

Presupuestos hermenéuticos de la teoría comunicacional del derecho de Gregorio Robles

Hermeneutical Assumptions of Gregorio Robles's Communicational Theory of Law

José Antonio Santos
Área de Filosofía del Derecho
Universidad Rey Juan Carlos

Fecha de recepción 22/01/2017 | De aceptación: 08/06/2017 | De publicación: 28/06/2017

RESUMEN

El presente trabajo se centra en los presupuestos hermenéuticos de los que parte la teoría comunicacional del derecho de Gregorio Robles, como doctrina que muestra una vía de superación de la dicotomía entre filosofía analítica y hermenéutica con la finalidad de hacer más claro el lenguaje de los juristas. Para ello, se analizan cuatro de las obras del autor, desde un punto de vista descriptivo y crítico, que presentan una mayor impronta hermenéutica como son *Introducción a la Teoría del Derecho*, *El Derecho como texto*, *Teoría del Derecho y Comunicación, lenguaje y derecho*, para abordar el contexto en el que se mueve, sus influencias, la plausibilidad de la propia teoría dentro del marco analítico-hermenéutico, y el análisis descriptivo y crítico del manejo de determinados conceptos del debate hermenéutico en la teoría comunicacional del derecho.

PALABRAS CLAVE

Hermenéutica, filosofía analítica, lenguaje, positivismo jurídico, teoría del derecho

ABSTRACT

The present paper focuses on the hermeneutical assumptions of Gregorio Robles's communicational theory of law, as doctrine that shows a way of overcoming the dichotomy between analytical philosophy and hermeneutics in order to clarify the language of jurists. For that purpose, it analyzes four of the author's works from a descriptive and critical point of view that present a greater hermeneutical influence such as *Introduction to Legal Theory*, *Law as Text*, *Legal Theory and Communication, Language and Law*, to tackle the context of the author, his influences, the plausibility of the theory itself within the analytical and hermeneutical framework, and the descriptive and critical analysis of the use of certain concepts of the hermeneutical debate in the communicational theory of law.

KEY WORDS

Hermeneutics, analytical philosophy, language, legal positivism, legal theory

1. INTRODUCCIÓN

La teoría comunicacional del derecho (en adelante TCD) consiste en una corriente de pensamiento teórico-jurídico que traza una vía intermedia entre filosofía analítica y hermenéutica para explicar y comprender las disciplinas dogmáticas y la práctica jurídica, entendiendo aquella como análisis del lenguaje de los juristas¹. Para semejante cometido, Robles realiza una división de su teoría del derecho en tres partes: teoría formal del derecho, teoría de la dogmática jurídica y teoría de la decisión jurídica. Vaya por delante, que el presente análisis se centra en la primera de las partes, es decir, en el primer volumen de su TCD². Se trata del nivel de la teoría de las normas jurídicas, centrado en la coherencia, unidad y estructura internas de las proposiciones.

El hecho de reflexionar sobre los presupuestos tiene un doble motivo: por un lado, el interés por llevar a cabo un análisis de la TCD de Robles y, por otro, sobre todo, abordar los

supuestos hermenéuticos que conforman buena parte de ésta. Para tal cometido, se pretende contextualizar, en primer lugar, su teoría del derecho en el ámbito general de la disciplina de filosofía del derecho. En segundo lugar, resulta preciso analizar la plausibilidad de la relación entre filosofía analítica y hermenéutica en la TCD, realizando también un diálogo con otros autores. En tercer lugar, se desplaza la mirada hacia la hermenéutica en base a una tarea de rastreo de las ideas y conceptos relacionados con ésta. Por último, se esbozan algunas conclusiones al trabajo.

La tesis aquí sostenida es que Robles no es ni un filósofo analítico ni un hermeneuta en sentido estricto, a pesar de tener influencia de ambas corrientes de pensamiento al igual que de la filosofía del lenguaje, el normativismo, la sociología jurídica y la semiótica, entre otras. Más en concreto, se intenta mostrar que se trata de un jurista teórico que parte de la filosofía analítica y la hermenéutica para elaborar una teoría del derecho que sirva para los profesionales del derecho. La toma en consideración de esta tesis no es baladí, por el simple hecho de que en parte de la doctrina teórico-jurídica existe cierto equívoco a la hora de ubicar la TCD en el conjunto de la teoría del derecho contemporánea. Una inadecuada apreciación de este extremo hace que en la práctica no se entienda en toda su

¹ Sobre las reticencias a que la TCD esté hecha exclusivamente para los juristas, cfr. PRADA, A. de; “Teoría comunicacional del derecho y lenguaje de los juristas. Algunas consideraciones”, en ROBLES, G. y BARROS CARVALHO, P. de (eds.); *Teoria comunicacional do direito. Dialogo entre Brasil e Espanha*, Sao Paulo, Noeses, 2011, pp. 163-165.

² El segundo tomo se publicó en el 2015 bajo el título *Teoría del derecho. Fundamentos de teoría comunicacional del derecho*. Volumen II. *Teoría de la Dogmática y del Método jurídico*, Thomson Reuters-Civitas, Madrid, 2015, 636 pp. El tercero está en fase de elaboración por parte del autor.

dimensión esta teoría y, más en concreto, aquello que se pretende con ella.

Continuando este hilo conductor, si hubiera que etiquetar al autor, con todos los problemas que supone cualquier tipo de caracterización, sería posible encontrar en él quizá una mayor cercanía a un analítico *soft* que a un hermeneuta, a la hora de enfocar las cuestiones jurídico-filosóficas, por su recelo hacia la metafísica y su inclinación anti-ontológica en sentido fuerte. Para ello, se toman como base sus cuatro obras de mayor impronta hermenéutica, en las cuales se mantiene esa tensión entre ambas concepciones: *Introducción a la Teoría del Derecho*³, *El derecho como texto*⁴, *Teoría del derecho*⁵ y *Comunicación, lenguaje y derecho*⁶, sin perjuicio de que se haga referencia a otros trabajos de Robles con la finalidad de delimitar en qué medida ha influido la hermenéutica en su pensamiento y de analizar el manejo de determinadas ideas del debate hermenéutico en el nivel de la teoría formal correspondiente a la TCD. El autor suscribe una ciencia jurídica

³ *Introducción a la Teoría del Derecho*, 6ª edición revisada y ampliada, Madrid, Debate, 2003, 239 pp.

⁴ *El Derecho como texto. Cuatro estudios de teoría comunicacional del derecho*, Cizur Menor, Thomson-Civitas, 2006, 239 pp.

⁵ *Teoría del Derecho. Fundamentos de teoría comunicacional del derecho*. Volumen I, 4ª ed., Cizur Menor, Thomson-Civitas, 2012, 960 pp.

⁶ *Comunicación, lenguaje y derecho. Algunas ideas básicas de la teoría comunicacional del derecho*, Madrid, Real Academia de Ciencias Morales y Políticas, 2009, 183 pp.

hermenéutica que tenga cabida en la práctica con la finalidad de servir a los juristas. Este hecho propicia un cambio sustancial en la manera de entender la hermenéutica jurídica contemporánea posterior a Gadamer, la cual huye del concepto de científicidad o, por lo menos, lo pone en entredicho. La explicación a su toma de postura viene explicitada de la siguiente manera: “[La] ciencia del derecho es una disciplina hermenéutica que tiene por objeto la construcción de un sistema proposicional que refleje y complete un ordenamiento jurídico determinado; su objeto lo constituyen los textos parciales que conforman el texto global ordinamental”. Queda patente la existencia de una ciencia comprensiva que sería el derecho, cuya tarea consistiría en la elaboración de un sistema de proposiciones que ayuden a otorgar sentido al ordenamiento jurídico. No deja de resultar curioso, por otro lado, que Robles entienda la sociología jurídica como disciplina hermenéutica, hasta el punto de establecer una especie de trinomio en el que hermenéutica, analítica y sociología habrían abierto “la vía para una fructífera comunicación”⁷. Un hermanamiento que puede resultar contradictorio, por lo que de contrapuestas pueden tener las tres disciplinas. Más parecería que son utilizadas como herramientas para la elaboración de una

⁷ *Ibid.*, p. 154 (también 31, 53, 62, 65, 85, 124, 140, entre otras) y p. 156, respectivamente.

construcción teórica, en vez de elementos para conformar un armazón teórico.

Dejando a un lado la sociología jurídica, es posible concluir que en el pensamiento jurídico de Robles se produce una conjunción de la comprensión hermenéutica con la descripción analítica, circunstancia que puede llegar a no satisfacer del todo a los representantes de ambas corrientes, particularmente a los de la filosofía analítica. Esta afirmación cobra sentido en la manera de entender por él la influencia de la hermenéutica jurídica en su obra. Así, en el prólogo a la edición española de la obra *Diritto e interpretazione* de Viola y Zaccaria, se puede leer: “...*me encuentro más próximo a una hermenéutica tamizada por y dirigida desde el pensamiento básicamente analítico, y creo que esto diferencia a la teoría comunicacional de la teoría hermenéutica del derecho que presentan estos autores, no tengo la menor duda de que entre ambas concepciones hay numerosos puntos en común y si bien no pertenecen exactamente a la misma ‘familia’ sí se da entre ellas cierto parentesco*”⁸. Una afirmación de tal calado le hace distanciarse de la perspectiva hermenéutica en sentido estricto, sobre todo, por el matiz de abordarla por y dirigida desde el enfoque

⁸ ROBLES, G.; “Prólogo”, en VIOLA, F. y ZACCARIA, G.; *Derecho e interpretación. Elementos de teoría hermenéutica del derecho* (trad. de A. Cebeira, A. de Prada y A. Richart), Madrid, Dykinson y Universidad Carlos III, 2007, p. 11. La cursiva es del autor.

analítico. Es decir, una hermenéutica vista con ojos analíticos.

