

LA INFLUENCIA DE SANTO TOMÁS EN LOS PRINCIPIOS DEL DERECHO SANCIONADOR ESPAÑOL. PERSPECTIVA DESDE LA TEORÍA COMUNICACIÓN DEL DERECHO

ANTONIO ROMERO CAMPANERO
Profesor asociado. Universidad de Córdoba

RESUMEN

El principio de proporcionalidad es uno de los ejes vertebradores de nuestro sistema jurídico penal. Siguiendo esta línea, encontramos la legítima defensa, en el cual Aquino, realizaba una ponderación entre la violencia realizada por el agresor y los actos de la víctima para rechazarla. Si existe proporción entre ambas, no existirá conducta antijurídica. Por lo tanto, el principio de proporcionalidad tal y como lo entendía Santo Tomás, ha llegado hasta nuestros días, configurándose como un principio fundamental.

PALABRAS CLAVE: Justicia, proporcionalidad, principios.

ABSTRACT

The principle of proportionality is one of the cornerstones of our criminal justice system. Along this line, we find the concept of self-defense, in which Aquinas carried out a weighed of the violence committed by the aggressor and the victim's actions to reject it. If there is a proportion between the two, there will be no unlawful conduct. Therefore, the principle of proportionality, as understood by Saint Thomas, has survived to this day, becoming a fundamental principle.

KEYWORDS: Justice, proportionality, principles.

1. LAS RAÍCES FILOSÓFICAS DE LA CIENCIA DEL DERECHO

Teniendo en cuenta que la labor de la ciencia de los juristas es trabajar sobre el ordenamiento jurídico para sistematizarlo, se plantea la cuestión de cuándo podemos considerar a la dogmática jurídica como auténtica ciencia del derecho. En un primer momento, la Jurisprudencia romana comienza siendo Tópica, dando soluciones a pro-

blemas concretos y aplicando los mismos a casos similares. Esta será el punto de partida para llegar a la Sistemática, pero resulta insuficiente para alcanzarla.

Será con el modelo epistemológico de la escolástica cuando podemos considerar a la Dogmática como una auténtica ciencia del derecho. La Escolástica, que es considerada la Ciencia de la Edad Media, aúna la Filosofía y la Teología. De igual forma que aúna la auctoritas y la ratio. Lo dado por Dios, a través de su autoridad, puede ser comprendido por el ser humano por medio de la razón. Y será la filosofía la que ordena, la que sistematiza la enseñanza de Dios. La razón filosófica nos permitirá interpretar los textos sagrados para solucionar los conflictos. Por lo tanto, la ratio sistematiza los textos, al mismo tiempo que hermenéuticamente los completa.

Su método se introdujo en la Jurisprudencia, de tal forma que los textos sagrados fueron sustituidos por los textos jurídicos, y la voluntad de Dios, será ahora la voluntad del Estado. Esto nos llevará a que la influencia de Aristóteles en el método escolástico supondrá la influencia de la lógica aristotélica en la Dogmática jurídica.

Será Santo Tomás de Aquino, y su escolástica racionalista, el que vincule definitivamente el pensamiento aristotélico con el cristianismo, por lo que la razón y fe deben ir conjuntamente. Con la razón se interpreta y complementa la revelación divina. Igual ocurre con la Jurisprudencia que pretende construir racionalmente el sistema con el ordenamiento del Estado. Es por ello, por lo que se debe considerar que las raíces de la dogmática jurídica se encuentran en el pensamiento aristotélico.

La lógica aristotélica parte de una construcción completa del sistema, del cual se llega de lo general a lo particular a través de la deducción por la lógica del silogismo. Esta recoge el aspecto formal del razonamiento, pero no su verdad material. Para conseguir la misma, se parte de dos premisas (mayor y menor). Así el conocimiento pleno de una materia requiere un sistema que refleje su realidad verdadera, que la complemente. La materia es parcial, y el sistema es completo.

En el seno de la Dogmática jurídica, la materia serán las normas y preceptos jurídicos, que requieren que se trabajen sobre los mismos para construir el Derecho completo, que constituye el sistema. El texto jurídico

bruto se convierte en texto jurídico elaborado, a través de la lógica¹. De esta forma, la Dogmática jurídica no realiza una fusión descriptiva, sino más bien prescriptiva. Parte de las normas para interpretarlas y completarlas, y así permite mejor su conocimiento pleno.

Pero si la Dogmática jurídica parte de una verdad ya dada, habrá que determinar a través de qué medios se puede llegar a misma, si por la evidencia, por la inducción, por la tópica o por la autoridad. Y es que aunque la materia central de la Dogmática jurídica es lo dispuesto por la autoridad, esto no supone que sea el único método para construir el sistema, pues para ello podrá ayudarse de la Tópica y del método inductivo.

