

JOSÉ JUAN SUÁREZ CABELLO

ESBOZO DE UNA VISIÓN DEL DERECHO DESDE LA PERSPECTIVA DEL TEXTO



UNIVERSIDAD NACIONAL DE EDUCACIÓN A DISTANCIA
INSTITUTO VICE-RECTORAL DE LAS PALMAS DE GRAN CANARIA

IG
00:34
UA
sb



BIBLIOTECA UNIVERSITARIA

LAS PALMAS DE G. CANARIA

N.º Documento 221423

N.º Copia 18029

JOSÉ JUAN SUÁREZ CABELLO

ESBOZO DE UNA VISIÓN DEL DERECHO DESDE LA PERSPECTIVA DEL TEXTO

Conferencia pronunciada con motivo del
«Día del Licenciado» el 22 de diciembre de 2000

UNIVERSIDAD NACIONAL DE EDUCACIÓN A DISTANCIA
CENTRO ASOCIADO DE LAS PALMAS DE GRAN CANARIA

2001

© JOSÉ JUAN SUÁREZ COBELLO
© de esta edición: CENTRO ASOCIADO DE LA UNED
DE LAS PALMAS DE GRAN CANARIA

Director de la Colección: MAXIMIANO TRAPERO
Diseño y maquetación: CARLOS CARDOSO

Impresión: Imprenta PELAYO
c. Rafaela de Las Casas, 8
35014 Las Palmas de Gran Canaria

ISBN: 84-923422-9-3
D.L.: G.C. - 306 - 2001

Realmente me siento muy satisfecho al dirigir esta charla en el comienzo de este acto de imposición de insignias a los nuevos licenciados del curso 1999 - 2000, acto que ya ha calado como una tradición y que discurre entre el rigor propio de lo académico y el sentimiento entrañable de la acogida familiar y de los amigos.

En estas circunstancias, pues, constituye para mí un objetivo tratar de armonizar ambos contenidos, desarrollando de la forma más sencilla y clara posible el esbozo de una visión del Derecho, que puede resultar novedosa y aportar algún elemento de interés para los asistentes, y que, en todo caso, ha de ser recibida como una propuesta reciente de la Filosofía del Derecho.

El esquema de esta charla se ha formulado para presentarles a Vds. algunas claves de la teoría general de la comunicación y del texto, aplicadas al derecho, fijándonos, de forma especial, en las notas específicas que adquiere el texto jurídico frente a otros textos y en los factores que juegan una función relevante en el peculiar proceso de generación textual del ordenamiento y del sistema jurídico.

Tales factores son, entre otros, la decisión jurídica, la acción, la norma y la institución jurídica, a los que dedicaremos un espacio aparte, salvaguardando siempre su necesaria interrelación.

Con carácter previo y a los efectos que aquí y ahora nos interesan, conviene recordar que la comunicación consiste en un proceso por el que un emisor transmite a un receptor un mensaje codificado, elaborado a partir de un sistema de signos arbitrarios y convencionales.

El mensaje puede aportar comunicación objetiva o predominantemente subjetiva, cumpliéndose así una función referencial o expresiva.

Cabe hablar también de una función conativa o apelativa que se da siempre que el mensaje contenga una información que pretende influir en el ánimo del receptor, moviéndole a obrar en un determinado sentido.

Resulta fundamental tener presente que la comunicación tiene su origen, su razón de ser, en la condición social del hombre. El hombre siente, entre otras manifestaciones de su naturaleza sociable, el impulso de conectar con el prójimo y de introducirse en su mente a la par que dar a conocer la propia. Sólo por la necesidad comunicativa pudo crearse y desarrollarse a lo largo de infinitas generaciones el instrumento del lenguaje.

De otra parte, para definir el texto —en su sentido estricto— lo haremos con las palabras de Dubois (1979:600). Para este lingüista, texto es toda muestra del comportamiento lingüístico susceptible de ser analizada. Puede ser escrito o hablado. Más adelante haremos referencia al texto en sentido amplio.

Desde la teoría de la comunicación se propone entender el derecho como un fenómeno de comunicación y no sólo como un orden coactivo de la conducta humana, como un medio de control social o como un ideal de justicia.

«El Derecho se manifiesta en la vida social de los hombres prioritariamente como un sistema de comunicación que posibilita la organización de la sociedad y permite el intercambio y la regulación de acciones»(Gregorio Robles 1998:10).

El Derecho sólo es posible mediante palabras. El Derecho aparece con el hombre, como expresión de su capacidad configuradora de la vida en sociedad. Aparece en sociedad; es un fenómeno social. Pero su inmanencia consiste en palabras. Es evidente que cualquier ley, desprovista de sus palabras, queda reducida a la nada. Incluso, la costumbre, si no es incorporada por medio de las palabras, se mantendrá como un comportamiento carente de significado, puesto que lo que convierte a la costumbre en fuente de derecho, no es el comportamiento habitual de una comunidad, sino el significado de obligación de dicho comportamiento, y el significado sólo es posible mediante su adscripción a través de las palabras.