Con esta introducción, a modo de planteamiento del trabajo, resulta preciso avanzar un paso más para contextualizar y acotar algunos contornos de la TCD, para afianzar la tesis antes expuesta.

2. UBICACIÓN Y DELIMITACIÓN DE UNA TEORÍA DEL DERECHO

A la hora de abordar la TCD, primeramente es adecuado de forma breve saber en qué consiste esta teoría jurídica y en qué parte de la disciplina de filosofía del derecho puede ubicarse, así como delimitar los conceptos de ordenamiento y sistema que utiliza. La TCD es una corriente de pensamiento jurídico que concibe el derecho como conjunto de textos, pero sobre todo como “conjunto de acciones que van referidas a dichos textos”⁹, con una diferencia importante: su teoría es universalista, abarcadora y compleja. El rasgo de universalista, en primer lugar, viene motivado por el intento de crear una tesis omnicomprendiva del fenómeno jurídico, a diferencia de otras teorías con pretensiones regionalistas, reduccionistas o simplistas que tienen más acotado su campo de acción. Ejemplo de regionalismo sería el llamado neoconstitucionalismo —o mejor dicho,

⁹ ROBLES, G.; *Comunicación, lenguaje y derecho*, cit., p. 31.

neoconstitucionalismos- como grupo de teorías insertas en el marco del Estado constitucional de derecho; en particular, a países con democracias consolidadas que tienen como punto de partida en mayor o menor medida las constituciones de posguerra como, por ejemplo, la alemana o la italiana¹⁰. Por el contrario, Robles con su TCD pretende ir más allá del marco de un Estado constitucional de derecho como eje de coordenadas en el que insertar su teoría, a fin de hacer hincapié en su carácter universalista. En segundo lugar, abarcadora al intentar encerrar dentro de sí una fundamentación completa del fenómeno jurídico, en base a las tres partes de su TCD ya mencionadas (teoría formal del derecho, teoría de la dogmática jurídica y teoría de la decisión jurídica). Si uno se acerca a la primera de ellas, es fácil detectar la influencia de Kelsen, por su interés en elaborar una exposición formal del fenómeno jurídico, de manera global, que abarque distintos tipos de ordenamientos jurídicos. No es menos cierto que Kelsen no aprobaría semejante división en tres partes, en particular la teoría de la dogmática jurídica y, más aún, la de la decisión

¹⁰ Es loable destacar el desarrollo doctrinal alcanzado en España; incluso ejerciendo influencia en Latinoamérica, a pesar de que las coordenadas histórico-políticas sean muy diferentes. Conviene puntualizar que es preciso un análisis sistematizado de los diferentes países para utilizar un lenguaje más preciso para no confundir el (neo)constitucionalismo con el constitucionalismo latinoamericano. Botón de muestra para la distinción, VICIANO, R. y MARTÍNEZ, R.; “La Constitución democrática, entre el neoconstitucionalismo y el nuevo constitucionalismo”, *El Otro Derecho*, 48, 2013, pp. 63-84.

jurídica. Por último, compleja por su heterogeneidad y carácter ambicioso al abordar muchos de los grandes problemas de la teoría del derecho. No obstante, se echa en falta un diálogo en profundidad con teorías de representantes de una vía de superación entre iusnaturalismo y positivismo jurídico, al tiempo que un debate analítico con pensadores contemporáneos de la filosofía analítica española.

En su *Introducción a la teoría del derecho*, Robles ya deja claro parte de su propósito al abogar “por una justificación epistemológica de la teoría del derecho desde un enfoque hermenéutico-analítico”; es decir, mostrar un punto de vista epistemológico en detrimento del ontológico. Esta obra puede considerarse como la de mayor impronta hermenéutica, atendiendo a los razonamientos utilizados y a las citas aparecidas en las notas al pie, cuyo interés se centra en la teoría de las normas jurídicas, aunque “adelanta algunos puntos de las otras dos, en atención al tratamiento pedagógico ‘en espiral’ que inspira la obra”¹¹. De una atenta lectura, se observa su inclinación por conjugar la tradición clásica, por un lado, y mostrar desde la racionalidad teórica¹² la

¹¹ ROBLES, G.; *Introducción a la Teoría del Derecho*, cit., p. 16. También, p. 26. En la sexta edición, de 2003, no se aprecian apenas modificaciones respecto de la de 1988, salvo por la inclusión de un extenso prólogo y de una revisión de la redacción.

¹² No obstante, Robles ha reconocido en algunas ocasiones de forma oral su adscripción a ciertos parámetros de la racionalidad práctica, pero de sus publicaciones hasta la fecha no se desprende esta opinión, sino más bien la contraria.

incidencia de su teoría en el análisis de los problemas prácticos, por otro. Es bien sabido, y Robles lo tiene muy presente, que para afrontar los problemas prácticos del derecho hay que ser un buen teórico del derecho, hecho que en más de una ocasión se olvida fuera de nuestra disciplina de conocimiento. Tampoco es menos cierto que conocer el contexto práctico ayuda a afianzar la concepción teórica. Quizá concede un valor excesivo al aspecto teórico en su relación con la práctica al afirmar que los juristas a veces se olvidan de “la verdad de que no hay nada más práctico que una buena teoría”¹³.

Una vez realizadas estas precisiones, es el momento de analizar de qué tipo de teoría del derecho está hablando el autor. El fructífero contexto del postpositivismo sirve a la TCD para alzarse como una concepción global y universalista cuya pretensión no es ser una “disciplina residual”; al contrario, anhela “convertirse en la filosofía jurídica de los juristas”¹⁴. Entender el fenómeno del derecho en su integridad y como concepto universal, no hace sino poner de relieve una tesis abarcadora del derecho, que ayuda a entender otras parcelas o disciplinas de éste a partir del análisis de

¹³ ROBLES, G.; *Teoría del derecho*. Volumen II, *cit.*, p. 18.

¹⁴ *Introducción a la Teoría del Derecho*, *cit.*, p. 13. Robles abrazó el positivismo jurídico –aunque fuera brevemente– antes de decantarse por el postpositivismo, siendo éste un hecho positivo y conveniente aunque no estrictamente necesario. Botón de muestra de aquel positivismo es su recopilatorio de trabajos *Epistemología y Derecho*, Madrid, Pirámide, 1982, 310 pp.

conceptos jurídicos universales. Robles parte de la idea de que teoría y filosofía del derecho coinciden, porque no ve razón de ser en reducir la teoría del derecho al uso ‘formal’ o ‘empírico’, para reservar así la cuestión de los valores o de la justicia al campo de la filosofía del derecho¹⁵.

Así considera que la teoría del derecho es la nomenclatura que ha triunfado últimamente para designar a la filosofía jurídica del postpositivismo, a pesar de que considera indistinto y excluyente tanto el uso de la teoría del derecho como de la filosofía del derecho en los planes de estudio. Esto es, para él carece de sentido la permanencia simultánea de ambos rótulos, dado que son sinónimos¹⁶. Cuestión distinta es que pudiera existir, como él dice, una introducción al estudio del derecho y una teoría o filosofía del derecho¹⁷. Otros autores como von der Pfordten –con el que se estaría más de acuerdo– prefieren establecer una división de la filosofía del derecho en teoría del derecho y ética jurídica, cabiendo una tercera división en historia

¹⁵ ROBLES, G.; “Prefacio para profesores”, en *Teoría del Derecho*. Volumen I, *cit.*, p. 25.

¹⁶ Para Robles la teoría del derecho es una forma de filosofía jurídica cuyo objeto es ofrecer una respuesta satisfactoria a la comprensión integral del fenómeno jurídico, *Introducción a la Teoría del Derecho*, *cit.*, 2003, p. 43.

¹⁷ ROBLES, G.; “Prefacio para profesores”, *cit.*, p. 25. Para el autor los intentos de diferenciación o bien no llegan a ninguna solución concreta o retornan al esquema característico del positivismo, esto es, a la dualidad Doctrina general del Derecho/Filosofía del Derecho en sentido estricto, ROBLES, G.; *Introducción a la Teoría del Derecho*, *cit.*, p. 15. Cabe pensar que

de la filosofía del derecho¹⁸, donde seguramente podría tener cabida nuestra actual filosofía del derecho presente en los planes de estudio; esto es, un análisis de historia de la filosofía del derecho de determinados pensadores relevantes.