1.1. SANTO TOMÁS

Con el filósofo y jurista cordobés Averroes se produjo la interpretación y transmisión de la obra de Aristóteles en el mundo islámico, y posteriormente en el pensamiento cristiano. Su influencia en Santo Tomás se refleja en que toma como punto de partida sus postulados que permiten aunar las reflexiones filosóficas aristotélicas con un pensamiento basado en una religión monoteísta.

Será el papa Inocencio IV el que apreciando la influencia que estaba teniendo en Europa la difusión de los pensamientos aristotélicos a través de la obra de Averroes, encargó a Alberto Magno y a su discípulo Tomás de Aquino que estudiaran y comentaran la misma. De esta forma aparecerá el modelo epistemológico de Escolástica, que vincula Filosofía con Teología, los pensamientos aristotélicos con la religión cristiana.

Santo Tomás nace en 1224 en Roccasecca, en el seno de una familia noble. Estudió en París, siendo su maestro Alberto Magno, y posteriormente en Colonia.

De su extensa obra destacamos *Summa Theologiae*, que junto con *Summa contra Gentiles*, constituyen sus dos grandes obras sistemáticas. A la que acompañan innumerables escritos científicos². Aunque será filósofo

¹ ROBLES MORCHÓN, G., *Teoría del Derecho. Fundamentos de la Teoría comunicacional del derecho*, volumen II. Thomson-Civitas. Navarra, 1ª ed., 2015.

² FRAILE, G., *Historia de la Filosofía II (2º). Filosofía judía y musulmana. Alta escolástica: desarrollo y decadencia*. Tela Editorial. Madrid, 1975.

antes que jurista, esto no le impide enunciar doctrinas jurídicas en sus obras³.

Aquino concibe a la Teología como la ciencia suprema, cuyo objeto es Dios. Es una ciencia distinta de las demás, pero todas las demás deben respetar sus principios fundamentales⁴.

1.1.1. CONCEPCIÓN TOMISTAS DE LAS LEYES

Santo Tomás concibe, al igual que Aristóteles, que el hombre necesita para perfeccionarse y vivir bien, estar en sociedad. De forma individual el hombre no puede realizarse plenamente, necesita completarse con otros individuos. El ser humano es un ser comunicativo, que se relaciona de forma espontánea con otros de su misma especie. Así ha sido siempre. Por lo que la sociedad es un estado natural del hombre, y se necesita para llevar una vida virtuosa y completa. Una sociedad que debe tender hacia un fin último, que es el bien común.

Santo Tomás estructura su doctrina sobre la ley en cuatro tipos fundamentales que se interrelacionan entre sí: ley divina, Ley eterna, ley natural y Ley positiva o humana. Vincula la validez de las leyes con esta jerarquía legal, utilizando para ello una comparación entre el mundo físico y el humano⁵. Concibe a la Ley eterna como el orden racional que gobierna el universo. Es la razón divina que fundamenta el orden cósmico y moral. Es la fuente de toda justicia y de toda normatividad en el mundo. Este presupuesto, que conecta con la teología, conlleva a considerar a Dios como el legislador supremo, y con el hecho de que todas las leyes humanas y naturales provienen de su sabiduría. Por lo tanto, la Ley eterna es la ley suprema, la causa primaria de todas las demás leyes. Pero al tratarse de una ley perfecta, esta no puede ser conocida por el hombre.

La Ley divina es la revelación de Dios que se encuentra reflejada en las escrituras, y su finalidad es guiar al hombre hacia su salvación eterna. Complementa a la ley natural aclarando aspectos de la conducta humana que no pueden ser descubiertos solo mediante la razón. El hombre apenas puede acercarse a su conocimiento, pues al igual que la ley eterna, esta es

³ ELIAS DE TEJADA, F., *Tratado de filosofía del derecho*, tomo II, Universidad de Sevilla. Sevilla, 1974.

⁴ FRAILE, G., *Historia de la Filosofía II (2º)*..., *op. cit.*

⁵ ROBLES MORCHÓN, G., *Teoría del Derecho*..., *op. cit.*

perfecta. Aunque la razón humana puede conocer los principios básicos de la moralidad, existen aspectos de la ley divina que exceden del alcance de la razón, y que son necesarios para la consecución de la justicia y el orden moral en el ser humano. Por lo tanto, la ley divina complementa a la ley natural, en aquellos aspectos que el hombre no puede comprender.

Y será su teoría de ley natural, una de las aportaciones más destacadas del autor a la teoría del derecho. Se trata de la participación de la ley eterna en la razón humana. Es una ley racional, orientada hacia el bien común y dictada por una autoridad legítima. Esta ley si será plenamente alcanzable por el ser humano, pues se llega a través de la razón. Forma parte de la filosofía racional y no de las creencias. Santo Tomás concibe que las reglas y principios de la Ley natural son obvios y se deducen de la propia naturaleza humana. El primero es la preservación de la vida, seguida por otros como la procreación y educación de los hijos, y la búsqueda de la verdad y vida en sociedad. Formando estos principios una jerarquía que orienta al ser humano hacia su perfección natural y fin último. Supone una comunicación transcendental entre Dios y el hombre, que refuerza el orden jurídico al proporcionar normas y valores que complementan la razón humana.

