judicial efectiva.¹⁰¹

Sin embargo, el proceso judicial también debe ser contemplado desde una perspectiva decisional y entonces se resalta el carácter procedimental del mismo. En este sentido, el procedimiento sería el conjunto de pasos que es necesario seguir para llegar a la decisión judicial, destacando en este punto el carácter dialéctico y controversial del procedimiento judicial; pero, igualmente, su carácter dinámico o secuencial, en el sentido de que el procedimiento judicial puede ser contemplado episódicamente como un suceder de actos que concluyen con la decisión judicial.¹⁰² Tanto es así que el contenido material de la decisión judicial no podrá aprehenderse más que en el marco de este suceder episódico y dialéctico que es el procedimiento judicial.

Al igual que en las decisiones anteriores, el análisis hermenéutico-analítico de la decisión judicial debe completarse con su consideración sociológica para comprobar en qué medida estos postulados teóricos se corresponden con la realidad social del poder judicial. Especialmente, deberá indagarse cuál es la relación del poder judicial con otros poderes políticos y particularmente con el poder ejecutivo; y la influencia del origen social, el medio social y la ideología de los jueces en sus decisiones.¹⁰³ Llegados a este punto Robles se posiciona firmemente en defensa de la independencia del

98 ROBLES, *Teoría del Derecho*, III, p. 473.

99 ROBLES, *Teoría del Derecho*, III, pp. 490-495.

100 ROBLES, *Teoría del Derecho*, III, pp. 479-488.

101 ROBLES, *Teoría del Derecho*, III, pp. 503-507.

102 ROBLES, *Teoría del Derecho*, III, pp. 474-476.

103 ROBLES, *Sociología del Derecho*, p. 172.

poder judicial respecto a los demás poderes políticos, como presupuesto necesario para la objetividad de sus sentencias.¹⁰⁴ Igualmente, Robles rechaza una incidencia significativa del origen social de los jueces (el hecho de pertenecer por lo general a la clase media alta de la población) en el contenido de sus sentencias, o, de otro modo, la ausencia de intereses de clase en la decisión judicial.¹⁰⁵ Finalmente, constata Robles la ausencia de estudios sociológicos relativos a la influencia del contexto social en las decisiones judiciales; pero, sí niega que exista una notable influencia de las convicciones ideológicas del juez en el contenido de sus decisiones.¹⁰⁶ Apreciaciones diferentes despiertan en Robles la investigación sociológica del proceso judicial, porque el estudio de la realidad fáctica de la administración de justicia revela notables disfunciones que entorpecen el éxito del proceso judicial, concretamente cita este autor: la inundación procesal que sobrecarga los juzgados y dificulta la labor judicial; la dilación de los procesos judiciales que pone en duda la eficacia de la administración de justicia; las barreras sociales y económicas que dificultan el acceso y conocimiento de la administración de justicia por parte del ciudadano; y, en último término, la asimetría entre las partes, ya que las corporaciones o empresas tienen de facto una posición económica y social muy diferente del ciudadano medio y esto influye también en su experiencia respecto del proceso judicial.¹⁰⁷

CONCLUSIONES

Desde la perspectiva estrictamente epistemológica de la TCD se defiende la separación de la Sociología jurídica respecto de la Teoría del Derecho, distinguiéndose netamente el método hermenéutico-analítico propio de la formulación teórica del método empírico propio de la Sociología. Sin embargo, la rigidez de esta escisión queda difuminada cuando Robles se ocupa de las decisiones jurídicas y la causa principal es que éstas se producen siempre en un determinado contexto social e impelidas por las circunstancias o conflictos sociales que las motivan. Es a propósito de las decisiones jurídicas cuando parecen converger la perspectiva interna del jurista y la perspectiva externa del sociólogo. Quizás no pueda ser de otro modo, porque la adecuación y oportunidad de la formulación teórica debe

104 ROBLES, *Sociología del Derecho*, p. 172.

105 ROBLES, *Sociología del Derecho*, p. 173.

106 ROBLES, *Sociología del Derecho*, p. 171.

107 ROBLES, *Sociología del Derecho*, pp. 174-177.

ponerse en correspondencia con la realidad factual y circunstancial de la vida social. Entonces, puede ocurrir que el análisis de los hechos sociales o de la inserción social del Derecho nos demuestre la ingenuidad de la formulación teórica y requiera de una aproximación más crítica y reflexiva. En esta situación, la sociología no puede quedar apartada de la construcción teórica; por el contrario, debe complementar y enriquecer el análisis teórico, reorientándolo hacia la realidad de los hechos y conflictos sociales.