Si se intenta llevar a cabo una definición de tal concepción, cabría catalogarla como teoría del derecho *sensu largo*, tomando la definición de García Figueroa, al circunscribir “la identificación de teoría del Derecho y filosofía del Derecho a un cierto período histórico, de modo que la teoría del Derecho TDI representaría una superación de la tradicional dialéctica positivismo-iusnaturalismo”¹⁹. En la actualidad, es cada vez más difusa la división entre positivismo y iusnaturalismo e incluso algunos de sus mayores defensores en España y en el extranjero han ido abandonando la batalla para sustituirla por la de racionalidad teórica y racionalidad práctica o, más concretamente, entre cognitivistas y no cognitivistas. Es decir, si es posible o no la

ocurre más la primera opción, ya que todavía a día de hoy no existe acuerdo al respecto.

¹⁸ La teoría del derecho, como parte de la filosofía del derecho, vendría a analizar y describir las estructuras fundamentales del derecho en relación con otros fenómenos del mundo, prestando atención a problemas similares a los abordados normalmente en nuestra asignatura, VON DER PFORDTEN, D.; *Rechtsphilosophie. Eine Einführung*, München, Beck, 2013, p. 14. Es interesante sobre el particular el esquema de la p. 15.

¹⁹ Es una distinción que hace el autor entre dos sentidos de ‘teoría del derecho’: teoría del derecho *sensu largo* y teoría del derecho *sensu stricto*, y tres de ‘filosofía del derecho’: filosofía del derecho *sensu largissimo*, filosofía del derecho *sensu largo* y filosofía del derecho *sensu stricto*, GARCÍA FIGUEROA, A.; “Un punto de vista más sobre la filosofía del Derecho”, *Anuario de Filosofía del Derecho*, 19, 2002, p. 340.

captación más o menos racional de una realidad *ética*. En este punto, Robles podría ser tildado perfectamente de no cognitivista²⁰ y más cercano a una concepción formalista que a una sociológica o axiológica, por considerar la eficacia – característica propia del realismo escandinavo o americano- seguramente como condición necesaria pero no suficiente del derecho, de una parte, y la justicia –propia del iusnaturalismo o de determinadas tesis no positivistas- como un elemento a través del cual no cabe atisbar una objetividad *ético-material* sino sólo subjetividad, de otra.

En contraposición, se encuentra una teoría del derecho *sensu stricto*, según García Figueroa, que le correspondería una parcela más estrecha, marcada por el análisis prioritariamente descriptivo y conceptual. Una teoría del derecho de tal tipo sería la de autores como Bobbio, concepción de la que Robles se aparta abiertamente a la hora de delimitar su TCD. Dice así: “Pero no se puede reducir la teoría del derecho a teoría de la norma jurídica y teoría del ordenamiento jurídico (tal y como han hecho los positivistas; paradigmáticamente Kelsen y

²⁰ En algunas ocasiones, sin embargo, Robles ha dejado entrever oralmente la asunción de un núcleo intangible de valores objetivos racionalmente cognoscibles, pero no más allá de un leve vislumbramiento. Es posible afirmar que aquí no se tiene en cuenta su obra *Los derechos fundamentales y la ética en la sociedad actual* al no formar parte del *corpus* de la TCD, a pesar de su posible relación con la tercera parte dedicada a la teoría de la justicia (Madrid, Civitas, 1992, 211 pp.).

Bobbio)²¹. Por tanto, él no estaría desarrollando sólo una teoría formal del derecho, sino también una teoría de la dogmática jurídica y una teoría de la decisión jurídica, que tienen como punto de partida “el concepto de *ordenamiento jurídico* en cuanto entidad compuesta por *normas jurídicas*”²².

Por otra parte, la influencia del perspectivismo -que popularizase Ortega y Gasset²³- en la TCD se palpa claramente en la siguiente aseveración: “La teoría comunicacional del derecho, como cualquier otra concepción, es asimismo perspectivista. Contempla su materia – el fenómeno jurídico- desde una perspectiva determinada: la comunicación humana”²⁴. De esta afirmación se puede derivar la idea de que en el lenguaje comunicacional somos hombres que nos comunicamos con otros hombres. Esos hombres, en el ámbito jurídico, pueden adquirir la figura de un legislador, juez, fiscal, abogado, etc. Los juristas cobran así un papel fundamental en la construcción y análisis de *su lenguaje*, desplegado en tres niveles semióticos: el sintáctico, propio de la teoría formal del derecho; el semántico,

referido a la teoría de la dogmática jurídica, y el pragmático, que es el de la teoría de la decisión jurídica²⁵. Todos ellos adoptan una perspectiva determinada hasta el punto de que, según Robles, “todo ordenamiento jurídico constituye una perspectiva textual desde la que se contempla y se enjuicia el mundo jurídico”²⁶.

Por tanto, aparece una dualidad entre ordenamiento jurídico y sistema. El primero, entendido como texto en bruto resultado de la actividad decisoria (desde una Constitución hasta un reglamento). El segundo, en cambio, sería un texto ya más elaborado realizado por los juristas (es decir, por la dogmática jurídica)²⁷. Atendiendo a lo que dice Robles, resulta interesante el modelo teórico de tipos de normas y de sus relaciones recíprocas que permite ordenar la materia del texto bruto, pero más importante aún es el sistema a través del cual los juristas, gracias a sus dotes interpretativas y sistematizadoras, crearían un

²¹ ROBLES, G.; *El Derecho como texto, cit.*, pp. 191 y 192.

²² *Ibid.*, p. 191.

²³ Cfr. ORTEGA Y GASSET, J.; “Verdad y perspectiva” (1916), en *El Espectador (I)*, incluido en *Obras Completas*. Vol. II, Madrid, Taurus, 2004, pp. 159-164.

²⁴ ROBLES, G.; “Perspectivismo textual y principio de relatividad sistemática en la teoría comunicacional del derecho”, en ROBLES, G. y BARROS CARVALHO, P. de (eds.); *Teoría comunicacional do direito, cit.*, p. 7.

²⁵ *Introducción a la Teoría del Derecho, cit.*, p. 21. En este sentido, se hace eco de la distinción expuesta por Morris en *Foundations of the Theory of Signs*, véase MORRIS, C. W.; *Foundations of the Theory of Signs* (1938), Chicago, The University of Chicago Press, 1970, 59 pp. La influencia de este autor se detecta en *Introducción a la Teoría del Derecho, cit.*, p. 211. Sorprende que luego no aparezcan referencias al filósofo estadounidense en otros de sus trabajos más relevantes.

²⁶ *Ibid.*, p. 9. En esa misma línea se puede leer: “Todo ordenamiento jurídico constituye una *perspectiva* hermenéutica o comunicacional desde la que se interpreta y origina la totalidad del ‘mundo jurídico’”, ROBLES, G.; *Pluralismo jurídico y relaciones intersistémicas. Ensayo de teoría comunicacional del derecho*, Cizur Menor, Thomson-Civitas, 2007, p. 16.

²⁷ Así dice: “El Derecho es el conjunto de esos procesos comunicativos del más diverso género, cuya articulación más precisa se ha realizado históricamente gracias a la aparición de una clase profesional, la de los juristas”, ROBLES, G.; *Introducción a la Teoría del Derecho, cit.*, p. 21. Véase también, p. 17.

nuevo texto. Por tanto, el *corpus* generado constituye el sistema²⁸. Entre sistema, entendido como texto elaborado, y norma jurídica, como norma de conducta observada en la resolución de conflictos, existe una relación de reciprocidad producto de una reconstrucción hermenéutica. Con otras palabras: queda establecido entre ordenamiento y sistema “una relación en espiral, lo que significa que el segundo se obtiene del estudio del primero, pero que también el primero se beneficia de las conclusiones de la ciencia jurídica”²⁹.

3. FILOSOFÍA ANALÍTICA Y HERMENÉUTICA COMO CAMINO TRANSITABLE DE LA TCD

Una vez acotado el objeto de investigación, y habiendo definido someramente la TCD y el tipo de teoría del derecho ante la que nos encontramos dentro de la disciplina, es pertinente ahondar en las partes propiamente hermenéuticas. La toma de contacto de Robles con la hermenéutica viene por su relación con

Arthur Kaufmann³⁰, a raíz de una beca del *Deutscher Akademischer Austauschdienst (DAAD)*, durante el curso académico 1978-1979, para investigar en el Instituto de Filosofía del derecho e Informática jurídica de la Universidad de Múnich, gracias a las gestiones de Luis Legaz y Lacambra³¹ y, sobre todo, de Juan José Gil Cremades.

Ya en 1984, Robles reconocía los beneficios de la hermenéutica filosófica, a fin de combinar el método dogmático y el sociológico en “una Teoría de la Dogmática jurídica entendida como una *Teoría de los textos jurídicos*, en el cual el centro de la reflexión intelectual viene dado por el texto que es el producto de las decisiones jurídicas, al que se une el ‘texto’ generado por vía fáctica o consuetudinaria”. El autor no entiende el texto jurídico a partir de la exclusiva literalidad de los preceptos, sino “como la unión hermenéutica de ésta y la realidad vital de referencia. Esta realidad adquiere los caracteres de texto en la medida en

²⁸ *Introducción a la Teoría del Derecho*, cit., p. 37. Sobre la distinción entre sistema y ordenamiento, p. 23. Para un análisis detallado de ambos conceptos *Pluralismo jurídico y relaciones intersistémicas*, cit., *passim*.