Por último, está la Ley humana, concebida como el ordenamiento jurídico creado por la autoridad competente. Y debe derivarse de la ley natural para regular el ordenamiento social. Para que sea justa no puede contradecir los principios esenciales de esta, sino que debe concretarlos en normas específicas para la convivencia social. Vemos el condicionante de la ley natural en la ley positiva, pues si contradice la misma, será injusta «corrupción de ley».

De esta forma las leyes justas conllevan una obligación moral. Vincula validez con jerarquía, y ello con obligación. Son válidas porque provienen de leyes superiores, y al respetar a estas obligan en conciencia⁶.

Llegamos de esta forma al concepto de justicia tomista, en la cual esta es una virtud que debe guiar la creación y aplicación de las leyes.

Concibe la justicia como una virtud cardinal que debe inspirar la creación y aplicación de las leyes. Es el fundamento último de todo sistema jurídico. Las leyes tienen la finalidad de promover el bien común y respetar los derechos inherentes a la dignidad humana.

⁶ *Ibid.*

1.1.2. INFLUENCIA

La atribución de Santo Tomás al pensamiento jurídico occidental es innegable. Su teoría supone una síntesis de racionalidad y fe, que busca proporcionar una base ética para el derecho. Ofrece esa visión integral y jerárquica de la ley, donde la razón, la moral y la justicia se aúnan para constituir una sociedad formada sobre el bien común. Se trata de una concepción del derecho como medio para promover el mismo, respetando los principios éticos y morales universales. Llega un derecho que va más allá de un conjunto de normas de regula el orden de la sociedad, se trata de normas que aspiran a la justicia y al bien común.

Su doctrina de ley natural, sostenida en principios y valores objetivos discernibles por la razón, y la relación entre esta y la ley humana han sido fundamentales para el desarrollo del iusnaturalismo.

2. TEORÍA COMUNICACIONAL DEL DERECHO

La Teoría Comunicacional del Derecho (TCD) elaborada por el profesor Gregorio Robles parte desde una perspectiva jurídica hermenéutica-analítica, con el objeto de estudiar el Derecho para conocerlo y aplicarlo.

En su obra *Las Reglas del Derecho y Las Reglas de los Juegos*⁷ (1984), hace referencia a los tres niveles de análisis del lenguaje, percibiendo un derecho performativo, dejando de lado la postura normativista. Esta postura triádica se va perfilando en su obra *Teoría del Derecho*⁸, en donde postula un modelo que supere a los tradicionales del iusnaturalismo y positivismo, con el objeto de llegar a una filosofía del Derecho que pueda ser utilizada por los juristas prácticos.

La obra donde más exhaustivamente se desarrolla la TCD será en *Teoría del Derecho. Fundamento de la Teoría comunicacional del derecho*⁹, la

⁷ ROBLES MORCHÓN, G., *Las Reglas del Derecho y las Reglas de los Juegos*. Universidad de Palma de Mallorca, Palma, 1984.

⁸ ROBLES MORCHÓN, G., *Introducción a la Teoría del Derecho*. Debate. Madrid, 1988.

⁹ ROBLES MORCHÓN, G., *Teoría del Derecho. Fundamentos de la Teoría comunicacional del derecho*, volumen I. Civitas, Madrid, 1998 (376 páginas). Obra que ha conocido varias ediciones (la última, la 6ª). 2ª edición (435 páginas), Thomson Reuter/Civitas, Cizur Menor (Navarra) 2006. 3ª Edición (864 páginas) Thomson Reuter/Civitas, Cizur Menor (Navarra) 2010. 4ª Edición (864 páginas) Thomson Reu-

cual se compone de tres manuales. El primero se dedica a la Teoría formal del Derecho, el segundo a la Teoría de la Dogmática y del Método jurídico, y el tercero y último, a la Teoría de las Decisiones Jurídicas, observándose de esta forma la perspectiva tridimensionista de la misma.

La Teoría formal del Derecho correspondería al nivel sintáctico, donde se estudia los elementos del ordenamiento jurídico y sus relaciones. La norma jurídica se configura como su concepto central.

La Teoría de la Dogmática Jurídica supondría el nivel semántico, en el cual se explica las características de la ciencia jurídica, y su modo de operar para construir un sistema jurídico que refleje y complete el ordenamiento. La institución jurídica es su concepto central.

Por último, la Teoría de la Decisión Jurídica supone el nivel pragmático del Derecho, donde se estudian los actos de creación del ordenamiento jurídico. La decisión jurídica es el concepto central de la misma.

Es por ello, por lo que la TCD considera que el texto jurídico es normativo, institucional y decisonal, atendiendo a los elementos centrales de cada uno de los niveles de estudio del Derecho, tal y como se ha señalado.