El derecho también es *texto*, porque el derecho aparece o se manifiesta como texto y porque su existencia real es idéntica a la existencia real de un texto.

Es preciso aclarar que tanto la semiótica, que es la ciencia de los signos, como la hermenéutica, que es la ciencia de la comprensión, proponen una concepción amplia del concepto de texto, según la

cual *texto* no es sólo el texto escrito, sino cualquier realidad susceptible de interpretación. (Un disco de STOP es texto jurídico).

La civilización jurídica evolucionada se manifiesta, en la complejidad de su fisionomía, con la aparición de la ley escrita. La ley escrita es el instrumento originario, y queda como instrumento primario para la implantación de esta forma de civilización.

Ciertamente, en el pasado han existido organizaciones sociales importantes, como el imperio de los Incas, que se extendió por toda la América Meridional, que no usaban la escritura y, sin embargo, eran gobernados por reglas rituales y jerárquicas bastante complejas, de las que han quedado testimonios indirectos en los escritos de los primeros colonizadores europeos.

La nueva fase de la historia humana, a la que aludíamos antes, se expresa en el conocido pasaje de la Biblia según el cual «cuando el Señor hubo acabado de hablar con Moisés en el Monte Sinaí, le dio dos tablas del testimonio, tablas de piedra escritas con el dedo de Dios» (Éxodo).

Las palabras de la ley grabadas en la piedra de forma epigráfica cobran nuevos caracteres respecto a la ley transmitida por tradición oral. Así adquieren los rasgos de la certeza, de la estabilidad, de la comunicabilidad y de la impersonalidad.

Sin embargo, la experiencia jurídica de la creación de la ley escrita, que queda simbolizada en el pasaje bíblico referido, no es todavía la de la ley como técnica, tal como nosotros la entendemos y practicamos en la actualidad.



Con el surgimiento de la especulación filosófica en la Grecia antigua se le reconoce propiamente a la ley su naturaleza antropológica, y se la considera como una creación por parte del hombre para definir al propio hombre como componente de la comunidad civil que vive en la *polis*.

El pensamiento griego reconoce y distingue en la Ley dos componentes: la fuerza, el *Kratos*, que impone la ley en su formulación literal, y el *èthos*, el espíritu de la ley, que le proporciona su justificación e indica su finalidad. La protagonista de *Antígona*, llega a contraponer las leyes no escritas, a las leyes emanadas por la autoridad de quien gobierne la ciudad, el tirano *Creonte*.

En Roma, la ley se considera de un modo totalmente pragmático y privado de carácter sobrenatural.

Tras estas breves referencias históricas nos centraremos en el comentario de las características del texto jurídico.

Según Gregorio Robles (1998:91), lo que distingue claramente al texto jurídico de todos los demás textos es que mediante ese texto jurídico se generan las instituciones jurídicas.

El Derecho es un conjunto de instituciones que expresan la organización de la sociedad. Pues, bien, la generación de dichas instituciones y su mantenimiento se produce gracias a la verbalización, esto es, a la expresión externa mediante el lenguaje propio de las reglas o normas del derecho.

Los textos literarios o históricos no crean instituciones, no crean realidades, se limitan a describir, a narrar, a contar.

No sucede así con el derecho considerado como texto. El texto jurídico *constituye a las instituciones*, y por lo tanto, el ordenamiento jurídico, que no es sino el conjunto institucional.

A diferencia de la novela y de la historia, el texto jurídico no es un texto narrativo, sino *prescriptivo*.

Mediante el texto jurídico, el grupo humano (pensemos en el Estado) se constituye y se revela a sí mismo, comunicándose con los miembros para imponerles organización y conductas.

El texto jurídico es un texto *abierto*. La apertura del texto consiste en que no se da de una vez por todas (como sucede en la novela) sino que se va generando y regenerando progresivamente. El ser textual del derecho es un ser nunca acabado, siempre en continua transformación.

Hemos dicho hace poco, que el texto jurídico es un texto *prescriptivo*. Con esto queremos decir que el texto jurídico está dotado de una función *pragmática*, en virtud de la cual se orientan y regulan las acciones humanas.

Llegados a este punto, tendríamos que señalar que el texto jurídico guarda ciertas concomitancias funcionales con el texto bíblico: entre los dos textos, existen sustanciales diferencias de tipo formal, pero también existe una función muy similar; la Biblia narra historias con una finalidad de regular conductas. Pero esta obligación emanada del texto bíblico se agota en el orden moral. El texto jurídico no narra historias, sino que emite mensajes que regulan también la conducta, pero trascendiendo el orden moral, mediante la coactividad de las normas.

También en las primeras décadas del siglo XX, la crítica marxista intenta identificar la función *poética* propia de la literatura con la función *pragmática*, al considerar la obra literaria como un arma en la lucha de clases, como un poderoso medio para dirigir la mentalidad del pueblo.

Pero el propio texto jurídico es el que *crea* aquellas acciones que pueden ser consideradas como jurídicas, y por ello el regular la acción no significa que la acción jurídica existe antes que el texto, sino que es el texto el que la constituye. Por ejemplo, la acción jurídica calificable como asesinato sólo es posible gracias a la preexistencia del texto jurídico.