²⁹ SÁNCHEZ DÍAZ, F. F.; “La teoría comunicacional del derecho como teoría de los textos jurídicos”, en ROBLES, G. y BARROS CARVALHO, P. (eds.); *Teoría comunicacional do direito*, cit., p. 135.

³⁰ Así se puede leer: “*Mi contacto con la hermenéutica, sobre todo alemana, comenzó en la Universidad de Munich, en los seminarios de Arthur Kaufmann*”, “Prólogo”, en VIOLA, F. y ZACCARIA, G.; *Derecho e interpretación*, cit., p. 11. La cursiva es del autor. Más en detalle, sobre su relación maestro-discípulo, SANTOS, J. A.; *Arthur Kaufmann en la encrucijada de la filosofía del derecho de la posguerra*. Prólogo de Winfried Hassemer, Granada, Comares, 2008, pp. 250 y 251.

³¹ En su discurso de ingreso en la Real Academia de Ciencias Morales y Políticas agradecería la sugerencia de Legaz y Lacambra de “realizar estudios en Alemania, donde pronto descubriría a Ludwig Wittgenstein y a Hans-Georg Gadamer”, *Comunicación, lenguaje y derecho*, cit., p. 15.

que necesariamente es objeto de interpretación”³². En base a esta postura se tiene en cuenta la literalidad, sin que llegue a cobrar el papel crucial que ostenta en el positivismo legalista, para abrir paso a la interpretación de una realidad no acabada.

A partir del análisis del lenguaje de los juristas, Robles se esfuerza por comprender las peculiaridades de los diversos tipos de discurso jurídico³³, con lo que utiliza un elemento de las teorías hermenéuticas, aunque abandonando las pretensiones ontologistas, en sentido fuerte, del iusnaturalismo³⁴ y del positivismo jurídico. Un lenguaje que mezcla una construcción hermenéutica con un enfoque analítico; pero con un uso diverso dependiendo de la concepción con la que se muestre mayor cercanía. La hermenéutica jurídica presenta una utilización del lenguaje de manera bastante diferente a como lo hace la filosofía analítica. Por un lado, la hermenéutica gadameriana no tiene como tarea “comprender las proposiciones jurídicas vigentes”, sino ‘descubrir’ el derecho interpretando las leyes de modo que “el

³² “Gregorio Robles”, en *Doxa*. Número dedicado a Problemas abiertos de la Filosofía del Derecho, 1, 1984, p. 205.

³³ ROBLES, G.; *Introducción a la Teoría del Derecho*, cit., pp. 18 y 19.

³⁴ No obstante, dedica tiempo a desgranar, ya sea someramente, la teoría del derecho natural. Sirva como botón de muestra su frase: “El Derecho natural es lo pensado, la Teoría del Derecho natural la forma de pensar lo pensado”, ROBLES, G.; *Introducción a la Teoría del Derecho*, cit., p. 38. Más ampliamente sobre el enfoque del derecho natural, pp. 30 y ss.

ordenamiento jurídico cubra enteramente la realidad”³⁵. En cambio, la filosofía analítica centra su atención en la individualización de la unidad lingüística de base por medio de la proposición. Según Viola, la filosofía analítica se mueve a partir del enunciado y de la proposición, considerando que la hermenéutica en cambio se instala en el discurso³⁶. En relación a ello, Robles se desmarca de la teoría analítica al tratar con elementos *extraños* al formalismo lógico-lingüístico de las proposiciones, suscribiendo, como dice Llano, una concepción del derecho como “realidad construida” que “propone modelos de construcción”. Es decir, este es el “objetivo al que se dirige la hermenéutica: construir modelos cognoscitivos que nos permitan ver mejor el mundo que nos rodea”³⁷.

Renuncia a los planteamientos ontologistas, en sentido fuerte, para abrir camino al punto de vista nominalista: el derecho no tiene

³⁵ GADAMER, H. G.; *Warheit und Methode* (1960). Se cita por la trad. española de A. Agud y R. de Agapito titulada *Verdad y Método*, 9ª edición, Salamanca, Sígueme, 2001, p. 612.

³⁶ VIOLA, F.; “Filosofía analítica, filosofía ermeneutica e conoscenza del diritto”, en D’AGOSTINO, F. (ed.); *Ontologia e fenomenologia del giuridico. Studi in onore di Sergio Cotta*, Torino, Giappichelli, 1995, pp. 308-310. Con razón, Flamarique piensa que la conciencia hermenéutica no piensa en el discurso como en algo plenamente controlado por el autor. Tal es así que “interpretar es captar una imagen incompleta, entre otras razones porque el lenguaje es a su modo infinitivo y la interpretación se inserta en un campo de relaciones”, FLAMARIQUE, L.; “Interpretación”, en BEUCHOT, M. y ARENAS-DOLZ, F. (directores); *10 palabras clave en hermenéutica filosófica*, Estella, Verbo divino, 2006, p. 292.

³⁷ LLANO, F. H.; “Experiencialismo jurídico y teoría comunicacional del derecho: dos concepciones globales del derecho”, en ROBLES, G. y BARROS CARVALHO, P. (eds.); *Teoria comunicacional do direito*, cit., p. 87.

existencia real propia. Vaya por delante su intención de no ofrecer una definición del derecho *adecuada* o *acabada*, sino de conformarse con entenderlo como sistema de mensajes. A saber, su análisis como conjunto de textos (lenguaje) o, más exactamente, como sistema de mensajes o conjunto de acciones referidas a dichos textos. Tan sólo es un “un *nomen* para designar al conjunto de todos los ordenamientos jurídicos posibles, o mejor dicho, al conjunto de todos los ámbitos jurídicos posibles, el lenguaje tampoco tiene otra existencia autónoma sino que es un *nomen* designativo de todas las lenguas posibles”³⁸. En este aspecto, su punto de vista no es tan atrevido como el de otras teorías que parten de una definición, al menos *adecuada*, del derecho, circunstancia que quizá puede dejar al lector con una cierta sensación amarga por no entrar de lleno en el terreno espinoso de establecer cuál sería la esencia del derecho. Según Sánchez Cámara, esta perspectiva hace entrar a Robles en una contradicción, porque si afirma en un primer momento que no pretende embarcarse en una definición acerca de la esencia del derecho, no se entiende del todo bien que luego suscriba posteriormente una tesis en sentido fuerte, aunque sea matizada, de que el derecho es

texto o lenguaje³⁹. Previsiblemente Robles se refiere a que el derecho se manifiesta en el lenguaje o es el punto de partida del lenguaje, a pesar de que utilice afirmaciones un tanto categóricas que debería modificar o matizar más de lo que lo hace. Oigámosle: “*el único modo de expresión del Derecho es el lenguaje*”, “*el Derecho es lenguaje*”⁴⁰, entre otras. Aun así no se desdice de las afirmaciones mencionadas cuando señala en otra de sus publicaciones: el “derecho es lenguaje, aunque, como es lógico, no todo el lenguaje sea lenguaje jurídico”. Más bien se reafirma desde posturas no esencialistas: “La afirmación de que el derecho es lenguaje no conlleva la defensa de una tesis ontológica fuerte, sino únicamente la tesis de que la forma de manifestación del derecho, en cualquiera de sus modalidades, es precisamente el lenguaje”⁴¹. O cuando dice: “El Derecho, como lenguaje que es, es asimismo una construcción dotada de sentido y que se manifiesta en los múltiples discursos de los juristas, polarizados en torno a dos textos básicos: el ordenamiento y el sistema”⁴². Para Robles el lenguaje es una construcción dotada de sentido que se manifiesta en los múltiples discursos de los

³⁸ *Comunicación, lenguaje y derecho, cit.*, p. 31.

³⁹ SÁNCHEZ CÁMARA, I.; “Derecho y lenguaje. El Derecho como texto”, en ROBLES, G. y BARROS CARVALHO, P. (eds.); *Teoría comunicacional do direito, cit.*, p. 229.

⁴⁰ *Teoría del Derecho. Volumen I, cit.*, pp. 86 y 87.

⁴¹ *Comunicación, lenguaje y derecho, cit.*, pp. 30 y 31, respectivamente.

⁴² *Introducción a la Teoría del Derecho, cit.*, p. 25.

juristas, orientados en torno al ordenamiento y al sistema⁴³.