De esta forma elabora el profesor Robles una Teoría del Derecho, que ofrece un planteamiento epistemológico y metodológico novedoso. Se trata de una filosofía jurídica de juristas para juristas¹⁰, que ha despertado el interés tanto por los juristas teóricos como por los prácticos. Es una teoría universalista, abarcadora y compleja, que aporta una concepción acabada del Derecho.

2.1. EL DERECHO COMO TEXTO

A la hora de analizar el motivo por el cual el profesor Robles aboga por esa tripartición para presentar la TCD es porque parte del presupuesto de que el derecho es texto, en el sentido de que puede ser convertido en texto, y por lo tanto lo concibe como un sistema de comunicación (el lenguaje de los juristas). De ahí la afirmación del profesor Robles de que «todo derecho

ter/Civitas, Cizur Menor (Navarra) 2012. 5ª Edición (976 páginas) Thomson Reuter/Civitas, Cizur Menor (Navarra) 2013. 6ª Edición (956 páginas) Thomson Reuter/Civitas, Cizur Menor (Navarra) 2015.

¹⁰ ROBLES MORCHÓN, G., *Introducción a la Teoría del Derecho*, op. cit.

es susceptible de ponerse por escrito»¹¹. De esta forma vemos el derecho como ordenamiento, compuesto por varios elementos relacionados entre sí, entre los que el profesor Robles destaca cinco conceptos: decisión, norma, acción, institución y relación.

A la hora de analizar el derecho, hay teorías que determinan cuál de estos conceptos (u otros) es el elemento esencial sobre el cual debe girar la misma. Por ejemplo, la escuela de Viena (Kelsen) sostiene que el núcleo central es el de norma jurídica (normativistas). Nos encontramos también con la teoría institucionalista, que hace de la institución el concepto central del derecho (Santi Romano). Por otro lado, los relacionistas, como Alessandro Levi, consideran que el derecho se fundamenta en las relaciones humanas.

El profesor Robles no se inclina por una u otras de estas posturas que eligen un solo elemento como eje central del análisis del derecho, sino que postula una teoría que combine el análisis de varios conceptos, y más concretamente destaca tres elementos básicos: la decisión, la norma y la institución¹². De esta forma, de los cinco conceptos básicos del ordenamiento jurídico, descarta como punto de partida para el análisis del derecho a la relación y a la acción, centrándose en los tres anteriores.

Pero con ello el profesor Robles no niega que pueda constituirse una Teoría del Derecho teniendo como eje central a uno de estos elementos, pues estas teorías unitarias podrían completarse unas con otras. Lo que si considera más acorde es que una Teoría del Derecho sustentada sobre la decisión, la norma y la institución sería la más completa para el análisis propuesto.

Y llega a este postulado con la siguiente reflexión. Habría que plantearse cuál es la composición básica para que exista un ordenamiento jurídico. En primer lugar, se necesita una decisión que determine quien tiene el poder, una decisión constituyente en virtud de la cual se establezca una constitución mínima para otorgar el poder de la sociedad. Por lo tanto, de la decisión constituyente se crea la norma constitucional para instituir el gobierno de la sociedad. Y será en ese momento cuando estaremos ante un nuevo

¹¹ ROBLES MORCHÓN, G. *Teoría del Derecho...*, op. cit.

¹² SÁNCHEZ HIDALGO, A., «Los derechos fundamentales en la Teoría Comunicacional del Derecho», *La Teoría comunicacional del derecho a examen*. Civitas, Cizur Menor. Navarra. 2017, pp. 81-105.

ordenamiento jurídico. De tal forma que decimos que el derecho nace cuando surge la sociedad, no podemos concebir una sociedad sin lenguaje, pues es necesario que sus miembros se comuniquen entre ellos, y lo harán a través del lenguaje. El profesor Robles concibe a la sociedad como un sistema comunicativo entre sus miembros. Así pues, aparecen tres realidades unidas: Sociedad, Lenguaje y Derecho.

El lenguaje es la forma natural de comunicarnos, y será utilizando las palabras como orientaremos las acciones. Y la TCD concibe al derecho como un medio de comunicación, encaminado a dirigir la acción humana.

La manifestación del profesor Robles de que el derecho es texto, no es, como él mismo dice, una posición ontológica fuerte, sino que más bien quiere recalcar que es una cualidad esencial del mismo. De hecho, lo que manifiesta la TCD es que el derecho es susceptible de ponerse por escrito, porque el derecho es más que texto.

Lo que se pretende con esta afirmación es establecer un punto de partida de esta teoría. Un comienzo que nos permita analizar y describir el derecho de una forma completa, y como diría el profesor Diego Medina, «en la medida de lo posible acabada»¹³. De hecho, lo importante no es la esencia del derecho, sino lo que éste sea en último término, buscando una línea de investigación que permita completar su pluridimensionalidad.

Por lo tanto, al partir de este binomio derecho-texto, el profesor Robles realiza este triple análisis: el análisis sintáctico, el semántico y el pragmático. Así, el profesor Robles concibe la Teoría del Derecho como análisis del lenguaje, y más concretamente, de los juristas. Y será la cualidad del Derecho la que nos sirva de partida para sus análisis.