Por ser prescriptivo el texto jurídico es un texto *práctico* y no *teórico* lo que hace que en el texto jurídico no encontremos definiciones, que por su naturaleza pertenecen a la función *teórica* del lenguaje (que en lingüística denominamos función *referencial*).

Por esta razón, una definición en un texto legal no es una definición, sino una prescripción que ordena, por ejemplo, cómo hay que entender una palabra en el marco de los significados del ordenamiento.

Aquí también hay que considerar que todos los elementos que aparecen en el texto jurídico adquieren un significado profundo o verdadero en el marco de la totalidad de significados que es el ordenamiento. Los elementos concretos abstractamente considerados, pueden no tener sentido prescriptivo.

Otra característica esencial del texto jurídico viene dada por el hecho de que el texto se configura a golpe de decisión jurídica. El texto jurídico —como ya dijimos— se va creando y recreando mediante de-

cisiones concretas. Cada decisión genera nuevo texto que se incorpora al ya existente, renovando día a día el ordenamiento.

En el derecho actual, las categorías jurídicas no son algo estático, sino que están sometidas a una continua reelaboración. En este punto es de destacar la labor de reconstrucción constante del ordenamiento jurídico que los Tribunales constitucionales llevan a cabo.

El texto jurídico es *monosignificativo*. El lenguaje jurídico se constituye con los valores literales y materiales de los signos lingüísticos; es decir, el texto jurídico conserva la literalidad de las palabras sin trascenderlas. Justamente lo contrario que acaece con el texto literario, que es *plurisignificativo*, porque en él, el signo lingüístico es portador de múltiples dimensiones semánticas y tiende a una multivalencia significativa, huyendo del significado unívoco.

Cuestión aparte la constituyen el problema de la anfibología, achacable, en principio, a las limitaciones del sistema lingüístico y el problema de las antinomias derivadas del propio sistema jurídico.

El texto jurídico se caracteriza también por una acentuada *estereotipación*. En él se repiten de forma acusada los esquemas de las proposiciones lingüísticas.

El lenguaje literario, en cambio, se define por la recusación intencionada de los hábitos lingüísticos y por la explotación inhabitual de las posibilidades significativas de la lengua.

Estas dos últimas características del texto jurídico que acabamos de comentar, comparándolas con las del texto literario, son consecuencias que se derivan de la función pragmática que desempeña el texto

jurídico y su contraste con las otras notas del texto literario obedecen precisamente a la distinta función que cumple la literatura: la función poética.

Y es que en el texto jurídico el lenguaje denota referentes externos, y su verdad se relaciona necesariamente con ellos, mientras que en el texto literario, el lenguaje no manifiesta tal uso referencial, y su verdad es verdad de coherencia, no de correspondencia.

La función pragmática del texto jurídico ha permanecido inalterable a lo largo de la historia. No sucede lo mismo con la función poética propia del texto literario que ha experimentado en las diversas sociedades y culturas, múltiples y dispares modulaciones. De hecho, hasta mediados del s. XVIII se atribuye a la literatura, casi sin excepción, una finalidad o *hedonista* o *pedagógico-moralista*. Pero en 1790 con la publicación de la *Critica del Juicio* de Kant, se independiza el sentimiento estético del interés de orden práctico. Y así la literatura es concebida como dominio autónomo, cuya existencia no necesita ser justificada por su vinculación a un ideal moral, religioso, social... Aparece así la doctrina del *arte por el arte* que rehúsa toda posibilidad de identificar o de aproximar siquiera la utilidad y la belleza. Y así como *el arte por el arte* concluye que es imposible vincular la literatura a objetos utilitarios o pragmáticos, también concluye que es imposible asociar los valores literarios a los valores morales.

Aguiar e Silva (1984:53) distingue dentro de este principio fundamental del *arte por el arte* dos actitudes diversas: una cae en una inmoralidad velada o patente; la otra, negando a la moral todo derecho

sobre la literatura, consigue restablecer un equilibrio de valores, al reconocer en toda obra literaria auténtica una moralidad propia y superior.

Frente a la anterior, en virtud de la función pragmática que desempeña siempre el texto jurídico, como texto ordenador y regulativo de la sociedad, toda decisión jurídica, como generadora de texto jurídico, ha de estar informada siempre por la idea de justicia, como principio ordenador y valor supremo del derecho, y como virtud fundamental y cardinal del hombre.

El texto jurídico, contrariamente a lo que le sucede al texto literario, se verá siempre vinculado al conjunto de principios y reglas morales que una determinada sociedad reconoce como legítimas y vinculantes.

En este sentido, puede decirse que el mensaje legislativo que representa la información jurídica, no sólo es un medio de expresión del poder legislativo, sino que también transmite un *modelo* jurídico de comportamiento social.