El estudio comunicacional de los procesos de decisivos en el Derecho nos demuestra la incidencia del medio social de muy diferente modo, ya sea en la propia estructuración de los procesos de decisión como en el mismo contenido material de las decisiones. Esta incidencia del contexto social puede pasar desapercibida en una lectura rápida de los tres volúmenes de la Teoría Comunicacional del Derecho; pero aparece nítidamente en una lectura de conjunto de la obra de Gregorio Robles y, especialmente, en el tercer volumen de su magna obra.

En la obra *Sociología del Derecho*, el autor ya manifiesta la conveniencia de introducir el método sociológico en el conocimiento del Derecho, principalmente, como elemento crítico desde el que valorar la eficacia y eficiencia del sistema normativo en tanto que reflejo del orden político de convivencia. Es en esta obra, precisamente, donde incluye por primera vez una aproximación sociológica a las decisiones jurídicas y demuestra la facilidad con la que el medio social puede desvirtuar las más logradas construcciones políticas.

Ahora bien, en el tercer volumen de su obra *Fundamentos de Teoría Comunicacional del Derecho*, dedicado al estudio de las decisiones jurídicas, se pone de manifiesto nuevamente el importante vínculo que existe entre el análisis hermenéutico-analítico y la sociología jurídica. En primer término, el lector encontrará la idea de justicia ambital, que es la idea de justicia que mueve el conjunto del sistema jurídico. El conocimiento de esta justicia no puede alcanzarse por medio de los dictados de la razón, en el sentido de que ni es el fruto de la racionalidad práctica o prudencia ética; ni, tampoco, una construcción deductiva-racional de carácter universal. Por el contrario, es una noción relativa, diferente en cada sistema jurídico y que viene determinada por el hecho de su positivación en la Constitución y demás fuentes normativas (incluidos los principios jurídicos). En suma, es el dato empírico y social de su explicitación en el texto de las normas el que permite su identificación y será su inserción en el Sistema jurídico lo que permitirá desarrollar y ampliar su vocación rectora. Así las cosas, la justicia ambital puede también comprenderse como una moral social de carácter positivo, es decir, retratada en el texto de las normas del ordenamiento jurídico y en el Sistema jurídico vigente.

En segundo término, cuando Robles se ocupa de los procesos de decisión

jurídica, se relaciona el contenido material de la decisión con el procedimiento en virtud del cual se produce esta decisión. Pues bien, una visión más profunda de este fenómeno dará cuenta de que los distintos procedimientos de decisión son el reflejo de ciertas convenciones sociales, sin las cuales el mismo Derecho no podría comprenderse. En este sentido, la exigencia de que el proceso constituyente siga los pasos marcados por la idea del consenso y el diálogo racional entre los distintos actores sociales y políticos nos muestra, desde una perspectiva social, la aceptación social de la democracia como única forma legítima de dirección social. Más aún, la actual reglamentación normativa del proceso legislativo y del proceso judicial muestra la general aceptación social del Estado de Derecho o Imperio de la Ley como forma legítima del Derecho. En consecuencia, puede concluirse que existen ciertas convenciones sociales, que constituyen la fuente de legitimidad de las normas y sin las cuales no podrían comprenderse los distintos procedimientos de decisión. Las normas que regulan los procedimientos no sólo no son ajenas a estas convenciones o criterios de legitimidad; sino que se construyen desde la asunción de su imperatividad.

En tercer lugar, la influencia del medio social afecta necesariamente al contenido material de las decisiones jurídicas de todo tipo por diversas razones. La primera razón es de corte gnoseológico y puesta de relieve por la filosofía hermenéutica, como es el hecho de la inserción social del sujeto o la necesaria condicionalidad social e histórica del intérprete, de modo que ningún operador jurídico puede eludir el carácter circunstancial de toda decisión. Otra razón no menos importante y de carácter pragmático, viene constituida por la relevancia social de toda decisión jurídica, principiando por la decisión constituyente que no puede prescindir del carácter histórico de su propósito, puesto que está llamada a ordenar políticamente la convivencia social y, por ello, debe dar cuenta del conjunto de movimientos sociales, ideologías, valores y creencias de todo tipo sobre los que gravitará el orden jurídico. También ocurre en el caso de la decisión legislativa, en tanto que viene motivada por una determinada lectura del contexto social y empujada por la fuerza de los acontecimientos o conflictos sociales; pero, igualmente, en la medida en que comporta un determinado plan de acción sobre el conjunto social. Finalmente, el medio social incide del mismo modo en la decisión judicial, pues, el juez es un portador privilegiado de la tradición dogmática desde la que comprende el contenido de las normas y, además, es el responsable de su actualización en cada caso concreto que resuelve. No es extraño, encontrar el fundamento último de los cambios jurisprudenciales más relevantes en los cambios sociales producidos y, especialmente, cuando éstos nos muestran las desigualdades e injusticias sociales que amenazan nuestra convivencia pacífica.