Y, en primer lugar, habrá que determinar, cuándo estamos ante un texto jurídico y cuándo no. El profesor Robles hace referencia a tres tipos de textos: los constatativos, los emotivos y los regulativos. Los primeros son aquellos que describen hechos o eventos pasados, presente y futuros, mientras que los emotivos transmiten un sentimiento. Por último, los textos regulativos son los que instan a su destinatario a realizar una determinada acción. Y será dentro de este último grupo donde encontremos a los textos jurídico. Estos no describen ni expresan sentimientos, pues la fun-

¹³ MEDINA MORALES, D., «Comunicación y derecho. Transcendencia de una teoría», *La Teoría Comunicacional del Derecho a examen*. Civitas, Cizur Menor. Navarra. 2017, pp. 23-41.

ción del Derecho es regular la acción humana. De tal forma, podemos manifestar que el ordenamiento jurídico es un texto regulativo, pero también es un texto institucional y decisonal. Institucional, porque organiza la sociedad y sus diversos poderes. Y decisonal porque es el resultado de un conjunto de decisiones tomadas por las autoridades competentes de la sociedad que regula¹⁴.

2.2. LA TEORÍA FORMAL DEL DERECHO

La primera dimensión de la TCD, la que se refiere a la Teoría formal del Derecho, tiene como concepto central la norma jurídica. No obstante, no debemos confundirlo con los postulados propios del normativismo de la Teoría pura del Derecho. Su principal distinción proviene de que la TCD elabora una concepción heterogénea de las normas jurídicas¹⁵, a diferencia del posicionamiento ontológico de Kelsen que destaca el carácter descriptivista de la ciencia jurídica y que concebía a las normas jurídicas como coactivas (pertenecientes al deber ser).

Así, en la TCD, las normas jurídicas que forman parte del sistema jurídico se dividen en normas indirectas de la acción, y normas directas de la acción. Las primeras determinan las fuentes, los elementos espaciales y temporales, los sujetos y las capacidades de obrar (propias del verbo ser). Las segundas conllevan un tipo de acción, y pueden ser procedimentales (determinan el procedimiento, y son propias del verbo *tener que*), potestativas (otorgan poderes, señalando los actos y omisiones que son lícitas, propias del verbo poder) y deónticas (determinan los deberes jurídicos, propias del verbo *deber*).

A su vez, estas últimas se clasifican en normas deónticas de conducta, de decisión y de ejecución.

Para realizar este análisis de las normas jurídicas, se ha tenido en cuenta dos criterios. En primer lugar, la función de cada una de ellas en el conjunto ordenamiento / sistema (desde su perspectiva interna) y, por otro lado, la modalidad verbal a la que mejor se adaptan. En el primero de los

¹⁴ ROBLES MORCHÓN, G. *Teoría del Derecho...*, *op. cit.*

¹⁵ ALBERT MÁRQUEZ, J., «Las reglas del derecho y las reglas de los juegos. Del análisis del lenguaje de los juristas a la Teoría Comunicacional del Derecho en la obra de Gregorio Robles», *La Teoría comunicacional del derecho a examen*. Civitas, Cizur Menor. Navarra. 2017, pp. 107-132.

análisis de la norma jurídica, el funcional, la TCD utiliza una analogía entre Derecho y Juego, pues los concibe como dos órdenes normativos con una estructura interna similar¹⁶, ya que en ambos coinciden los siguientes ocho elementos: Reglamento o Fuentes normativas – Espacio – Tiempo – Sujetos – Competencias o capacidad de obrar – Procedimientos – Poderes de órganos e individuos – Deberes.

Así pues, para clasificar las normas jurídicas habrá que determinar con cuál de los ocho elementos guarda relación en cuanto a la función que debe desempeñar.

En cuanto al segundo de los criterios que se debe tener en cuenta para esa construcción hermenéutica-analítica de la norma jurídica, el de su modalidad verbal, se parte de su concepción heterogénea tal y como hemos comentado anteriormente. En este sentido, no se considera que la norma jurídica se expresa únicamente mediante el verbo *deber*, sino que las normas indirectas de la acción se expresan mediante el verbo *ser*, y las directas de la acción mediante los verbos *tener que*, *poder* y *deber*.

A partir de esta teoría de las normas jurídicas, la Teoría Comunicacional del Derecho elabora su teoría de los actos o acciones jurídicas, de la validez de las normas, de la coactividad y de las sanciones jurídicas. Y una vez determinados estos conceptos aborda los poderes, deberes, situaciones y relaciones jurídicas, así como los derechos subjetivos.

Cuestión interesante y poco estudiada en el ámbito de la Teoría del Derecho serán las relaciones entre ordenamientos jurídicos, que la Teoría Comunicacional del Derecho denomina relaciones intersistémicas, y que abordan profundamente.