Por último, el texto jurídico es de *naturaleza dialéctica*, dado que el texto normativo transcurre entre la decisión jurídica que la ha generado y la decisión jurídica que lo aplicará. Así, el texto jurídico, en palabras de V. Frosini (1995: 59), «separa dos mundos al mismo tiempo que los reúne... de este modo, el legislador sale del cascarón de su coyuntura histórica y, a través de la norma, avanza hacia el mundo actual, que puede haberse vuelto muy distinto a aquel del que originariamente procede; mientras que al operador, esto es, al interprete de la Ley, le corresponde realizar la operación inversa, o sea,

debe adentrarse en el mundo normativo construido por el legislador».

El carácter dialéctico del texto jurídico nos lleva directamente a la cuestión apasionante de su interpretación.

De la tarea de la interpretación de cualquier texto se ocupa la hermenéutica. (La misión de Hermes, el mensajero de los dioses, era el *hermeneuein*, hacer comprensible a los humanos el oráculo divino).

El intérprete griego o el profeta de Israel, intérprete éste de la voluntad de Yahweh, son el modelo primigenio de toda la labor de interpretación que consiste en una labor de mediación entre dos mundos del espíritu alejados entre sí y reflejados en sus respectivas estructuras lingüísticas (teorías neohumboldtianas sobre las lenguas como «visiones del mundo»).

En el texto oral, la palabra es fugitiva y todo discurso oral remite a la intención subjetiva del hablante. En tales circunstancias, la significación del texto oral queda vinculada a las condiciones subjetivas y objetivas del momento mismo en que se produce. Y su interpretación se atiene a esas mismas condiciones.

Pero en el texto escrito, la interpretación debe reconocer la *distancia histórica* como un componente positivo del texto. Éste, fijado en la escritura, es ahora autónomo respecto a su autor y respecto a las condiciones del tiempo en que se produjo. La significación es ajena a toda intencionalidad inicial. Todo texto escrito se «descontextualiza», para «recontextualizarse» a través de los sucesivos actos de lectura.

Gadamer reitera esta idea en sus escritos: «La aplicación del derecho es siempre una obra creativa». Y los intérpretes del derecho no pueden olvidar que su misión es *hallar derecho* a fin de que éste cubra todos los casos posibles reales. Y este modo de entender la interpretación lo separa de la hermenéutica filológica y de la histórica.

Pero la necesidad de prestar atención a la *distancia histórica*, derivada de la naturaleza del derecho como texto escrito, lo acerca a la interpretación filológica y a la histórica. Lo que hay de común entre un texto literario y una norma jurídica es la condición de estar enunciados en un tiempo distante y de requerir una interpretación actual.

El intérprete del texto jurídico debe acometer una doble actividad de interpretación: una actividad que podríamos calificar como *textual*, dentro de la cual la interpretación jurídica se concibe como interpretación lingüística, como reelaboración semántica del lenguaje. El intérprete de la ley debe desarrollar una labor *filológico jurídica* que consiste en averiguar el sentido de las palabras recogidas en el texto jurídico.

También desde la perspectiva de la interpretación textual, ejercerá una labor de *lógica jurídica*, por cuanto que relaciona las palabras de conformidad con un principio de racionalidad o de coherencia lingüística.

Y así mismo desarrollará una labor de *interpretación jurídica*, ya que traducirá en palabras la intención originaria del agente generador del texto jurídico.

La actividad *textual* de interpretación, de base discursivo-lingüístico, se complementa con otra ac-

tividad de interpretación *contextual*, de base operativo-estructural.

Mediante esta interpretación se pretende la materialización práctica de las palabras del lenguaje jurídico dentro del contexto en el que se ubica el problema pendiente de solución.

Según Frosini (1995:84-85), la característica común de ambos procedimientos interpretativos radica en que los dos se transforman recíprocamente... «el abogado, que explica en el juicio cómo se produjo el hecho, calificado, según la acusación, como un delito que se le imputa a un cliente, realiza una interpretación jurídica de la realidad, y a la vez interpreta los textos legales, que contiene una tipificación de determinados comportamientos, gracias a la reconstrucción de aquel hecho».

La interpretación jurídica participa de un doble carácter: dialéctico y demiúrgico. Es de naturaleza dialéctica porque ha de cohonestar la actividad textual con la contextual. Y es demiúrgica, porque «el intérprete actúa como un demiurgo, y como un dios que, conforme el mito platónico, transforma la materia preexistente del caos en un cosmos ordenado respecto a las ideas» (Frosini 1995:87).

La interpretación del texto jurídico lleva a la aplicación de la norma jurídica. La interpretación del texto literario desemboca en la valoración de la calidad artística de la obra considerada.

Por su parte, los textos filosóficos no pretenden transmitir contenidos culturales históricos o filológicos, ni tampoco desempeñan una función pragmática, sino teórica. Por eso el método de su interpretación se aparta de los anteriores métodos comentados y así los textos filosóficos deben reiterada-

mente ser esclarecidos los unos por los otros. Ricoeur (1960:23) sostiene que «nosotros no explicaremos a Descartes por Descartes, si no por Kant, Hegel y Husserl».