Tanto el análisis del lenguaje de los juristas como la teoría de los textos jurídicos y la teoría hermenéutica-analítica son tres ejes de una misma construcción teórica. Este entramado se simplifica en la afirmación de que el derecho es lenguaje (esto es, texto) y la teoría del derecho un análisis del lenguaje de los juristas. Esta idea es la más permanente en su obra, pero no la única para hacer referencia a su propuesta teórica. Robles utiliza estas nomenclaturas como tres formas de llamar a una misma *cosa* con la que prescribir desde cierto tipo de formalismo jurídico el derecho. Más a las claras: el derecho es “un conjunto de procesos de comunicación gracias a los cuales es posible la convivencia humana. El Derecho, antes que ser un orden coactivo, un ideal de justicia o un medio de control social, es un conjunto de canales comunicativos formalizados o formalizables en lenguaje”⁴⁴. En general, como fin último del derecho se podría encontrar mejorar la convivencia social, lograr una convivencia pacífica, pero los cauces son cuando menos diversos y, la mayoría de las veces, disyuntivos. Cuestión distinta, y que no debe dejarse de lado, es que el derecho tiene un componente importante de lenguaje, de lenguaje peculiar, que es

sustentado por la utilización de la fuerza cuando es necesario. La mayor parte de las veces prevalece la comunicación sobre la fuerza. El derecho es un modo de comunicarnos con los demás, de compartir un mundo de referencias ‘simbólicas’ con los otros. Tal es así que, según Jorgensen, el lenguaje puede y tiene que ser expuesto para que una comunicación lingüística pueda salir bien. Es de gran importancia que tenga la comunicación una forma provista de sentido, de manera que no haya ningún malentendido entre remitente y receptor. De modo que el lenguaje se remite a una relación situada fuera del lenguaje, que denominamos realidad⁴⁵. Para ello, es preciso salir del mundo de las cosas, de la impenetrabilidad de las cosas, para avanzar en la dirección del lenguaje, esto es, un camino que lleva de los textos al sentido.

Robles, con la idea del análisis del lenguaje de los juristas, se acerca a la filosofía analítica y, en cierta medida, también a la hermenéutica. Sobre todo, se puede ver esta última perspectiva cuando hace referencia a su concepción del derecho como teoría de los textos jurídicos. Es así porque según él el lenguaje se plasma en textos concretos. Más simplificado: derecho es lenguaje y, por ende, derecho es texto, aunque no entendida como tesis en sentido

⁴³ *Ibid.*, p. 25.

⁴⁴ *Introducción a la Teoría del Derecho, cit.*, p. 25.

⁴⁵ JORGENSEN, S.; “Hermeneutik und Auslegung”, *Rechtstheorie*, 9, 1978, p. 63.

fuerte⁴⁶, porque como ya se dijo el derecho es el punto de partida del lenguaje. Robles otorga una especial importancia a los textos que son aquellos susceptibles “de ‘lectura’, interpretación y comprensión” que pueden ir desde un poema, un cuadro, una sinfonía hasta las acciones humanas⁴⁷. Se echa en falta una mayor referencia al valor de los ‘textos hablados’ como pueden ser los testimonios en un juicio. Como es sabido, la prueba testifical juega un papel fundamental en la determinación del derecho por parte del juez.

Todavía perdura en Robles la influencia kelseniana⁴⁸, particularmente en el nivel de la teoría formal del derecho aquí analizada, circunstancia que le hace rehuir de ciertos elementos que puedan contaminar el derecho, como la moral⁴⁹, esbozando una cierta razón aséptica; es decir, un análisis casi meramente lingüístico. Este hecho le hace dirigir la mirada más a la filosofía analítica que a la hermenéutica,

⁴⁶ El propio Robles lo reconoce y fue visto por Sánchez Cámara, al entender que “la tesis de que el Derecho es texto sería compatible también con las concepciones sociológico-realistas y las óntico-valorativas”, SÁNCHEZ CÁMARA, I.; “Derecho y lenguaje”, en ROBLES, G. y BARROS CARVALHO, P. (eds.); *Teoría comunicacional do direito*, cit., p. 233. Esto no significa necesariamente que niegue la tesis mencionada de que el derecho es texto, sino que atempera su postura.

⁴⁷ *Introducción a la Teoría del Derecho*, cit., p. 21.

⁴⁸ En general, Robles no sería estrictamente kelseniano más allá de ese nivel. La teoría pura del derecho de Kelsen, a diferencia de la TCD de Robles, es más restrictiva, coherente, clara y excluyente, circunstancia que posibilita conocer sus contornos más fácilmente, unido al hecho de que la TCD están en proceso de elaboración.

⁴⁹ Parece ser que este término será objeto de análisis en el volumen tres de su teoría dedicada a la decisión jurídica.

con el objetivo de poder adoptar una mayor claridad para entender el fenómeno jurídico. En términos más analíticos: “Un fenómeno de comunicación en la convivencia de los seres humanos y cuya natural expresión es el lenguaje”⁵⁰.

No es menos cierto que existe una filosofía analítica que, a partir del segundo Wittgenstein, ha sabido tomar distancia del originario comportamiento científico y que parece ser que es en la que Robles se siente más cómodo. No obstante, sin renunciar al marchamo cientificista de la TCD, pero prescindiendo de los ropajes lógicos en sentido fuerte. La lógica, que gozó de gran esplendor en otros tiempos, parece haber pasado a un segundo plano en la práctica jurídica. Es decir, cada vez interesa menos la formalización de un lenguaje unívoco por parte de los juristas. A veces el excesivo formalismo jurídico del derecho de profesores tropieza con el derecho que crean algunos de sus intérpretes más autorizados: los jueces constitucionales. En el derecho el lenguaje no es unívoco, sino que el significado depende del contexto. Robles, en este sentido, distingue entre texto, co-texto y contexto, siendo de interés sobre todo la segunda y la tercera. Por un lado, el co-texto sirve de conexión del texto analizado con el texto total al que aquel

⁵⁰ *Comunicación, lenguaje y derecho*, cit., p. 15.

pertenece; por otro, el contexto sería la situación en la cual se inserta el significado⁵¹.

De todas formas, se observa que la balanza no es tan fácil decantarla del lado de la filosofía analítica, dado que Robles manifiesta no sólo que el derecho no existe sin lenguaje sino también una tesis en sentido fuerte: “El conocimiento jurídico tiene, ante todo, una tradición hermenéutica”, por el hecho de estar vinculado a los textos. Incluso avanza un paso más: “El positivismo, por su parte, impuso el análisis formal y estructural del Derecho, despreocupándose del sentido. Es preciso reconocer ambas facetas a un esquema común que las haga compatibles. Pues al ser el Derecho en sí mismo una construcción de sentido, posible merced a la interpretación de los textos jurídicos, no puede el jurista desprenderse de su tradición hermenéutica, ni puede por otra parte prescindir del análisis”⁵². En estas y otras afirmaciones resulta fácil detectar su alejamiento del positivismo jurídico que una vez suscribió; a la par que su actitud, en general, poco crítica hacia esta corriente de pensamiento, circunstancia que propicia que en más de una ocasión se le tilde erróneamente de positivista.

Por ejemplo, tanto en Kaufmann como en Robles se detecta una posible convergencia entre hermenéutica y filosofía analítica, aunque el

⁵¹ Para esta diferenciación, véase *ibid.*, p. 73. También p. 76.

⁵² *Introducción a la Teoría del Derecho, cit.*, p. 24.

planteamiento difiere por caminos diversos en uno y en otro. En el primero es posible detectar más a las claras su inclinación hermenéutica y iusnaturalista; en el segundo resulta más discutible una inclinación clara, pero es posible decir en última instancia un trasfondo analítico y rozando el positivismo. La hermenéutica ostenta funciones que la analítica no puede asumir, como por ejemplo “las condiciones trascendentales de la posibilidad de comprensión del lenguaje”, y la analítica tiene funciones que la hermenéutica no puede proporcionar, como por ejemplo “el fundamento conceptual del conocimiento”⁵³. No faltan los que, como Barberis, no confían demasiado en un hermanamiento entre filosofía analítica y hermenéutica que pudiera dar lugar a una “hermenéutica analítica que reúna los aspectos mejores de la hermenéutica gadameriana y de la filosofía analítica del segundo Wittgenstein”. Por el contrario, podría aparecer el interrogante de una filosofía del derecho “más extraña al derecho que la del segundo Wittgenstein, y más oscura que la hermenéutica”. Tampoco habría que ponerse en el dramatismo de esta tesis de Barberis, para llegar incluso a que la complementariedad entre ambas disciplinas suponga “el demasiado poco y el casi nada”⁵⁴. El

⁵³ KAUFMANN, A.; “Über die Wissenschaftlichkeit der Rechtswissenschaft: Ansätze zu einer Konvergenztheorie der Wahrheit”, *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie*, 72, 1986, p. 430.

⁵⁴ BARBERIS, M.; “Il troppo poco e il quasi niente. Su ermeneutica e filosofia analitica del diritto”, en JORI, M. (ed.);

riesgo está ahí: caer en el eclecticismo que en ocasiones suponen las vías intermedias que no llegan a superar, más allá de la mera crítica, las debilidades que plantean distintas teorías que sí secundan claramente determinados planteamientos jurídico-filosóficos. Es decir, que una combinación superadora de elementos de la filosofía analítica y de la hermenéutica llegue a saber a poco. En ocasiones, quizá esto puede ocurrir con la TCD por dos motivos: el primero, al tratarse de una teoría muy ambiciosa que intenta tocar varios e importantes problemas de la teoría del derecho y, segundo, que no es cerrada, lo que propicia que algunas de las dudas y carencias atisbadas, emplacen al lector a esperar un desarrollo más en profundidad de las dimensiones no tratadas ni en la teoría formal del derecho ni en la de la dogmática jurídica.