Y de esta forma, a la que tan sucintamente me he referido, se cierra la primera parte de la Teoría formal del Derecho, la cual tiene como elemento central a la norma jurídica, que forma parte del sistema jurídico, porque el precepto textual propio del ordenamiento jurídico se trata de un texto potencialmente normativo¹⁷.

¹⁶ ALBERT MÁRQUÉZ, J., «Las reglas del derecho y las reglas de los juegos. Del análisis del lenguaje de los juristas a la Teoría Comunicacional del Derecho en la obra de Gregorio Robles», *La Teoría comunicacional del derecho a examen*. Civitas, Cizur Menor. Navarra. 2017, pp. 43-79.

¹⁷ ROBLES MORCHÓN, G., *Ordenamiento, sistema y ámbito jurídico. El método comunicacional y e punto de vista interno*. Reus. Madrid, 2024.

2.3. LA TEORÍA DE LA DOGMÁTICA JURÍDICA Y DEL MÉTODO JURÍDICO

Estamos ante la segunda dimensión de la TCD, el aspecto semántico.

El profesor Robles sopesaba si anteponer el estudio de la Teoría de las decisiones a la Teoría de la dogmática, comenzando de esta forma con el aspecto pragmático. Pues puede parecer obvio que hasta que no exista una decisión jurídica, no puede comenzar la labor dogmática del derecho. Primero aparece el material jurídico, y después el estudio de este. No obstante, en las sociedades actuales, para que se adopten las decisiones (tanto constituyentes, como legislativas y judiciales), se necesita un conocimiento previo de la tradición jurídica de estas. En todo caso, ambas teorías se encuentran entrelazadas, y muy cercanas.

El punto de partida de la Dogmática jurídica es la distinción entre juristas teóricos y prácticos. Considerando a los primeros como los profesionales del ejercicio del derecho (jueces, abogados, notarios). Y junto a ellos, tenemos a los juristas teóricos, que estudian el derecho, elaborando obras doctrinales, que son fundamentales para que el primero pueda desempeñar su labor profesional.

Dentro de los juristas teóricos, se pueden distinguir aquellos que sus estudios versan sobre el Derecho en general a los que denominaremos teóricos del derecho, frente a los juristas teóricos, los cuales se encargan de un aspecto concreto del mismo.

Y siguiendo esta línea, nos encontramos la distinción entre Teoría del derecho, que versa sobre el fenómeno jurídico en general, elaborando un estudio completo de todo ámbito jurídico, frente a la Dogmática jurídica, la cual se centra en un ordenamiento jurídico específico, o en una parcela de este.

Y como anteriormente me he referido, tanto de las teorías que surgen de uno y otro lado, son utilizadas por el jurista práctico para el desempeño de su labor.

Una vez llegado a este punto, se debe tener claro que la función de la Dogmática jurídica es la elaboración del sistema jurídico.

2.3.1. LA FUNCIÓN COMUNICACIONAL DE LA DOGMÁTICA JURÍDICA

El profesor Robles marca la distinción entre la dogmática y las decisiones jurídicas en el mismo nivel que la separación entre ciencia y decisión,

entendiendo, por ejemplo, que la labor de un dogmático no es la misma que la de un juez. Y aunque en ambos planos se pueden realizar funciones similares, como la interpretación y la argumentación, estas encuentran diferentes fundamentaciones desde perspectiva desde la que se enfoque.

Nos encontramos en el análisis de la semántica, que corresponde al segundo nivel de análisis de la Teoría Comunicacional del Derecho. Y teniendo en cuenta que la TCD concibe que la Dogmática jurídica considera al ordenamiento sobre el que actúa como un conjunto de textos, habrá que determinar cuáles son los textos jurídicos sobre los que esta opera para la construcción del sistema.

Estos son los que se han generado a través de las autoridades competentes mediante sus decisiones y que se les otorga fuerza normativa o, mejor dicho, son textos potencialmente normativos. Y sobre estos, la Dogmática jurídica construye el sistema, como si se tratase de un comentario de un texto literario.

Y ello conlleva que se realicen sobre los textos las siguientes labores por parte de la Dogmática. Habrá que determinar el texto, realizar su análisis sintáctico y semántico, concretar el tema, examinar la intencionalidad del autor, relacionar el texto con el conjunto de esa misma obra a la que pertenece, así como el resto de la obra del autor, se deberá también tener en cuenta la relación del autor con la literatura en general y con la de su tiempo, así como con lo que se denomina la «historia efectual» de la obra del autor¹⁸.

En cuanto a las características de la metodología de la Dogmática, estas son las siguientes. En primer lugar, se trata de una ciencia interpretativa (hermenéutica), que interpreta los textos jurídicos, para encontrar su sentido y comprenderlos. También es una disciplina que conceptualiza (analítica), de tal forma que busca los elementos más básicos del texto ordinal y estudia las relaciones que se producen entre ellos. Aquí aparecen dos tipos de conceptos, los teóricos-jurídicos y los dogmáticos-jurídicos, siendo los primeros propios de la Teoría del Derecho, mientras que los segundos serían elaborados en el seno de la Teoría de la Dogmática jurídica.

