





**COMUNICACIÓN, LENGUAJE Y DERECHO**

**ALGUNAS IDEAS BÁSICAS**

**DE LA TEORÍA COMUNICACIONAL DEL DERECHO**



REAL ACADEMIA DE CIENCIAS MORALES Y POLÍTICAS



# COMUNICACIÓN, LENGUAJE Y DERECHO

## ALGUNAS IDEAS BÁSICAS DE LA TEORÍA COMUNICACIONAL DEL DERECHO

DISCURSO DE RECEPCIÓN DEL ACADÉMICO DE NÚMERO

**EXCMO. SR. D. GREGORIO ROBLES MORCHÓN**

SESIÓN DEL DÍA 3 DE NOVIEMBRE DE 2009

MADRID

REAL ACADEMIA DE CIENCIAS MORALES Y POLÍTICAS



El artículo 42 de los Estatutos de esta Real Academia dispone que, en las obras que la misma autorice o publique, cada autor será responsable de sus asertos y opiniones. La Academia lo será únicamente de que las obras resulten merecedoras de la luz pública.

© Real Academia de Ciencias Morales y Políticas  
Plaza de la Villa, 2  
28005 Madrid

Coordinador de la publicación: Fernando González Olivares

Diseño y realización: Bravo Lofish  
Impresión: Artes Gráficas Iarriccio

ISBN: 978-84-7296-325-2

Depósito legal: M- -2009

## ÍNDICE

I. INTRODUCCIÓN	13
[Agradecimientos. Luis Legaz Lacambra. José Ortega y Gasset. El enfoque: la teoría comunicacional del derecho]	
II. LA TESIS NOMINALISTA	16
[El concepto de derecho: la búsqueda de su definición. Kant. Federico de Castro. “Derecho” es un nomen. La palabra “derecho” designa el conjunto de los ámbitos jurídicos]	
III. ÁMBITO JURÍDICO Y ORDENAMIENTO JURÍDICO	19
[La tesis estatalista: Austin, Hegel. La tesis sociologista: Ehrlich; e institucionalista: Romano. Postura pragmatista: el análisis del lenguaje de los juristas. Relación entre ordenamiento jurídico y ámbito jurídico desde la perspectiva comunicacional. Las decisiones normativas como procesos de comunicación generadores de texto. Ordenamiento y sistema]	
IV. LA NATURALEZA COMUNICACIONAL DEL DERECHO	26
[Crítica de la concepción positivista del carácter prioritario de la coactividad. No todas las normas jurídicas son coactivas. La función primordial del derecho es la comunicación social, tanto en la vida normal como en el conflicto. Convivencia, lenguaje y derecho]	
V. EL LENGUAJE DE LOS JURISTAS	30
[Lenguaje jurídico y lenguaje de los juristas. Oralidad y escritura. La inmediatez lingüística de los fenómenos jurídicos. La tesis lingüística no es una tesis ontológica ni tiene carácter excluyente. El lenguaje jurídico pertenece al lenguaje ordinario y al mismo tiempo es el lenguaje de una clase profesional: los juristas. Noción amplia de “juristas”: prácticos y teóricos. Su relación con los textos jurídicos: creación y uso de los textos. La ciencia jurídica]	
VI. EL DERECHO COMO TEXTO	36
[La dualidad ordenamiento jurídico/sistema jurídico y el papel de la ciencia del derecho. Relación de dicha dualidad con el ámbito jurídico. Texto: sus diver-	

sas acepciones. Obra humana. Texto escrito. La escritura en el derecho moderno. Lenguaje oral (discurso) y escrito. La costumbre como texto]

**VII. TIPOS DE TEXTOS** 41

[Criterios de clasificación: la diversa función pragmática de los textos. Prioridad de la pregunta. Intención del autor versus objetividad del texto: función pragmática inmanente al texto. Textos interrogativos, constatativos (descriptivos), emotivos y regulativos (directivos). Directivos: ejemplos. Textos de las ciencias naturales. Textos de historia. La novela y el cuento. Textos emotivos]

**VIII. TEXTOS DIRECTIVOS  
Y SITUACIÓN COMUNICACIONAL** 46

[Las directivas: su función pragmática inmanente es dirigir u orientar la acción humana. Su función informativa. La belleza de algunos textos legales. El carácter retórico de otros. El sentimiento jurídico. Directivas y normas: los conjuntos normativos. Estructura de las directivas: emisor, receptor y mensaje. Acto comunicacional y canal comunicativo. Acto de habla, acto escrito y sistema de signos. Declaración y voluntad del emisor. Error. Equivocidad y vaguedad del soporte lingüístico: la lengua en que se expresa el mensaje. Multiplicidad de lenguas oficiales para el mismo texto. La recepción del mensaje. El “malentendido”. El diálogo interpretativo. Los actos fallidos. La interpretación del mensaje como acto de hacerlo propio. Situación comunicacional: su función interpretativa. Todas las directivas presuponen una situación genérica típica: breve análisis en el consejo, el ruego, la orden y la promesa]