Anteriormente hemos caracterizado el texto jurídico como prescriptivo, y así, Gregorio Robles (1998:126) llega a afirmar que «la información no es la esencia misma del fenómeno comunicacional que es el derecho, sino que es parte implicada en la función principal; que es –repetimos– la de organización prescriptiva de la sociedad».

Contrario a esta tesis se muestra V. Frosini (1995: 48), quien opina que «el primer significado que debe atribuirse al mensaje legislativo es el relativo a su función informativa, incluso, aunque la norma que contenga esté expresada en un lenguaje prescriptivo».

Referente a este punto se plantea una cuestión que parece constituir un obstáculo para el mensaje legislativo. Se trata del principio reflejado en el Art. 6.1 del Código Civil español: «la ignorancia de la ley no exime de su cumplimiento», en virtud del cual el ciudadano puede ignorar una Ley y violarla porque no ha recibido el mensaje legislativo que se le dirige. Sin embargo, hay que añadir que este principio no se ha aplicado siempre, y en todos los ordenamientos. Más aún, en nuestra época, la publicación escrita e impresa de las leyes es un instrumento de comunicación, que, sin embargo, no garantiza completamente la transmisión del mensaje legislativo. Las leyes están cambiando continuamente, y no es extraño que se superpongan, se mezclen o se contradigan entre sí.

Por todo ello, algún teórico del derecho ha re-

currido al término de *cognoscibilidad* como sustitutivo del *conocimiento* de la ley.

Una vez expuestas las principales características funcionales del texto jurídico nos centraremos en los factores intervinientes en el proceso de generación del ordenamiento, como texto jurídico global. O lo que es lo mismo, esbozaremos la interacción de los elementos que configuran al derecho como un sistema de comunicación¹.

Cada ordenamiento jurídico es un texto generado por los «actos de habla» a los que llamamos *decisiones* jurídicas.

A su vez, las *decisiones* generan texto verbalizado cuyas unidades elementales llamamos *normas jurídicas*. Ahora bien, estas normas no vienen dadas directamente por las decisiones, sino que son el resultado de una reconstrucción hermenéutica que opera sobre el ordenamiento jurídico.

Y, por último las decisiones y las normas se articulan en torno a unidades más amplias, llamadas *instituciones* jurídicas.

Así, pues, tendríamos que la realidad jurídica no es nunca una realidad natural, sino una realidad establecida convencionalmente por *decisiones* o «actos de habla», admitiendo, además, que el ordenamiento existe antes que el sistema y la decisión antes que la norma y la institución.

¹ En esta parte de nuestra exposición seguimos las ideas propuestas por Gregorio Robles en su trabajo *El Derecho como texto (Cuatro Estudios de Teoría Comunicacional de Derecho)*, publicado en Cuadernos Civitas en 1998.

LAS DECISIONES JURÍDICAS

Los «actos de habla» generadores de nuevo texto son las decisiones jurídicas .

El Derecho se genera a golpe de decisión. Sin decisión no hay norma ni institución, no hay vida jurídica. La decisión es el principio dinámico del derecho.

En las decisiones jurídicas distinguimos entre la decisión constituyente y las demás decisiones constituidas.

La decisión constituyente genera el nacimiento del nuevo orden. Las demás presuponen la existencia de éste.

La decisión constituyente crea el ordenamiento, lo da a la luz. Sin decisión constituyente no hay constitución, y sin constitución no hay ordenamiento, ni sistema.

El debate constituyente real se centrará en la forma de gobierno y en los principios de justicia que han de presidir la convivencia del nuevo orden, y que, en consecuencia, deben incorporarse a la Constitución.

Una vez generado el nuevo ordenamiento jurídico mediante la promulgación de una constitución, los poderes máximos de la nueva entidad jurídica se ponen en funcionamiento y toman nuevas decisiones, que es precisamente para lo que han sido constituidos.

El conjunto de estas decisiones constituidas generan nuevo texto jurídico en un proceso que es complejo en las sociedades modernas.

Al conjunto de decisiones constituidas productoras de normas las ha llamado la doctrina jurídica

tradicional «fuentes del derecho». A la unidad consustancial de la decisión constituyente se opone la pluralidad de las decisiones constituidas, y a la teoría jurídica corresponde plantear esta pluralidad en términos relativos que permita la generalización.

El conjunto de estas plurales decisiones constituidas: las leyes, los reglamentos, las normas de la administración, las sentencias y las normas particulares que derivan de la llamada «autonomía de la voluntad», y hasta los actos coactivos de aplicación se insertan en el mismo proceso de producción normativa, generando nuevo texto jurídico.

Ahora bien, hay que subrayar la distinta naturaleza de los «actos de habla» del poder legislativo y los «actos de habla» del poder judicial. La naturaleza de los primeros es creativa, mientras que la naturaleza de los segundos es interpretativa. Consecuentemente, los mensajes jurídicos emanados de la decisión judicial pasan a desempeñar también una función metalingüística.