Desde la filosofía analítica del primer y segundo Wittgenstein, el punto de vista metafísico y el ontológico, ambos entendidos en sentido fuerte, derivan de confusiones lingüísticas en la manera de entender las proposiciones, a la vez que ayudan a perpetuar la oscuridad en el lenguaje. Es posible pensar que Robles, desde su concepción anti-metafísica y no ontológica, vería con buenos ojos semejante idea en su intención de aportar un lenguaje claro y riguroso hecho por y

Ermeneutica e filosofia analitica. Due concezioni del diritto a confronto, Torino, Giappichelli, 1994, pp. 149 y 161.

para los juristas, aunque reduciendo el excesivo apego al empirismo. Por ello, cabe matizar la postura sostenida por Sánchez Cámara, que quizá observa en él un mayor punto de partida hermenéutico del que yo esbozo aquí. Así dice: “Su trabajo consiste en la elaboración de una Teoría Comunicacional del Derecho, quizá mucho más próxima a la Lingüística y a la Hermenéutica que a la filosofía analítica propiamente dicha”⁵⁵. Acudiendo a lo arriba mencionado por Robles y al conjunto de su obra, no quedaría tan clara esta afirmación, particularmente en lo referido a la hermenéutica. Incluso Sánchez Cámara utiliza convenientemente un ‘quizá’ para dejar una puerta abierta al debate. Más adelante, continua este autor en esa idea al distinguir entre la usual división entre las concepciones teórico-jurídicas formalistas, sociológicas y valorativas, pero que creo puede generar confusión al afirmar lo siguiente: “Gregorio Robles ha elaborado una muy interesante Teoría del Derecho, vinculada, si estoy en lo cierto, a la Hermenéutica. A pesar de todo, su concepción parece encajar mejor en estatal-formalista, para la que el Derecho es el resultado de una decisión y, en definitiva, una

⁵⁵ SÁNCHEZ CÁMARA, I.; “Derecho y lenguaje”, *op. cit.*, p. 224. Sánchez Cámara, al tomar nota de que Robles concibe la filosofía del derecho como análisis del lenguaje de los juristas, afirma: “Se sumaba así al llamado ‘giro lingüístico’ en filosofía, que pretendía encontrar en el análisis del lenguaje un nuevo paradigma para el tratamiento y la solución de los problemas de la filosofía. En definitiva, su planteamiento se enmarca en el ámbito de la llamada filosofía analítica”, pp. 221-222. Esta circunstancia lleva a cierta confusión, quizá motivada también por el propio Robles al moverse en un camino intermedio entre ambas teorías.

pura forma, pues cualquier contenido puede ser Derecho si reviste la forma (lingüística) de ley estatal⁵⁶. Con el objetivo de no crear equívocos con el uso del término estatal, sería preferible referirse a que Robles suscribe una concepción formalista y no cognitivista, prescindiendo del apelativo estatal-formalista. Por tanto, difícilmente se puede ubicar la TCD en el ámbito hermenéutico, si dicha concepción cabe mejor dentro de la concepción estatal-formalista. Cabe pensar que Sánchez Cámara tiene razón en lo de formalista, de ahí que pueda establecerse que Robles se inclina más, a la postre, por la analítica, a pesar de no ser representante de ninguna de las dos. En cambio, Viola intenta aunar las dos corrientes desde una visión iusnaturalista moderada, reconociendo el carácter anti-metafísico y anti-ontológico de la filosofía analítica, pero también teniendo en cuenta que en el campo de las investigaciones regionales se da una profunda crisis de la epistemología neo-empirista, lo que posibilita una rehabilitación de las convergencias entre la filosofía analítica y la filosofía hermenéutica⁵⁷.

La hermenéutica jurídica, a nivel práctico, llega a superar a la hermenéutica filosófica; aparte de intentar perfeccionar el lenguaje técnico

jurídico, intenta transmitir modelos de decisión. En Robles la hermenéutica es utilizada para rebajar la tensión existente entre las posturas ontologistas en sentido fuerte y las propias del positivismo más legalista, centrando su atención en las posiciones quizá más opuestas o extremas. Muchas de ellas han ido paulatinamente variando, fundamentalmente, en lo referido al positivismo jurídico, produciéndose una “estrategia de repliegue o descarga de lastre”, según palabras de Serna. Para él, esto consiste “en excluir del catálogo de las opiniones teóricas positivistas a aquellas que no resulta posible defender ya – como la tesis de la obediencia o positivismo ideológico, la jurisprudencia mecánica, las tesis clásicas sobre la plenitud y coherencia del ordenamiento jurídico, la tesis legalista (ley como fuente única o primaria de calificación jurídica), la teoría imperativista de la norma jurídica, etc.-, para reafirmar simultáneamente las que se entendía no quedaban afectadas o invalidadas por la crítica”⁵⁸. Robles intenta atemperar el formalismo de la analítica y concretar la deliberada abstracción de la hermenéutica con el objetivo de elaborar una teoría del derecho que sirva en la práctica.

⁵⁶ *Ibid.*, pp. 235 y 236.

⁵⁷ VIOLA, F.; “Filosofía analítica, filosofía hermeneutica e conoscenza del diritto”, *cit.*, p. 347.

⁵⁸ SERNA, P.; “El Inclusive Legal Positivism ante la mirada del observador”, en RAMOS PASCUA, J. A. y RODILLA, M. Á. (eds.); *El positivismo jurídico a examen. Estudios en homenaje a José Delgado Pinto*, Ediciones Universidad de Salamanca. Salamanca, Aquilafuente, 2006, p. 488.

4. SENDA HERMENÉUTICA EN EL DESARROLLO DE LA TCD: DESCRIPCIÓN Y CRÍTICA

Este apartado focaliza la atención, a través de distintas ideas y conceptos, en el influjo hermenéutico presente en la TCD. El autor tiene a bien reflejar la importancia de la hermenéutica; por ello, no resulta extraño que señale: “El hallazgo básico de la hermenéutica es que la lingüística (*Sprachlichkeit*) subyace a todo fenómeno de la comprensión, el cual a su vez es el marco dentro del cual necesariamente se inserta todo conocimiento, sea del tipo que sea. De ahí que pueda hablarse de una *hermenéutica universal* en la medida en que se es consciente de la universal inmediatez del lenguaje. Esta característica se concreta en el tratamiento textual de los fenómenos hacia los que el hombre se acerca para ‘aprehenderlos’. Comprender e interpretar textos es la función paradigmática de la hermenéutica, pero el concepto de ‘texto’ es aquí ampliado al máximo, dotándole de un significado universal”⁵⁹. Con esta afirmación se pone de relieve la relación inconsciente del hombre con el lenguaje, en la cual los textos jurídicos aparecen envueltos en esa universalidad del lenguaje listos para ser comprendidos e interpretados, a fin de captar su sentido. La TCD

secunda así una de las tesis más generales o de marco de la hermenéutica para aportar claridad a su teoría, pero se observa cierta distancia a medida que se concretan otros elementos característicos de las concepciones hermenéuticas.

En general, la hermenéutica surte uno de sus mayores efectos en el ámbito de la crítica al derecho positivo no sólo aprovechándose de los posibles errores del derecho *puesto*, sino que su tarea es precisar fines todavía no concretados. En la hermenéutica jurídica se plantea una lucha entre objetivismo y subjetivismo. Zaccaria explica bien esta tensión cuando afirma que “existe una exigencia innegable de objetivación en la interpretación jurídica; pero ésta no puede identificarse con un objetivismo que anule por completo la subjetividad de quien es protagonista de la decisión jurídica”. De ahí que el interés de los hermeneutas esté dirigido a “someter el pensamiento jurídico a un control de racionalidad de tipo intersubjetivo”⁶⁰.

Robles tiene en su horizonte presente la crisis del positivismo; pero se mueve en la senda de la filosofía jurídica del postpositivismo como aquella que “asume la crisis epistemológica del positivismo, censurando el estrecho margen que éste concede a la razón”, para posibilitar la

⁵⁹ *Introducción a la Teoría del Derecho*, cit., p. 190. Sobre esa inmediatez del lenguaje, véase también pp. 24 y 190.

⁶⁰ ZACCARIA, G.; *Razón jurídica e interpretación*. Prólogo de G. Robles. Trabajos compilados por Ana Messuti, Madrid, Civitas, 2004, p. 395.

conjunción entre hermenéutica y analítica⁶¹. El autor no es positivista, sino que viene del positivismo jurídico, de ahí que la TCD se muestre más indulgente con las falencias del positivismo jurídico, a diferencia de cómo lo hacen las teorías hermenéuticas que se nutren en buena medida de la crítica a aquel⁶². En su desarrollo la “razón interpretativa” penetra poco a poco “en el sentido de los textos hasta comprenderlos”, siguiendo “el esquema cognoscitivo la relación *interpretación-sentido-comprensión*” como indisolublemente unida⁶³. Él toma uno de los conceptos patentes en la hermenéutica como es el de sentido, para afirmar que “si la hermenéutica se hace cargo del sentido del texto, y la analítica, de sus componentes singulares, parece claro que ésta no puede operar prescindiendo de aquélla, puesto que en definitiva el análisis sólo es posible sobre lo ‘construido’”⁶⁴. Por otra parte, se observa su alejamiento de las

teorías hermenéuticas al mostrar su rechazo a los presupuestos metafísicos y planteamientos ontologistas, a la vez que abraza un cierto concepto de cientificidad en el derecho, dado que Robles sigue el método de investigación de buscar “*la teoría dentro del derecho*; o para ser más exactos, *dentro de la ciencia jurídica*”⁶⁵. La verdad es que si algo se puede llamar ‘ciencia’ resulta ser “más o menos una cuestión de definición”⁶⁶.

