

ESTUDIOS

COMUNICACIÓN, LENGUAJE Y DERECHO

CONTRIBUCIONES A LA TEORÍA COMUNICACIONAL
DEL DERECHO

LILIANA ORTIZ BOLAÑOS
GREGORIO ROBLES MORCHÓN

INCLUYE LIBRO ELECTRÓNICO
THOMSON REUTERS PROVIEW™

[111233]



Pontificia Universidad
JAVERIANA
Cali

THOMSON REUTERS

ARANZADI

GREGORIO ROBLES MORCHÓN

LILIANA ORTIZ BOLAÑOS

COMUNICACIÓN, LENGUAJE Y DERECHO

Contribuciones a la teoría comunicacional
del derecho

AUTORES

Gregorio ROBLES MORCHÓN

Liliana ORTIZ BOLAÑOS

Antonio LA PORTA

Diego MEDINA MORALES

Liliana ORTIZ BOLAÑOS

José Antonio SANTOS

Juan Pablo STERLING CASAS

Marta ALBERT

Rubén A. DUARTE CUADROS

Aurora TOMAZINI DE CARVALHO

Encarna FERNÁNDEZ

Virginia MARTÍNEZ BRETONES

Ángelo ANZALONE

Tiago C. JANINI

Ignacio SÁNCHEZ CÁMARA

Ángela APARISI

José J. ALBERT MÁRQUEZ

Adolfo SÁNCHEZ HIDALGO

Aurelio DE PRADA GARCÍA

Gregorio ROBLES

Félix F. SÁNCHEZ DÍAZ



Pontificia Universidad
JAVERIANA
Cali

| VIGILADA MINEDUCACIÓN |

SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN
C.C.I.J. "SILVESTRE MORENO CORA"
BIBLIOTECA

THOMSON REUTERS

ARANZADI

C010-214
C658c
g.1

Primera edición, 2018



THOMSON REUTERS PROVIEW® eBooks

Incluye versión en digital

El editor no se hace responsable de las opiniones recogidas, comentarios y manifestaciones vertidas por los autores. La presente obra recoge exclusivamente la opinión de su autor como manifestación de su derecho de libertad de expresión.

La Editorial se opone expresamente a que cualquiera de las páginas de esta obra o partes de ella sean utilizadas para la realización de resúmenes de prensa.

Cualquier forma de reproducción, distribución, comunicación pública o transformación de esta obra solo puede ser realizada con la autorización de sus titulares, salvo excepción prevista por la ley. Diríjase a CEDRO (Centro Español de Derechos Reprográficos) si necesita fotocopiar o escanear algún fragmento de esta obra (www.conlicencia.com; 91 702 19 70 / 93 272 04 45).

Por tanto, este libro no podrá ser reproducido total o parcialmente, ni transmitirse por procedimientos electrónicos, mecánicos, magnéticos o por sistemas de almacenamiento y recuperación informáticos o cualquier otro medio, quedando prohibidos su préstamo, alquiler o cualquier otra forma de cesión de uso del ejemplar, sin el permiso previo, por escrito, del titular o titulares del copyright.

Thomson Reuters y el logotipo de Thomson Reuters son marcas de Thomson Reuters

Aranzadi es una marca de Thomson Reuters (Legal) Limited

© 2018 [Thomson Reuters (Legal) Limited / Gregorio Robles Morchón y Liliana Ortiz Bolaños (Coords.) y otros]

1. Coordinadora Sello Editorial: Claudia Lorena Gonzalez Gonzalez
2. Auxiliar editorial: Laura Nathaly López Mosquera

© Portada: Thomson Reuters (Legal) Limited

Editorial Aranzadi, S.A.U.
Camino de Galar, 15
31190 Cizur Menor (Navarra)
ISBN: 978-84-9177-926-1
DL NA 1009-2018

Printed in Spain. Impreso en España
Fotocomposición: Editorial Aranzadi, S.A.U.
Impresión: Rodona Industria Gráfica, SL
Polígono Agustinos, Calle A, Nave D-11
31013 – Pamplona