ORDENAMIENTO Y SISTEMA

Ordenamiento es el texto jurídico tal como es generado por las autoridades, que son las que toman las decisiones jurídicas. Simplificando, puede decirse que es el texto que aparece publicado en el B.O.E. o en los Boletines jurisprudenciales:

Este ordenamiento, como texto bruto, es sometido a un proceso de refinamiento y elaboración, generando un nuevo texto que refleja al primero y al mismo tiempo lo completa.

Este nuevo texto jurídico *elaborado*, no se produce directamente por la acción de las autoridades, sino que es resultado del trabajo de la dogmática jurídica. —

La dogmática jurídica —o ciencia del derecho en sentido estricto— tiene como tarea la de presentar, en forma sistemáticamente construida y conceptualmente rigurosa, el texto jurídico bruto, el ordenamiento jurídico.

Así, la dogmática jurídica no es una descripción del derecho, sino que produce una reelaboración del ordenamiento, construyendo de esta forma el sistema.

Por consiguiente, el sistema jurídico es el mismo ordenamiento en su perfección.

El ordenamiento es el texto que resulta del lenguaje creativo de las autoridades, que son plurales y muchas veces sin contacto entre sí. Su lenguaje es deficiente y precisa de una reelaboración reflexiva que ponga el material diverso en un orden acabado. Esto es precisamente el sistema, la construcción del ordenamiento en lenguaje científico.

De otra parte, la consideración del derecho como sistema es la que tiene en cuenta el carácter orgánico del derecho, que lo conforma como un todo compuesto de partes funcionalmente interdependientes; esto es, como un todo ordenado, con una estructura en la que la ubicación en uno u otro lugar del texto no es fortuita, sino que obedece a una ley o estructura interna, a la que se conoce como sistema.

LAS INSTITUCIONES JURÍDICAS

La dogmática jurídica ha cumplido una tarea capital estructurando el derecho en unidades más amplias que las simples normas.

El sistema en un ordenamiento jurídico concreto es un sistema de instituciones. Estas instituciones, como conjunto de rasgos con historia, desempeñan la función de regular jurídicamente aspectos concretos de la realidad social.

Instituciones son el matrimonio, la sociedad anónima, el municipio, el contrato, como series de comportamientos o actuaciones, repetidos en el tiempo, que conforman una determinada realidad y que en un momento dado son regulados por su permanencia y tradición.

En realidad, cuando se construye un ordenamiento por medio de decisiones, se está decidiendo, en concreto y paso a paso, el conjunto de sus instituciones. Y de la misma forma que las normas no tienen sentido fuera del sistema, tampoco lo tienen desgajadas de las instituciones a que pertenecen.

En la historia de la filosofía del derecho el iusnaturalismo se presenta ante todo como una teoría de la decisión jurídica mientras que el positivismo es, antes que nada, una investigación del sentido de las instituciones jurídicas.

LA NORMA

La teoría comunicacional del Derecho concibe éste como un *texto* elaborado o *sistema* que se despliega

en unidades simples, que son las normas jurídicas.

Ahora bien, la teoría de las normas jurídicas en el siglo XX admite dos concepciones: una homogénea que se ha caracterizado por reducir la teoría del sistema jurídico a una teoría de la norma. Y así el sistema se entendía como un agregado plural de normas, todas ellas de características similares. Toda norma sería un juicio bimembre, cuyos elementos son el *supuesto fáctico* y la *sanción*, conectados a través de un nexo de *deber*.

La concepción heterogénea se abre paso con el *concepto de derecho* de Hart y la *lógica de las normas* de Ross.

Planteamos ahora la teoría de las normas atendiendo a su heterogeneidad, tanto funcional, como lingüística, teniendo presente que el marco de referencia de las normas es siempre el sistema, de tal manera, que la teoría de las normas jurídicas sólo es posible partiendo del todo que constituye el *sistema*, el cual a su vez es, como queda dicho, una reconstrucción hermenéutica del *Ordenamiento*.

Esto último es especialmente importante, por cuanto es una consecuencia lógica de entender también el derecho como texto, como una unidad compleja de sentido, cuyos componentes sólo son indagables en su conexión recíproca dentro del sistema.

Antes mencionamos la heterogeneidad funcional y lingüística de las normas jurídicas.

La diferenciación funcional de las normas se refiere, obviamente, a la distinta función que éstas cumplen dentro del sistema. No se trata de una función social, de carácter extrínseco y que queda para

la sociología del derecho, sino de la función inmanente al sistema mismo.

La diferenciación lingüística se fija en la composición textual de la proposición normativa, especialmente en el verbo que la caracteriza.

Con estos elementos, la teoría comunicacional propone, como clasificación funcional más simple de las normas jurídicas, distinguiendo entre normas *indirectas* y normas *directas* de la acción.

Normas indirectas son las normas que no contemplan directamente la acción, sino que se limitan a establecer elementos del sistema previos a la regulación directa de las acciones.

Crean los elementos espaciales y temporales del sistema así como los sujetos y las capacidades o competencias de éstos.

Se expresan mediante el verbo *ser*, que en la norma tiene carácter *prescriptivo*, y no *descriptivo* o *predicativo* como en los textos no jurídicos.