**IX. EL LENGUAJE DE LAS NORMAS  
Y LOS CONJUNTOS NORMATIVOS** 57

[No existen normas aisladas: las normas, jurídicas o de cualquier otro género, forman parte de conjuntos normativos. Los diversos tipos de conjuntos normativos: derecho, moral, usos sociales, juegos. Los órdenes normativos y el ordenamiento jurídico. Ámbitos prácticos y ámbitos óntico-prácticos]

**X. EL LENGUAJE DE LAS NORMAS JURÍDICAS INDIRECTAS  
DE LA ACCIÓN** 60

[Las normas jurídicas en la teoría comunicacional del derecho. Heterogeneidad lingüística de las normas jurídicas y de las reglas de los juegos. Las normas ónticas (verbo ser directivo), procedimentales (verbo tener que) y deónticas (verbo deber). Las normas jurídicas son el resultado de una construcción hermenéutica: conexión de esta idea con la dualidad básica ordenamiento/sistema. La teoría comunicacional del derecho propone un modelo de tipos de normas. Criterios: su relación (directa o indirecta) con la acción; y la expresión lingüística de su significado profundo (verbo característico). El verbo ser en su acepción directiva. Las normas ónticas determinan: espacio, tiempo, sujetos, competencias. Ambivalencia semántica del verbo poder]



- XI. EL LENGUAJE DE LAS NORMAS JURÍDICAS INDIRECTAS DE LA ACCIÓN, EN CONCRETO LAS NORMAS QUE ESTABLECEN LAS “FUENTES DEL DERECHO”** 71  
[La construcción de la norma jurídica a partir de las dos versiones del Título preliminar del Código civil español. Interpretación de las disposiciones y literalidad: “co-texto” y “contexto”. Crítica al neoconstitucionalismo entendido como una nueva “teoría del derecho”]
- XII. EL LENGUAJE DE LAS NORMAS JURÍDICAS DIRECTAS DE LA ACCIÓN: LAS NORMAS DE PROCEDIMIENTO** 77  
[Tipos de normas jurídicas directas de la acción. Las normas procedimentales. Una norma procedimental establece en qué consiste una acción relevante en el ámbito. Concepto de relevancia: equivale a juridicidad. Una acción es un procedimiento. Cada tipo de acción lo establece el ordenamiento mediante una norma de procedimiento. La norma de procedimiento establece la acción en su dimensión dinámica. Verbo característico de la norma de procedimiento. tener que. Necesidad práctica. Tipos de necesidad: causal, lógica y convencional. Naturaleza, lógica y convención. El fundamento de las convenciones. Las razones en el derecho: la justicia]
- XIII. LA FUNCIÓN SUBSUNTIVA DE LAS NORMAS PROCEDIMENTALES** 82  
[La norma de procedimiento crea un tipo de acción, genérica. Los requisitos de la acción-tipo. Relación de la norma procedimental con las otras normas jurídicas. Significado profundo del verbo tener que. Carácter central del concepto de acción. Y, por tanto, de las normas de procedimiento. Incumplimiento de la norma procedimental: inexistencia del acto; nulidad. La función aplicativa de la norma de procedimiento: la subsunción. La calificación jurídica de un acto]
- XIV. EL LENGUAJE DE LAS NORMAS JURÍDICAS DIRECTAS DE LA ACCIÓN: LAS NORMAS POTESTATIVAS** 86  
[La norma potestativa tiene la función de autorizar o permitir acciones. Competencias y derechos subjetivos. Potestades. La norma de clausura y el espacio jurídico vacío. Lo jurídicamente indiferente. Ordenamiento/sistema y normas jurídicas implícitas. Actos jurídicamente “permitidos”]
- XV. EL LENGUAJE DE LAS NORMAS JURÍDICAS DIRECTAS DE LA ACCIÓN: LAS NORMAS DEÓNTICAS Y LOS USOS DEL TÉRMINO “DEBER”** 90  
[Las normas deónticas son expresables mediante el verbo deber. El término “deber” en el uso del lenguaje ordinario. “Deber de”: hipótesis, sospecha, probabilidad. “Deberse” impersonal, como causa o motivo. “Deberse a” personal, como compromiso. “Debería” implica ausencia de algo y su simultáneo anhe-