296578

Índice General

Página

| | |
|--------------------|----|
| PRESENTACIÓN | 17 |
|--------------------|----|

PARTE PRIMERA

LA TEORÍA COMUNICACIONAL DEL DERECHO: ASPECTOS GENERALES. EPISTEMOLOGÍA

CAPÍTULO I

| | |
|--|----|
| UNA COMPARACIÓN «COMUNICACIONAL»: DERECHO Y MÚSICA, JURISTAS Y MÚSICOS TEXTUALIDAD, DOCUMENTALIDAD, PERFORMATIVIDAD Y MEDIACIÓN COMUNICACIONAL | 23 |
|--|----|

ANTONIO MARÍA LA PORTA

| | |
|--|----|
| I. Comunicación, lenguaje y texto: un primer enfoque comparativo entre el derecho y la música | 24 |
| II. La música y el derecho desde la perspectiva de la teoría comunicacional | 30 |
| III. Documentalidad y documerialidad. Los sistemas de comunicación como sistemas de registro | 36 |
| IV. La pluralidad de elementos personales. El mensaje jurídico y el mensaje musical: la mediación comunicacional como mediación performativa | 42 |
| V. Bibliografía | 51 |

CAPÍTULO II

| | |
|---|-----------|
| EPISTEMOLOGÍA Y TEORÍA COMUNICACIONAL DEL DERECHO: UN ESFUERZO METODOLÓGICO. LA TEORÍA COMUNICACIONAL DEL DERECHO DE GREGORIO ROBLES ... | 55 |
|---|-----------|

DIEGO MEDINA MORALES

| | |
|--|-----------|
| I. Las funciones del lenguaje | 58 |
| II. El método jurídico. Los conceptos y la realidad | 63 |
| III. Partes de una epistemología del derecho | 66 |
| IV. Bibliografía | 69 |

CAPÍTULO III

| | |
|---|-----------|
| EPISTEMOLOGÍA Y HERMENÉUTICA EN LA TEORÍA COMUNICACIONAL DEL DERECHO | 71 |
|---|-----------|

LILIANA ORTIZ BOLAÑOS

| | |
|--|-----------|
| I. Introducción | 71 |
| II. Una epistemología y una hermenéutica para el derecho | 72 |
| III. La hermenéutica entre ontología y epistemología | 74 |
| IV. Metalenguaje en la teoría comunicacional | 76 |
| V. Decisión racional entre teorías rivales en la TCD | 80 |
| VI. Sublenguaje en la teoría comunicacional | 82 |
| VII. A manera de conclusión | 88 |
| VIII. Bibliografía | 90 |

CAPÍTULO IV

| | |
|--|-----------|
| PRESUPUESTOS HERMENÉUTICOS DE LA TEORÍA COMUNICACIONAL DEL DERECHO DE GREGORIO ROBLES | 93 |
|--|-----------|

JOSÉ ANTONIO SANTOS

| | |
|--|------------|
| I. Introducción | 94 |
| II. Ubicación y delimitación de una teoría del derecho | 96 |
| III. Filosofía analítica y hermenéutica como camino transitable de la teoría comunicacional del derecho | 101 |

| | <u>Página</u> |
|--|---------------|
| IV. Senda hermenéutica en el desarrollo de la TCD: descripción y crítica | 109 |
| V. Conclusiones | 113 |
| VI. Bibliografía | 114 |

CAPÍTULO V

| | |
|--|-----|
| TEORÍA COMUNICACIONAL DEL DERECHO Y HERMENÉUTICA: SURGIMIENTO Y EVOLUCIÓN DE LA RELACIÓN | 117 |
|--|-----|

JUAN PABLO STERLING CASAS

| | |
|---|-----|
| I. Introducción | 117 |
| II. Derecho como ejercicio hermenéutico: unidad de texto y diversidad de lecturas | 121 |
| III. La concepción optimista de la hermenéutica | 125 |
| IV. Hermenéutica filosófica, crisis del positivismo y pospositivismo | 128 |
| V. La filosofía de la razón histórica: Dilthey y Gadamer | 130 |
| VI. La teoría de textos | 134 |
| VII. Bibliografía | 139 |