Está claro que Robles adopta una perspectiva un tanto epistemológica en base a un método, la cual sería en mayor o menor medida rechazada por los hermeneutas. Sin ir más lejos, la tesis gadameriana sustentada en *Wahrheit und Methode* supone en sí una confrontación entre el método y la verdad⁶⁷. La hermenéutica jurídica sigue esta senda para orientar la interpretación, por lo que “no es la exactitud del método, sino *la comprensión*, lo que conduce a la verdad. Aplicada esta premisa al derecho podría afirmarse que no es la aplicación metodológica de la literalidad de la ley lo que determina al derecho,

⁶¹ ROBLES, G.; “Prefacio para profesores”, *cit.*, p. 29.

⁶² No obstante, se echa en falta un diálogo más profuso con las teorías del derecho actuales que trabajan distintas perspectivas de la relación entre filosofía analítica y la hermenéutica. Una matización al respecto, realizada por el propio autor, cabe en el caso de su obra *Teoría del Derecho*. Volumen I, *cit.*, p. 30: “Se ha descargado el libro de citas y tan sólo se han conservado algunas que permitan al alumno entender mejor las cuestiones tratadas y situarlas adecuadamente en el diálogo de posiciones doctrinales. Espero y deseo que la escasez de citas no se interprete fuera de este contexto. Una obra en la que se entrara en debates prolijos y citas de cortesía habría alcanzado dimensiones no soportables en un libro de texto”.

⁶³ LÓPEZ BELLO, H.; “Derecho, lenguaje y comprensión”, en ROBLES, G. y BARROS CARVALHO, P. (eds.); *Teoría comunicacional do direito*, *cit.*, p. 181.

⁶⁴ *Introducción a la Teoría del Derecho*, *cit.*, pp. 24-25.

⁶⁵ ROBLES, G.; *Pluralismo jurídico y relaciones intersistémicas*, *op. cit.*, p. 16.

⁶⁶ KAUFMANN, A.; “Bemerkungen zur positiven Begründung und zur Falsifikation des Rechts”, en PRITTWITZ, C. *et al.* (eds.); *Festschrift für Claus Lüderssen zum 70. Geburtstag am 2. Mai 2002*, Baden-Baden, Nomos, 2002, p. 86.

⁶⁷ Si se profundiza un poco más, las ciencias del espíritu desarrollaban, antes que una metodología, “la *tradición humanista*: una *experiencia de humanidad*, un concepto experimental de humanidad, la experiencia humanista de la vida”, CONILL, J.; *Ética hermenéutica. Crítica desde la facticidad*, Madrid, Tecnos, 2006, p. 62.

sino la aplicación del sentido del texto entendido en torno al contexto al que pertenece lo que determinará la justicia”⁶⁸. La relación entre texto histórico y verosimilitud nunca ha sido pacífica y menos en el mundo jurídico, con la intención de captar el verdadero sentido del texto. Es decir, ir más allá de la intencionalidad del autor, lo que significa hacerse más preguntas de las que el autor del texto (o en sentido, más concreto, de la norma) se hizo.

En el ámbito de la hermenéutica jurídica, el término verdad cobra un importante protagonismo, toda vez que es la adecuación de la interpretación con el texto jurídico⁶⁹. En cierto sentido, “la verdad textual” consistirá en “rescatar lo que el autor quiso decir en su texto, su intencionalidad”⁷⁰. El contexto histórico-lingüístico lleva al intérprete a un *horizonte interrogativo* (*Fragehorizont*), como diría Gadamer⁷¹; es decir, a formularse determinadas preguntas más allá de lo afirmado en el texto por el propio autor. Desde el momento en que queda plasmado, el texto cobra vida y el autor deja de

ser dueño del sentido de éste. Robles cuando se refiere al término verdad no está hablando de una verdad realmente hermenéutica, sino más cercana a la semiótica, al análisis de las relaciones de los signos entre sí; esto es, de la coherencia, unidad y estructura internas de las proposiciones.

Aquí cabe adoptar dos actitudes hermenéuticas: la primera, basada en un mayor respeto al método que no a su asunción, derivando en una cierta mezcla del plano epistemológico y del ontológico; la segunda, con la que quizá uno más se identificaría, intenta establecer una mayor separación y, por ende, sistematización a la hora de tratar ambos planos. En definitiva, desligarse de querencias epistemológicas a la hora de afrontar el derecho o, más aún, de buscar soluciones a los problemas que plantea, ya que los jueces, legisladores y otros profesionales jurídicos trabajan con el derecho respetando bastante menos el método de lo que a veces se cree desde el debate de profesores. No obstante, cabe pensar que representantes de la primera, como Viola y Zaccaria, tendrían razón en señalar que el anti-metodologismo fundamental de la hermenéutica filosófica presenta sus dificultades en el ámbito del derecho, sobre todo en los últimos dos siglos, al encontrar “en la metodología un momento importante e irrenunciable de la reflexión del jurista”⁷².

⁶⁸ LÓPEZ BELLO, H.; “Derecho, lenguaje y comprensión”, *op. cit.*, p. 184.

⁶⁹ En el derecho los conceptos se ponen en el ámbito práctico en relación con la prueba. Por tanto, esa verosimilitud en realidad se acerca a una ‘verdad’, que en sí tiene que ver mucho con la verdad procesal.

⁷⁰ BEUCHOT, M.; “Verdad”, en BEUCHOT, M. y ARENAS-DOLZ, F. (directores); *10 palabras clave en hermenéutica filosófica*, *op. cit.*, p. 449.

⁷¹ Cfr. *Wahrheit und Methode* (1960). Se cita por la edición española titulada *Verdad y Método*, *cit.*, pp. 447 y 448.

⁷² Cfr. VIOLA, F. y ZACCARIA, G.; *Derecho e interpretación*, *cit.*, p. 197. También pp. 194-199.

Obviamente, cualquiera de las dos posturas esbozadas sería vista con cierto recelo por Robles, pero también cabe pensar que aprovecharía el lugar común de ambas actitudes como es “la experiencia de la universal inmediatez del lenguaje. Esta experiencia es manifiesta en el Derecho, en el cual nada existe sin el lenguaje”⁷³. Busca trazar un camino transitable entre ambas filosofías, aunque desde presupuestos diferentes a como lo hacen autores que buscan posturas intermedias y que sí podrían ser encuadrados en la hermenéutica: Esser, Kaufmann⁷⁴, Viola o Zaccaria. En sí es una vía de superación del viejo debate entre positivismo jurídico y iusnaturalismo. Robles se interesa más por la analítica que por la hermenéutica; entre otras circunstancias porque deja en un segundo plano los fundamentos ontológicos (en sentido fuerte) en pos de los epistemológicos, a la vez que se aleja de planteamientos iusnaturalistas más vinculados a la hermenéutica en la actualidad. Prueba de ello es Kaufmann o Viola con su intento de mostrar una vía intermedia entre analítica y hermenéutica⁷⁵, pero partiendo de una

visión iusnaturalista y utilizando más los resortes hermenéuticos que los analíticos. El camino de Robles sigue una senda paralela pero diferente: parte de una visión superadora de ambas concepciones, pero en el fondo desde la mirada del influjo kelseniano; en esencia, de un no cognitivista en el nivel de la teoría formal.

5. CONCLUSIONES

La TCD es una corriente de pensamiento teórico-jurídico universalista, abarcadora y compleja, a diferencia de otras teorías con pretensiones regionalistas, reduccionistas o simplistas, que pretende superar la dialéctica positivismo/iusnaturalismo en base a una concepción que no es ni metafísica ni ontológica en sentido fuerte, a fin de aportar un lenguaje claro y riguroso hecho por y para los juristas reduciendo a la vez el excesivo apego al empirismo.

Su autor no es ni un hermeneuta ni un filósofo analítico en sentido estricto, a pesar de tener influencia en sus obras de ambas corrientes de pensamiento; no obstante, secunda algunas de las tesis más generales o de marco de la hermenéutica, tales como la universal inmediatez

⁷³ ROBLES, G.; *Introducción a la Teoría del Derecho*, cit., p. 24.

⁷⁴ Una postura crítica hacia los planteamientos del alemán puede verse en *Introducción a la Teoría del Derecho*, cit., pp. 130 y 172-174.