lo. “Deber” como imposición de deberes, es propio de las normas deónticas. Órdenes normativos: derecho, moral, usos sociales, normas religiosas, juegos. El “deber” como verbo y como sustantivo. El concepto de deber en la teología cristiana. Deber, culpa, infracción, pena, responsabilidad. La “desteologización” propia del iusnaturalismo moderno. La ética y la concepción moral del deber: el derecho como parte de la moral. El positivismo y la “deseticización” del pensamiento jurídico. La ciencia del derecho y los conceptos meramente jurídicos. La ruptura epistemológica no se ha visto acompañada de una ruptura terminológica. La diferenciación entre ser (sein) y deber (sollen). El normativismo y su concepción homogénea de las normas jurídicas. Los conceptos jurídicos y los conceptos morales]

**XVI. LA TEORÍA COMUNICACIONAL DEL DERECHO  
COMO TEORÍA HERMENÉUTICO-ANALÍTICA Y SU  
CONCEPCIÓN HETEROGÉNEA DE LAS NORMAS  
JURÍDICAS. EL DEBER JURÍDICO**

98

[La diversidad expresiva del lenguaje jurídico y el “descriptivismo” positivista: su contradicción. El modelo heterogéneo como “propuesta”. La tesis constructivista de la teoría comunicacional del derecho. Necesidad de la teoría del derecho (o filosofía jurídica). Crítica al positivismo y al neokantismo. El “deber” no es el rasgo característico de toda norma jurídica. Concepto de juridicidad como pertenencia a un conjunto (sistema) jurídico determinado. El punto de partida de la teoría comunicacional es el conjunto. El deber jurídico. Lo moral y lo legal. El deber moral y el deber jurídico: sus diferentes contextos, su pertenencia a textos distintos]

**XVII. ACCIÓN Y DEBER: NORMA PROCEDIMENTAL  
Y NORMA DEÓNTICA**

104

[La diferente función de la norma deóntica y de la norma de procedimiento. La tipificación legislativa. La palabra “procedimiento” en el uso del lenguaje ordinario. El concepto de procedimiento sirve para toda acción, sea lícita o ilícita. La norma deóntica precisa de una norma de procedimiento, pero no a la inversa. Diferencia entre la norma de procedimiento y la norma deóntica desde la perspectiva de su incumplimiento. La infracción de la norma deóntica]

**XVIII. ENCADENAMIENTO DE LOS DEBERES JURÍDICOS:  
DEBERES DE CONDUCTA Y DEBERES DE DECISIÓN**

108

[Norma deóntica de conducta, norma deóntica de decisión y norma deóntica de ejecución, como proposiciones lingüísticas de deber condicionadas. También las normas morales son condicionadas. La condición es la situación contemplada por la norma. Carácter situacional de los deberes. Los deberes jurídicos y la situación de alteridad. Función de la norma deóntica de decisión: los deberes de decisión. Deberes jurídicos sin sanción. El principio de prioridad pragmática de los textos: su aplicación al derecho. El derecho “sua-ve”. Las “normas de fin”]