CAPÍTULO VI

| | |
|--|-----|
| EL USO EMOTIVO DEL LENGUAJE JURÍDICO | 141 |
|--|-----|

MARTA ALBERT

| | |
|---|-----|
| I. Introducción | 141 |
| II. ¿Qué clase de texto es el texto jurídico? | 142 |
| III. La función emotiva del lenguaje jurídico | 145 |
| IV. ¿Todo texto jurídico posee una función directiva? Las diversas funciones de un texto jurídico | 146 |
| V. ¿El lenguaje jurídico como neolengua? | 151 |
| VI. Cuestiones emergentes | 156 |
| VII. Bibliografía | 157 |

CAPÍTULO VII

| | |
|--|------------|
| INFLUENCIAS FILOSÓFICAS EN LA TEORÍA COMUNICACIONAL DEL DERECHO A PARTIR DE LA PRAGMÁTICA DE PEIRCE | 159 |
|--|------------|

RUBÉN ALBERTO DUARTE CUADROS

| | |
|--|------------|
| I. Introducción | 160 |
| II. El pragmatismo de Charles Sanders Peirce | 161 |
| III. Sobre el texto «¿Qué es el pragmatismo?» de 1905 de Peirce | 166 |
| IV. Conclusiones | 175 |
| V. Bibliografía | 177 |

CAPÍTULO VIII

| | |
|---|------------|
| EL DERECHO ES TEXTO, ¿QUÉ SIGNIFICA ESO? | 179 |
|---|------------|

AURORA TOMAZINI DE CARVALHO

| | |
|--|------------|
| I. Introducción | 179 |
| II. El derecho es texto | 181 |
| III. Sobre el concepto de derecho | 181 |
| IV. Conceptos de texto: texto en sentido amplio y texto en sentido estricto | 182 |
| V. ¿Cuál es texto? | 184 |
| VI. Sobre el contenido de los textos | 187 |
| VII. Interpretación y creación de realidades jurídicas | 190 |
| VIII. El derecho en su funcionamiento | 191 |
| IX. Integración y constitución del lenguaje del hecho jurídico | 191 |
| X. Interpretación y constitución de la norma jurídica aplicada | 197 |
| XI. Interpretación auténtica | 200 |
| XII. Conclusiones | 202 |
| XIII. Bibliografía | 203 |

PARTE SEGUNDA

TEORÍA FORMAL DEL DERECHO

CAPÍTULO IX

| | |
|---|------------|
| LOS PRINCIPIOS EN LA TEORÍA COMUNICACIONAL DEL DERECHO | 207 |
|---|------------|

ENCARNACIÓN FERNÁNDEZ

| | |
|--|------------|
| I. Introducción | 207 |
| II. De los códigos civiles al constitucionalismo contemporáneo y al derecho de la Unión Europea | 208 |
| III. Los principios como normas jurídicas de gran contenido general, y expresivas de valores | 212 |
| IV. Entre moral y derecho | 221 |
| V. Bibliografía | 227 |

CAPÍTULO X

| | |
|--|------------|
| LA EFICACIA EN LA TEORÍA COMUNICACIONAL DEL DERECHO | 229 |
|--|------------|

VIRGINIA MARTÍNEZ BRETONES

| | |
|---|------------|
| I. La eficacia en la obra de Gregorio Robles | 229 |
| II. La estructura básica de la teoría comunicacional del derecho | 232 |
| III. El paralelismo entre teoría del derecho y sociología del derecho | 233 |
| IV. El concepto de eficacia como concepto sociológico jurídico | 233 |
| V. Acatamiento, aplicación y ejecución. El cálculo de la cuota de eficacia | 234 |
| VI. Bibliografía | 236 |