Estas funciones de interpretación y conceptualización del texto jurídico nos llevan a la ordenación del mismo, sistematizándolo. Se construye un

¹⁸ ROBLES MORCHÓN, G., *Teoría del Derecho...*, op. cit.

sistema de forma hermenéutica. Además, se trata de un sistema que no es estático, sino que se va variando conforme se transforma el ordenamiento jurídico bruto al que refleja. Y las normas jurídicas que surgen en el sistema se configuran en instituciones, que a su vez se van agrupando para formar las ramas del derecho.

Estas funciones de interpretación y construcción, nos conducen a una ciencia que no es descriptiva, pero al mismo tiempo, tiene que ser considerada como aplicativa, pues no se puede obviar la razón práctica del Derecho.

2.4. LA TEORÍA DE LAS DECISIONES JURÍDICAS

La tercera parte de la Teoría Comunicacional del Derecho es la que corresponde a la Teoría de las Decisiones Jurídicas, que en el nivel lingüístico sería el de la pragmática jurídica. La Teoría Comunicacional del Derecho concibe a la decisión jurídica como un acto comunicacional, debiendo determinar cuáles son los razonamientos en que se fundamentan. Esto será propio de la Teoría de la argumentación jurídica. Se rechaza que los fundamentos en que se base una decisión jurídica sean morales. Pues la moral es un orden normativo diferente al jurídico. Si hacemos referencia a la analogía que se ha hecho anteriormente entre Derecho y Juego, se observa cómo ambos tienen en cuenta los ocho elementos propios de su estructura. Pero la moral tan solo recoge el elemento de los deberes, sin tener en cuenta los demás. Es por ello por lo que la moral es universal, no ocurre lo mismo con el Derecho, cuya argumentación de sus decisiones jurídicas dependerá del ámbito jurídico donde será aplicado.

Será en esta tercera parte, en donde se analizará la Teoría de la Justicia. Y es que la decisión jurídica supone la elección de varias posibilidades atendiendo a diversos criterios, entre los cuales se encuentra la justicia. Al respecto la TCD distingue entre una Teoría de la justicia ambital y otra extra-ambital, centrándose en la primera de ellas, en el sentido de que se encuentra referida a un ámbito jurídico concreto.

La Filosofía moral o política será la que desarrolle la Teoría de la justicia ambital, a ser esta especulativa y alejada de la realidad.

Al investigar de esta forma la justicia propia de cada ámbito jurídico, se pretende construir un sistema de valores y principios dominantes propios, lo cual llevará también implícito proponer mejoras y plantear críticas de esta.

3. EL DERECHO PENAL ESPAÑOL. EL PRINCIPIO JURÍDICO PENAL DE PROPORCIONALIDAD

Una vez realizada estas notas introductorias sobre la Teoría Comunicacional del Derecho, y antes de adentrarnos en el principio de proporcionalidad que debe regir en el ordenamiento jurídico penal, debemos definir qué consideramos como derecho penal. El profesor Cobos del Rosal concibe al mismo como: «El conjunto de normas jurídicas positivas, reguladoras del poder punitivo del Estado que definen como delitos o estados peligrosos determinados presupuestos a los que asignan ciertas consecuencias jurídicas denominadas penas o medidas de seguridad»¹⁹.

Volviendo a la TCD, podemos considerar que es en esta rama del derecho donde abundarán las normas jurídicas directas de la acción de carácter procedimental. Y en cuanto a su estructura, puede parecer que se recoge la distinción clásica entre supuesto de hecho y consecuencia jurídica («El que matare a otro será castigado, como reo de homicidio, con la pena de prisión de diez a quince años»). No obstante, para la construcción hermenéutica de la norma jurídica penal, la cual se encuentra en el sistema jurídico, se debe tener en cuenta no solo este precepto, sino también el resto de las normas jurídicas que forman parte del ámbito jurídico al que pertenecen.

Así, por ejemplo, estas normas que tipifican determinadas conductas como delitos, deben interpretarse en relación con los conceptos jurídico-dogmáticos de dolo y culpa, o con los principios propios que rigen el ordenamiento jurídico penal, tales como el principio de legalidad, presunción de inocencia y el de proporcionalidad.

Este principio de proporcionalidad se encuentra recogido en nuestro texto constitucional en varios preceptos donde se consagra el valor de la libertad, la prohibición de la tortura, las limitaciones de la detención preventiva o de la prisión preventiva, etc.