- XIX. LOS DEBERES JURÍDICOS DE LOS JUECES** 117  
 [Recapitulación de lo expuesto. Los deberes de los jueces. Deber de valorar las pruebas para llegar a una convicción respecto de los hechos. Deber de imponer la sanción prevista por la ley. Deber de actuar de acuerdo a las normas procesales. La construcción hermenéutica de los hechos: la calificación jurídica. El “ir y venir de la mirada” (Engisch) en la calificación y en la aplicación del derecho. De nuevo sobre la subsunción. La norma deóntica de ejecución]
- XX. LA FUNCIÓN COMUNICACIONAL DE LOS JURISTAS TEÓRICOS: LOS DIVERSOS NOMBRES DE SU ACTIVIDAD** 121  
 [Jurisprudencia y razón práctica. Carácter prudencial del conocimiento jurídico. Doctrina jurídica. Dogmática jurídica: su relación con la dogmática teológica como ciencias hermenéuticas. Ciencia del derecho]
- XXI. DOGMÁTICA JURÍDICA Y TEORÍA DE TEXTOS** 125  
 [Dogmática jurídica y dogmática teológica: su relación con los textos. Texto global y textos parciales. Totalidad textual. La Biblia es un texto concluso. Un ordenamiento jurídico es un texto abierto. El cambio de los procesos comunicativos dentro de un ámbito jurídico. La dinamicidad productiva de textos jurídicos en el derecho moderno. El sistema teológico es un texto abierto. El texto ordinamental: multiplicidad (pluralidad de ordenamientos) y variabilidad (historicidad). No hay una dogmática jurídica universal: es una ciencia “idiográfica”. Los conceptos jurídicos. El derecho comparado. Experiencia jurídica y cambio social]
- XXII. LA RELACIÓN COMUNICACIONAL ENTRE ORDENAMIENTO Y SISTEMA** 133  
 [El “legislador” y su texto: el ordenamiento. El sistema. Las disciplinas jurídicas. Los modelos ideales en las diversas ciencias. La idea de sistema como ficción científica: su función pragmática. Doctrina de los autores y jurisprudencia de los tribunales. La evolución paralela y dialéctica de la relación ordenamiento/sistema. Funciones de la dogmática jurídica: construye interpretando, critica y hace propuestas. Las relaciones intertextuales entre ordenamiento y sistema. Mediación comunicativa]
- XXIII. LA DOGMÁTICA JURÍDICA, CIENCIA HERMENÉUTICA Y PRÁCTICA, COMO INSTANCIA DE MEDIACIÓN COMUNICACIONAL** 140  
 [Dogmática jurídica y teología: interpretación, construcción, aplicación. Interpretación y comunicación. Acto comunicativo y acto interpretativo. El fenómeno de la incomunicación. La interpretación como traducción: el traductor se mueve en un círculo hermenéutico. La conversación como fenómeno de

“traducción”. El componente creativo. Requisitos del éxito de la comunicación. El negocio jurídico como fenómeno comunicativo. Aplicación del concepto por Bierling. Los fenómenos comunicativos en el derecho: su omnipresencia. Ejemplo: la ley y el testamento como fenómenos de comunicación. La dogmática jurídica como instancia de mediación comunicacional entre emisor y destinatario en los procesos de comunicación]

**XXIV. LOS INSTRUMENTOS COMUNICACIONALES  
DE LA DOGMÁTICA JURÍDICA Y SU APERTURA  
A LA SOCIOLOGÍA**

148

[La dogmática jurídica como “traducción creadora”. La apertura de la dogmática a otras ciencias como la sociología, la psicología o la criminología. La cuestión de la comunicación de la dogmática con otras ciencias. El método de “la observación de la realidad”. La polémica intereses o valores contra conceptos: su carácter artificial. Relatividad de los conceptos jurídicos que usa la dogmática. La teoría del derecho y los conceptos jurídicos universales: el derecho posible. La relación entre teoría del derecho y dogmática jurídica. La lección de Jhering. La tensión entre el método jurídico y el método sociológico. La sociología comprensiva de Max Weber. La dogmática y la sociología como ciencias hermenéuticas. La acción como texto: concepción hermenéutico-analítica de la acción. La sociología como disciplina auxiliar de la dogmática en su tarea interpretativa y constructiva del sistema. El punto de unión: la concepción comunicacional (textual) de la acción]

**XXV. LA CONCEPCIÓN HERMENÉUTICO-ANALÍTICA  
DE LA ACCIÓN**

157

[Causalismo y teleologismo: descriptivismo y teoría finalista de la acción. El significado jurídico de la acción: necesidad de interpretación desde la perspectiva de los textos jurídicos. La omisión. La concepción hermenéutico-analítica de la acción. Ésta es el sentido (significado) de un conjunto de movimientos. Significados particulares, significados sociales y ámbitos de comunicación. Las operaciones que realiza un observador de una acción son similares a las que lleva a cabo el lector de un texto escrito. La acción es el resultado de un proceso interpretativo. Crítica a Ricoeur, para quien “la acción tiene un significado”. El lenguaje de los signos externos en un ámbito comunicacional. Los códigos lingüísticos son códigos sociales de comunicación, entre ellos el derecho. Actos sociales y actos jurídicos]

**DISCURSO DE CONTESTACIÓN**

167

I

Señor Presidente,  
Señores Académicos,  
Señoras y Señores,

La fortuna y, sobre todo, la generosidad de Ustedes han hecho posible que se me abran las puertas de la venerable Institución que es la Real Academia de Ciencias Morales y Políticas. En esta mi hora inicial no quisiera aburrirles hablándoles de la humildad con la que vengo habida cuenta los escasos méritos que poseo, de cuya levedad soy bien consciente. Sí deseo, en cambio, transmitirles mi entusiasmo y mi agradecimiento.