CAPÍTULO XI

LAS SITUACIONES JURÍDICAS DE LAS PERSONAS Y EL CARÁCTER EXPANSIVO DE LA TEORÍA COMUNICACIONAL DEL DERECHO

239

ANGELO ANZALONE

| | | |
|------|---|-----|
| I. | A modo de introducción | 239 |
| II. | «Situare» en el derecho | 240 |
| III. | Situando al ser humano | 241 |
| IV. | Entre subjetivación, imputación y personificación | 242 |
| V. | La personalidad jurídica de los entes colectivos | 244 |
| VI. | Persona, sujeto y las tesis generales de la TCD. Breves reflexiones finales | 246 |
| VII. | Bibliografía | 251 |

CAPÍTULO XII

EL DERECHO SUBJETIVO EN LA TEORÍA COMUNICACIONAL DEL DERECHO

253

TIAGO CAPPI JANINI

| | | |
|------|---|-----|
| I. | Introducción | 253 |
| II. | Breve introducción a la Teoría Comunicacional del Derecho (TCD) | 254 |
| III. | El derecho subjetivo en la Teoría Formal del Derecho | 255 |
| IV. | El derecho subjetivo en la Teoría de la Dogmática Jurídica | 261 |
| V. | El derecho subjetivo en la Teoría de la Decisión Jurídica | 262 |
| VI. | Conclusión | 264 |
| VII. | Bibliografía | 264 |

CAPÍTULO XIII

LAS RELACIONES ENTRE LA MORAL Y EL DERECHO EN LA TEORÍA COMUNICACIONAL DEL DERECHO

265

IGNACIO SÁNCHEZ CÁMARA

| | | |
|-----|---|-----|
| I. | Introducción | 265 |
| II. | Moral y derecho en Franz Brentano | 269 |

| | <u>Página</u> |
|---|---------------|
| III. Conclusiones: la distinción entre la moral y el derecho | 272 |
| IV. Bibliografía | 279 |
| CAPÍTULO XIV | |
| LA NOCIÓN DE PERSONA Y LA TEORÍA COMUNICACIONAL DEL DERECHO | 281 |
| ÁNGELA APARISI MIRALLES | |
| I. Introducción | 281 |
| II. La persona en el marco de la Teoría Formal del Derecho | 284 |
| III. La perspectiva de la Teoría de la Dogmática Jurídica | 288 |
| IV. La persona en la Teoría de las Decisiones Jurídicas | 290 |
| V. Conclusión | 292 |
| VI. Bibliografía | 293 |

PARTE TERCERA

TEORÍA DE LA DOGMÁTICA JURÍDICA

CAPÍTULO XV

| | |
|--|-----|
| PERSPECTIVAS METODOLÓGICAS EN LA TEORÍA COMUNICACIONAL DEL DERECHO | 297 |
|--|-----|

JOSÉ J. ALBERT MÁRQUEZ

| | |
|---|-----|
| I. La estructura triádica de la Teoría Comunicacional del Derecho y su «nomen iuris» | 297 |
| II. Metodología y epistemología en la Teoría Comunicacional del Derecho | 302 |
| III. Reconsideración de los conceptos de derecho natural y derecho positivo a la luz del método descriptivo-epistemológico | 305 |
| 1. <i>Análisis de la Teoría del Derecho Natural desde el método descriptivo-epistemológico</i> | 305 |
| 2. <i>El positivismo jurídico desde el método descriptivo-epistemológico</i> | 307 |
| IV. Método dogmático jurídico | 308 |

| | <i>Página</i> |
|--|---------------|
| V. Método hermenéutico-analítico | 309 |
| VI. A modo de conclusión interrogativa | 311 |
| VII. Bibliografía | 313 |
| CAPÍTULO XVI | |
| LA DOGMÁTICA JURÍDICA COMO CIENCIA ORIENTADA A LA PRÁCTICA | 315 |
| ADOLFO SÁNCHEZ HIDALGO | |
| I. Introducción | 315 |
| II. La dogmática jurídica como representación (reconstrucción) de la praxis jurídica | 317 |
| III. La praxis jurídica como determinación dialéctica de lo que es justo | 321 |
| IV. La deliberación como acto cognitivo | 322 |
| V. El procedimiento dialéctico inherente a toda operación jurídica | 327 |
| VI. La singularidad de toda determinación jurídica | 329 |
| VII. De vuelta a la TCD: el sistema didáctico expositivo y el sistema en sentido estricto. Una aproximación a la decisión judicial con ocasión de la reflexión dogmática | 330 |
| VIII. Ubicación de la TCD en el espectro metodológico de la ciencia jurídica | 332 |
| IX. Conclusiones | 334 |
| X. Bibliografía | 337 |