⁷⁵ Por ejemplo, KAUFMANN, A.; *Rechtsphilosophie*, 2ª ed., München, Beck, 1997, pp. 39-53. También su trabajo *Das hermeneutische Verständnis der juristischen Methode*, traducido por J. A. Santos bajo el título “La comprensión hermenéutica del método jurídico”, en KAUFMANN, A.; *Hermenéutica y derecho* (ed. de A. Ollero y J. A. Santos), Granada, Comares, 2007, pp. 91-

111. Ya hace décadas, Viola mostraba su intento de “probar la interconexión entre ‘filosofía analítica’ y ‘hermenéutica’”, VIOLA, F.; “Filosofía analítica, filosofía ermeneutica e conoscenza del diritto”, cit., p. 301. Sus esfuerzos por establecer un diálogo, que no en puridad un acuerdo, en “La critica dell’ermeneutica alla filosofia analitica italiana del diritto”, en JORI, M. (ed.); *Ermeneutica e filosofia analitica*, op. cit., p. 63.

del lenguaje, pero marca distancia a medida que se concretan otros elementos característicos de la hermenéutica. Seguramente por su origen positivista, su obra presenta una gran indulgencia hacia las falencias del positivismo jurídico, a diferencia de lo que hacen los hermeneutas al nutrirse en buena medida de la crítica a aquel.

Es un jurista teórico peculiar, no apegado a modelos filosóficos concretos, con un análisis de la hermenéutica dirigido desde una mirada analítica, que sirva en la práctica para los profesionales del derecho. Este dato, que podría ser, a primer vista, poco importante, cambia la perspectiva de la relación entre hermenéutica y analítica, que, a la postre, se torna quizá más hacia la segunda que hacia la primera, sin ser representante de ninguna de ellas. En este sentido, se echa en falta un diálogo en profundidad con teorías de representantes de una vía intermedia entre el iusnaturalismo y el positivismo jurídico, así como un debate analítico con pensadores contemporáneos de la filosofía analítica española. En definitiva, Robles se trata de un no cognitivista cercano a la racionalidad teórica que pretende, más que una definición del derecho *adecuada* o *acabada*, utilizar las teorías como instrumentos para aquilatar su TCD con la finalidad de explicar y comprender de un modo más claro el derecho a los juristas.

Bibliografía

- BARBERIS, M.; “Il troppo poco e il quasi niente. Su ermeneutica e filosofia analitica del diritto”, en JORI, M. (ed.); *Ermeneutica e filosofia analitica. Due concezioni del diritto a confronto*, Torino, Giappichelli, 1994, pp. 149-161.
- BEUCHOT, M.; “Verdad”, en BEUCHOT, M. y ARENAS-DOLZ, F. (directores); *10 palabras clave en hermenéutica filosófica*, Estella, Verbo divino, 2006, pp. 449-474.
- CONILL, J.; *Ética hermenéutica. Crítica desde la facticidad*, Madrid, Tecnos, 2006.
- FLAMARIQUE, L.; “Interpretación”, en BEUCHOT, M. y ARENAS-DOLZ, F. (directores); *10 palabras clave en hermenéutica filosófica*, Estella, Verbo divino, 2006, pp. 257-294.
- GADAMER, H. G.; *Warheit und Methode* (1960). Se cita por la trad. española de A. Agud y R. de Agapito titulada *Verdad y Método*, 9ª edición, Salamanca, Sígueme, 2001.
- GARCÍA FIGUEROA, A.; “Un punto de vista más sobre la filosofía del Derecho”, *Anuario de Filosofía del Derecho*, 19, 2002, pp. 333-356.
- JORGENSEN, S.; “Hermeneutik und Auslegung”, *Rechtstheorie*, 9, 1978, pp. 63-72.
- KAUFMANN, A.; “Über die Wissenschaftlichkeit der Rechtswissenschaft. Ansätze zu einer Konvergenztheorie der Wahrheit”, *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie*, 72, 1986, pp. 425-442.
- KAUFMANN, A.; *Rechtsphilosophie*, 2ª ed., München, Beck, 1997.
- KAUFMANN, A.; “La comprensión hermenéutica del método jurídico” (trad. por J. A. Santos), en KAUFMANN, A.; *Hermenéutica y derecho* (ed. de A. Ollero y J. A. Santos), Granada, Comares, 2007, pp. 91-111.
- LLANO, F. H.; “Experiencialismo jurídico y teoría comunicacional del derecho: dos concepciones globales del derecho”, en ROBLES, G. y BARROS CARVALHO, P. (eds.); *Teoria comunicacional do direito. Dialogo entre Brasil e Espanha*, Sao Paulo, Noeses, 2011, pp. 75-101.
- LÓPEZ BELLO, H.; “Derecho, lenguaje y comprensión”, en ROBLES, G. y BARROS CARVALHO, P. (eds.); *Teoria comunicacional do direito. Dialogo entre Brasil e Espanha*, Sao Paulo, Noeses, 2011, pp. 169-192.
- MORRIS, C. W.; *Foundations of the Theory of Signs* (1938), Chicago, The University of Chicago Press, 1970.
- ORTEGA Y GASSET, J.; “Verdad y perspectiva” (1916), en *El Espectador (I)*, incluido en *Obras Completas*. Vol. II, Madrid, Taurus, 2004, pp. 159-164.
- PRADA, A. de; “Teoría comunicacional del derecho y lenguaje de los juristas. Algunas consideraciones”, en ROBLES, G. y BARROS CARVALHO, P. de (eds.); *Teoria comunicacional do direito. Dialogo entre Brasil e Espanha*, Sao Paulo, Noeses, 2011, pp. 145-167.
- ROBLES, G.; *Epistemología y Derecho*, Madrid, Pirámide, 1982.
- ROBLES, G.; “Gregorio Robles”, en *Doxa*. Número dedicado a Problemas abiertos de la Filosofía del Derecho, 1, 1984, p. 203-208.
- ROBLES, G.; *Los derechos fundamentales y la ética en la sociedad actual*, Madrid, Civitas, 1992.
- ROBLES, G.; *Introducción a la Teoría del Derecho*, 6ª edición revisada y ampliada, Madrid, Debate, 2003.
- ROBLES, G.; *El Derecho como texto. Cuatro estudios de teoría comunicacional del derecho*, Cizur Menor, Thomson-Civitas, 2006.
- ROBLES, G.; *Pluralismo jurídico y relaciones intersistémicas. Ensayo de teoría comunicacional del derecho*, Cizur Menor, Thomson-Civitas, 2007.
- ROBLES, G.; “Prólogo”, en VIOLA, F. y ZACCARIA, G.; *Derecho e interpretación. Elementos de teoría hermenéutica del derecho* (trad. de A. Cebeira, A. de Prada y A. Richart), Madrid, Dykinson y Universidad Carlos III, 2007, p. 11-18.
- ROBLES, G.; *Comunicación, lenguaje y derecho. Algunas ideas básicas de la teoría comunicacional del derecho*, Madrid, Real Academia de Ciencias Morales y Políticas, 2009.
- ROBLES, G.; *Teoría del Derecho. Fundamentos de teoría comunicacional del derecho*. Volumen I, 4ª ed., Cizur Menor, Thomson-Civitas, 2012.
- ROBLES, G.; *Teoría del derecho. Fundamentos de teoría comunicacional del derecho*. Volumen II. *Teoría de la Dogmática y del Método jurídico*, Thomson Reuters-Civitas, Madrid, 2015.
- SÁNCHEZ DÍAZ, F. F.; “La teoría comunicacional del derecho como teoría de los textos jurídicos”, en ROBLES,

G. y BARROS CARVALHO, P. (eds.), *Teoria comunicacional do direito. Dialogo entre Brasil e Espanha*, Sao Paulo, Noeses, 2011, pp. 123-144.

SÁNCHEZ CÁMARA, I.; “Derecho y lenguaje”, en ROBLES, G. y BARROS CARVALHO, P. (eds.); *Teoria comunicacional do direito. Dialogo entre Brasil e Espanha*, Sao Paulo, Noeses, 2011, pp. 221-240.

SANTOS, J. A.; *Arthur Kaufmann en la encrucijada de la filosofía del derecho de la posguerra*. Prólogo de Winfried Hassemer, Granada, Comares, 2008.

SERNA, P.; “El Inclusive Legal Positivism ante la mirada del observador”, en RAMOS PASCUA, J. A. y RODILLA, M. Á. (eds.); *El positivismo jurídico a examen. Estudios en homenaje a José Delgado Pinto*, Ediciones Universidad de Salamanca. Salamanca, Aquilafuente, 2006, pp. 481-495.

VICIANO, R. y MARTÍNEZ, R.; “La Constitución democrática, entre el neoconstitucionalismo y el nuevo constitucionalismo”, *El Otro Derecho*, 48, 2013, pp. 63-84.

VIOLA, F.; “La critica dell’ermeneutica alla filosofia analitica italiana del diritto”, en JORI, M. (ed.);

Ermeneutica e filosofia analitica. Due concezioni del diritto a confronto, Torino, Giappichelli, 1994, pp. 63-104.

VIOLA, F.; “Filosofia analitica, filosofia ermeneutica e conoscenza del diritto”, en D’AGOSTINO, F. (ed.); *Ontologia e fenomenologia del giuridico. Studi in onore di Sergio Cotta*, Torino, Giappichelli, 1995, pp. 308-310.

VON DER PFORDTEN, D.; *Rechtsphilosophie. Eine Einführung*, München, Beck, 2013.

ZACCARIA, G.; *Razón jurídica e interpretación*. Prólogo de G. Robles. Trabajos compilados por Ana Messuti, Madrid, Civitas, 2004.