Nuestro propio Tribunal Constitucional ha consolidado la vigencia de dicho principio en el ordenamiento jurídico penal español, configurando su alcance y límites. Establecido los requisitos que debe imperar para adoptar cualquier clase de restricción de las libertades. En primer lugar, se exige que toda medida sea adecuada al fin que se persigue. Además, tiene que ser necesaria, de acuerdo con el principio de intervención mínima que opera

¹⁹ COBO DEL ROSA, M., *Derecho Penal. Parte General*. Tirant lo blanch. Valencia, 1999.

en el derecho penal. Se justifica esta medida en la gravedad de la conducta, que tan solo se puede tutelar de esta forma. Y, por último, se requiere una proporcionalidad en sentido estricto, de tal forma que se debe ponderar la pena con el fin perseguido.

4. LA INFLUENCIA DE SANTO TOMÁS EN EL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD DEL DERECHO SANCIONADOR ESPAÑOL

El concepto de justicia desde una perspectiva religiosa y teológica no forma parte del derecho, pero hay que tener en cuenta que estas ideas que subyacen en estas obras van configurando muchas de las instituciones jurídicas actuales. Sobre todo, porque los que crean las decisiones se encuentran influenciados por estas ideas, y no pueden abstraerse de estos pensamientos a la hora de adoptar las mismas.

Un ejemplo de ello es que algunos de las nociones recogidas en la obra de Santo Tomás de Aquino son principios jurídicos que manejan hoy en día nuestros órganos jurisdiccionales. Y ello, a pesar de que la obra de Santo Tomás de Aquino se enmarca en lo que se denomina justicia extra-ambiental, pero no se puede obviar esa conexión que tenía con los problemas reales del mundo que le rodea.

Partimos de que Santo Tomás define al derecho como lo justo, entendiendo por justicia «el hábito según el cual uno, con constante y perpetua voluntad, da a cada cual su derecho», continuando que «se llama suyo de cada uno lo que se le debe según igualdad de proporción». Aparece de esta forma el principio de proporcionalidad. Y Santo Tomás de Aquino adopta la proporcionalidad como un criterio de ponderar los intereses que se encuentran en conflicto.

Hay que tener en cuenta que el principio de proporcionalidad es uno de los ejes vertebradores de nuestro sistema jurídico. Este principio resulta de imperativa aplicación, no solo en los procedimientos penales, propiamente dichos, sino también en los procedimientos administrativos de carácter sancionador y que, conforme a una reiterada y pacífica doctrina del Tribunal Supremo y Tribunal Constitucional, vienen a exigir una adecuación entre la sanción y los hechos que lo motivan.

Nuestra propia legislación establece que las Administraciones Públicas a la hora de imponer sanciones deben guardar la debida adecuación entre la gravedad del hecho constitutivo de la infracción y la sanción aplicada,

siendo que la proporcionalidad despliega sus efectos en el mismo momento de la aplicación concreta de la norma sancionadora.

Siguiendo esta línea, encontramos la legítima defensa, en el cual Aquino, tal y como hacen hoy nuestros tribunales, realizaba una ponderación entre la violencia realizada por el agresor y los actos de la víctima para rechazarla. Si existe proporción entre ambas, no existirá conducta antijurídica de la víctima, y por lo tanto no habrá reproche ni sanción penal.

Por lo tanto, el principio de proporcionalidad tal y como lo entendía Santo Tomás, ha llegado hasta nuestros días, configurándose como un principio vertebrador de nuestro sistema jurídico.

BIBLIOGRAFÍA

- ALBERT MÁRQUEZ, J., «Las reglas del derecho y las reglas de los juegos. Del análisis del lenguaje de los juristas a la Teoría Comunicacional del Derecho en la obra de Gregorio Robles», *La Teoría comunicacional del derecho a examen*. Civitas, Cizur Menor. Navarra, 2017.
- COBO DEL ROSA, M., *Derecho Penal. Parte General*. Tirant lo blanch. Valencia, 1999
- ELIAS DE TEJADA, F., *Tratado de filosofía del derecho*, tomo II, Universidad de Sevilla. Sevilla, 1974.
- FRAILE, G., *Historia de la Filosofía II (2º). Filosofía judía y musulmana. Alta escolástica: desarrollo y decadencia*. Tela Editorial. Madrid, 1975.
- MEDINA MORALES, D., «Comunicación y derecho. Transcendencia de una teoría», *La Teoría Comunicacional del Derecho a examen*. Civitas, Cizur Menor. Navarra, 2017.
- ROBLES MORCHÓN, G., *Las Reglas del Derecho y las Reglas de los Juegos*. Universidad de Palma de Mallorca, Palma, 1984.
- *Introducción a la Teoría del Derecho*. Debate. Madrid, 1988.
- *Teoría del Derecho. Fundamentos de la Teoría comunicacional del derecho*, volumen I. Thomson Reuter/Civitas, Cizur Menor (Navarra), 2015.
- *Teoría del Derecho. Fundamentos de la Teoría comunicacional del derecho*, volumen II. Thomson-Civitas. Navarra, 1ª ed., 2015.
- SÁNCHEZ HIDALGO, A., «Los derechos fundamentales en la Teoría Comunicacional del Derecho», *La Teoría comunicacional del derecho a examen*. Civitas, Cizur Menor. Navarra. 2017.