Normas directas de la acción son aquellas normas que «contemplan», en su expresión genuina, una determinada acción. Así, la norma que exige al deudor pagar una deuda, la norma que prohíbe el asesinato, la norma que establece el procedimiento de un acto administrativo.

Por su parte, las normas directas de la acción se diferencian, también funcional y lingüísticamente, en tres tipos:

- a) Normas procedimentales, que se expresan mediante la perífrasis verbal *tener que* y que son aquellas que establecen los procedimientos en que consisten las acciones. Expresan una ne-

cesidad convencional, no una necesidad natural o lógica. Las normas procedimentales establecen todo tipo de acciones relevantes en el sistema, tanto las lícitas como las ilícitas. La norma procedimental no prohíbe las acciones, ni las autoriza, simplemente dice en qué consisten.

Tal norma procedimental es la que establece qué tiene que hacer un sujeto para cometer homicidio, la que señala al juez los pasos que ha de seguir para que su sentencia sea válida. Ahora bien, el procedimiento es, sencillamente, la acción misma, no la acción debida, permitida, prohibida o autorizada.

- b) Normas potestativas, susceptibles de ser expresadas mediante el verbo *poder*. Este poder indica no la *posibilidad* de llevar a cabo una acción, sino el *estar autorizado* el sujeto para poder realizarla.

La norma potestativa determina las acciones lícitas que un sujeto puede realizar. Expresan un *poder* no equivalente al *poder* de las normas que señalan las capacidades y las competencias.

- c) Por último, las normas *deónticas* que son aquellas que establecen los *deberes*. Son normas directas de la acción que cumplen la función de plantear exigencias al sujeto y que son expresables mediante el verbo *deber*. Puede decirse que este género de normas es el que ha recibido más atención tradicionalmente en

la filosofía jurídica y también en la dogmática. La explicación puede encontrarse en que el pensamiento jurídico, al menos en lo que se refiere a la teoría de las normas, se ha desarrollado a partir de la filosofía moral, en cuyo seno el deber ocupa prácticamente todo el espacio de las categorías prácticas.

A su vez, dentro de este tipo de normas hay que distinguir tres subtipos: las normas de conducta propiamente dichas, las normas de decisión y las normas de ejecución.

LA ACCIÓN EN EL DERECHO

Desde la perspectiva del texto, Gregorio Robles distingue tres tipos de acciones: la acción *generadora* de texto jurídico, la acción *contemplada* en el texto jurídico y la acción *constituida* por el texto jurídico.

En la acción generadora de texto se contendría la decisión jurídica, considerada como acción o como acto volitivo: el acto volitivo de legislar y el acto volitivo de juzgar.

En lo referente a la norma contemplada, se presume que la acción preexiste a la norma y esta se limitaría a regular la acción preexistente.

Pero las normas del derecho no sólo regulan acciones sino que, simultáneamente las constituyen: sin norma, el asesinato no existe, aunque sí exista la acción física de matar.

La solución de esa aparente paradoja está en que la acción no es simplemente, un movimiento físico o psíquico o físico-psíquico; no es un acontecer

meramente fáctico, sino un significado, un *sentido*.

Y la acción es el sentido que tiene un determinado movimiento físico-psíquico.

Ahora bien, un mismo movimiento puede tener varios significados, que dependerán del *contexto situacional* dentro del cual se inserta la acción, y en último término, del discurso comunicacional al que pertenezca.

Así pues, tenemos que la acción se transforma en un elemento textual más del texto global o bien es una realidad que, aunque no forme parte del texto real, adquiere su sentido a partir de este texto.

Gregorio Robles propone el derecho consuetudinario como ejemplo paradigmático de la acción que forma parte del texto jurídico.

El derecho consuetudinario tiene un origen fáctico, que es la costumbre como repetición de actos en una misma dirección apoyada por el sentimiento colectivo de su obligatoriedad.

La repetición de actos genera la regularidad de la acción, que es incorporada al texto jurídico como *regla*, esto es, como elemento verbalizado. La costumbre, de ser una mera acción, se transforma de esta manera en texto jurídico, mediante un proceso de incorporación al texto jurídico total, al ordenamiento.

Yendo más allá puede decirse que la acción repetida implica ya un significado de *norma* y que, por lo tanto, la incorporación al texto jurídico supone simplemente la transformación de una norma *social* en una norma *jurídica*.

La acción fáctica es también un significado, por lo que su transformación en jurídica supone el tránsito de un sentido a otro sentido.

El núcleo de la norma social será el mismo que el de la norma jurídica, pero la fuerza pragmática es diferente.

En el caso de la acción *contemplada* pero que no ha de transformarse en texto jurídico, no se produce su incorporación sino que la acción es simplemente *leída desde* el texto jurídico para calificarla.

Lo que la acción *contemplada* sea en cada caso es el resultado de un proceso de lectura o de interpretación de la acción desde el texto jurídico. Esta operación es denominada subsunción en la terminología jurídica, pues su esencia consiste precisamente en subsumir o encajar una acción concreta en la acción contemplada en el texto.