PARTE CUARTA

TEORÍA DE LAS DECISIONES JURÍDICAS

CAPÍTULO XVII

| | |
|---|------------|
| TEORÍA COMUNICACIONAL DEL DERECHO Y POSJUSTICIA: EL DERECHO A LOS HECHOS | 343 |
|---|------------|

AURELIO DE PRADA GARCÍA

| | <u>Página</u> |
|---|---------------|
| I. Introducción | 343 |
| II. Los «juristas aplicadores» en la TCD | 345 |
| III. Un caso de posjusticia | 350 |
| IV. ¿Sistematizando la posjusticia? | 354 |
| V. A modo de conclusión: el derecho a los hechos | 356 |
| VI. Bibliografía | 356 |
| CAPÍTULO XVIII | |
| PRAGMÁTICA Y DERECHO: TEORÍA DE LAS DECISIONES JURÍDICAS | 359 |
| GREGORIO ROBLES | |
| I. La Teoría comunicacional del Derecho: sus partes | 359 |
| II. La teoría de las decisiones jurídicas como pragmática | 360 |
| III. La decisión (en general) | 361 |
| IV. Las decisiones jurídicas | 362 |
| V. Decisiones jurídicas creadoras de textos potencialmente normativos (decisiones jurídicas «ordinamentales») | 363 |
| VI. Decisiones jurídicas generadoras de propuestas de textos normativos (decisiones jurídicas de propuestas normativas) | 364 |
| VII. Decisiones jurídicas productoras de textos normativos (decisiones jurídicas sistémicas) | 367 |
| VIII. Decisiones jurídicas productoras de textos jurídicos que no forman parte ni del ordenamiento ni del sistema (decisiones jurídicas extraordinamentales y, a la vez, extrasistémicas) | 368 |
| IX. Decisiones jurídicas que no se manifiestan en expresiones lingüísticas explícitas (decisiones jurídicas tácitas o implícitas) | 369 |
| X. Conclusión | 370 |
| XI. Bibliografía | 371 |

CAPÍTULO XIX

¿QUÉ HACE QUE UNA DECISIÓN JURÍDICA SEA «JURÍDICA»? TENTATIVA DE APLICACIÓN DE LA TEORÍA DE LA DECISIÓN JURÍDICA PROPUESTA POR LA TCD 373

FÉLIX FRANCISCO SÁNCHEZ DÍAZ

I. El marco de esta ponencia: la Teoría de la Decisión Jurídica en la Teoría Comunicacional del Derecho 373

II. Somera presentación de algo muy complejo. Cómo destruir el sistema institucional de tu país desde dentro 377

III. Las SSTC 42/2014 y 259/2015 y las cartas entrecruzadas entre el presidente del Consejo Ejecutivo de la Generalidad de Cataluña y el presidente del Gobierno de la nación 380

1. *Las Sentencias 42/2014 y 259/2015 del Tribunal Constitucional. La posición de la Abogacía del Estado 380*

2. *La posición de los letrados del Parlamento de Cataluña 381*

3. *Los argumentos del Tribunal Constitucional 383*

4. *Las cartas entrecruzadas entre los presidentes de la Generalidad y del Gobierno de la nación. Breve análisis teórico 385*

IV. Observaciones finales: ¿a qué tipo de decisión jurídica, dentro de la tipología que propone la tcd, corresponden las distintas decisiones estudiadas? Implicaciones sobre el propio concepto de decisión jurídica 388

V. Bibliografía 390

Thomson Reuters ProView. Guía de uso