Sin embargo, hay que observar que para llevar a cabo esa operación es imprescindible que la acción concreta sea tratada también como un texto, es decir, como un conjunto de movimientos dotado de significado; y como todo texto, ha de ser susceptible de interpretación y de comprensión.

Veamos el siguiente ejemplo propuesto por el propio Gregorio Robles.

Matar es una acción consistente en un conjunto de movimientos psíquico-físicos que producen la muerte de otra persona. El sentido *natural* de la acción de matar se reduce a eso. Para poder calificar ese sentido *natural* es preciso pasar del sentido natural a un sentido jurídico, que sólo puede obtenerse por medio de una operación de lectura de la acción matar desde el texto jurídico total.

La acción natural de matar será entonces la ejecución de una sentencia, un asesinato, un homicidio...

En todo texto se puede estudiar la estructura del lenguaje (análisis lógico-lingüístico) o bien se estudia su contenido de significado (análisis semántico), o bien, por último, se puede estudiar el aspecto dinámico de creación (análisis pragmático).

Como todo texto, el derecho posee una estructura, una forma específica (primer nivel), asimismo tiene un conjunto de significados muy complejo (segundo nivel) y, por último, al igual que todo texto, es creado mediante actos de habla, las decisiones jurídicas (tercer nivel).

Pues bien, la teoría del derecho se ocupa de estos tres niveles para reflexionar sobre ellos. Y así se justifican la *teoría formal del derecho*, la *teoría de la dogmática jurídica* y la *teoría de la decisión jurídica*, que abarcan los tres niveles de análisis del derecho como texto.

Pero la exposición de su dinámica puede constituir muy bien el objeto de otra charla.

CONCLUYENDO

La teoría comunicacional del derecho contempla el derecho como un sistema de mensajes, que siempre tiene como referente determinadas facetas de la actividad humana, tanto en su proyección individual, como en su proyección colectiva.

Un ordenamiento jurídico se compone de normas e instituciones que regulan las relaciones sociales. Y las leyes son sus técnicas de ejecución, que

mediante el uso de símbolos verbales controlan, tutelan o reprimen conductas y comportamientos.

Para que la ley cumpla su función de conducir la vida social, no basta con que sea formulada, sino que es necesario que sea conocida por sus destinatarios a quienes se les encarga la tarea de cumplirla y, hacerla cumplir, lo que evidentemente impone su generación verbalizada.

El derecho es un conjunto de mensajes prescriptivos y no descriptivos. El derecho no trata de informar, sino de ordenar. Según sean las palabras de la ley se debe, o no, actuar, dar o recibir, mandar u obedecer.

El mensaje legislativo, una vez que se ha formado y ha quedado fijado en la letra de la ley, pasa por varias fases para recorrer el trayecto de su transmisión y de su adaptación en la sociedad: su génesis en la voluntad política, su formulación lingüística en términos normativos, la comunicación informativa de su publicación y la interpretación por parte de los órganos dotados de competencia jurídica (judicial, administrativa, tributaria y contable) y su aplicación ejecutiva al caso concreto.

Finalmente, la teoría del derecho como *sistema de comunicación*, como *mensaje*, nos llevaría a considerar la teoría del *derecho como literatura*, en cuyo ámbito destacan los trabajos de Wite, Thomas, Dimock y Posner. Muy recientemente ha sido publicado el libro *La poética de la ley en las Capitulaciones de Santa Fe*, en el que su autor, Raúl Marrero-Fente, explora la dimensión retórica de la escritura legal como un medio de profundizar en las conexiones entre el derecho y la literatura.

Agradezco a la Dirección del Centro su invitación para dirigir esta charla y agradezco a todos su asistencia y atención, a la vez que espero que esta exposición sea considerada más por lo que haya podido sugerir que por lo que yo, como recién llegado al mundo del derecho, he podido decir.

BIBLIOGRAFIA CITADA

Aguiar e Silva, Víctor Manuel (1984), *Teoría de la Literatura*, Madrid.

Dubois, Jean (1979), *Diccionario de Lingüística*, Madrid.

Frosini, Victorio (1995), *La Letra y el Espíritu de la Ley*, Barcelona.

Maceiras Fabián, M. y Trebolle Barrera, J. (1990) *La Hermenéutica Contemporánea*, Madrid.

Osuna Fernández-Largo, Antonio (1992), *La Hermenéutica Jurídica de Hans-Georg Gadamer*, Valladolid.

Robles, Gregorio (1998), *El Derecho como Texto (Cuatro Estudios de Teoría Comunicacional del Derecho)*, Madrid.



LECCIONES INAUGURALES
«DÍA DEL LICENCIADO»

TÍTULOS PUBLICADOS

1999-00. MARÍA EUGENIA MÁRQUEZ: Análisis social de un sistema de educación diferente

2000-01. JOSÉ JUAN SUÁREZ CABELLO: Esbozo de una visión del derecho desde la perspectiva del texto

ULPGC.Biblioteca Universitaria



718029

BIG 800:34 SUA esb