Siendo muy joven, en esa edad en la que cada cual no tiene más remedio que tomar decisiones que habrán de ser definitivas para su propia vida, consideré que debía acertar al encontrar un camino que, siendo una profesión, me permitiera cumplir mi verdadera vocación. Pues las profesiones constituyen cauces estereotipados que la sociedad ha creado para hacer posible su propio funcionamiento, mientras que la vocación es algo radicalmente personal, la llamada desde lo más profundo del individuo a dedicar su vida incondicionalmente a algo para lo cual experimenta un tirón inexorable. Las profesiones son roles sociales, la vocación es una fuerza interior rayana en el instinto y en la intuición.

Desde muy temprano tuve claro que mi vocación eran las ciencias sociales y su apertura a la filosofía. Ciertamente, había elegido la licenciatura de Derecho por razones prácticas, pero a medida que iban pasando los cursos, pletóricos de experiencias y de lecturas de muy distinto género, fui descubriendo cuál habría de ser el mar que habría de surcar el resto de mi vida. Puedo decir ahora que desde la edad de veinte años he dirigido incondicionalmente mi esfuerzo a la tarea

propuesta y que, tras cuarenta años dedicados a ella sin desmayo ni desánimo, la recepción en esta Academia constituye para mí no sólo un honor, eso es algo evidente, sino una cosa mucho más importante: el reconocimiento de que no me he equivocado, o por lo menos de que no me equivocó del todo. Por esta razón, señores Académicos, quizás no se hagan Ustedes una idea de lo agradecido que yo les pueda estar. España es un país muy duro para los que se dedican a escribir literatura, lo dijo Larra. Y mucho más duro aún, podemos añadir, para los que nos dedicamos a escribir sobre las materias propias de esta Academia: la filosofía, la sociología, la antropología, la economía, la ciencia política, la psicología y el derecho. En el fondo siempre he creído que no me había equivocado, pero uno es humano y necesita que alguien se lo diga. Ustedes, con su elección, al abrirme las puertas de la Academia, me lo han dicho. De ahí mi agradecimiento, a todos Ustedes, y de modo especial a los Académicos que tuvieron la deferencia de presentarme: Don Jesús González Pérez, Don Dalmacio Negro Pavón y Don Julio Iglesias de Ussel.

Al tocarme en suerte una Medalla de nueva creación, la número 42, no tengo antecesor del que glosar su obra. Séame entonces permitido recordar brevemente a dos Académicos que fueron mis maestros, uno de ellos inmediato y de carne y hueso, y el otro indirecto pero no por ello menos permanente en mis estudios. Me refiero a Don Luis Legaz y Lacambra y a Don José Ortega y Gasset.

Don Luis Legaz y Lacambra tomó posesión como Académico de Número el 24 de Mayo de 1964, llevando su Discurso el título de “Socialización”<sup>1</sup>. Había nacido en Zaragoza en 1906 y fallecería en Madrid el 4 de Mayo de 1980. Fue mi profesor de filosofía del derecho y el director de mi tesis doctoral sobre la filosofía social, política y jurídica de Ortega y Gasset. Autor de una obra ingente en el campo de la filosofía jurídica, en la que destaca su excelente tratado<sup>2</sup>, supo orientarme hacia algunos de los autores que han sido mi guía desde entonces. Junto al citado Ortega y Gasset en sus clases tuve ocasión, primero como alumno y después como ayudante, de oír una y otra vez sus inteligentes comentarios sobre Tomás de Aquino y Francisco Suárez, sobre Mi-

---

<sup>1</sup>Recogido en Luis Legaz y Lacambra, *Socialización, Administración, Desarrollo*, Instituto de Estudios Políticos, Madrid 1971, pp. 1-82.

<sup>2</sup>Luis Legaz y Lacambra, *Filosofía del Derecho*, quinta edición revisada y aumentada, Bosch, Barcelona 1979.

guel Unamuno y Xabier Zubiri, sobre Hans Kelsen, Max Weber y Karl Mannheim. A él le debo también la sugerencia de realizar estudios en Alemania, donde pronto descubriría a Ludwig Wittgenstein y a Hans-Georg Gadamer.

Aunque no tuve la suerte de conocer a Ortega, desde adolescente fui un lector asiduo de sus obras. Muy pronto me fascinarían *La rebelión de las masas* así como *El hombre y la gente*, dos obras extraordinarias que por sí solas hacen de su autor un clásico del pensamiento social. El paso de Ortega por esta Academia va acompañado de un cierto halo de misterio, si así está permitido hablar respecto de los asuntos académicos, de por sí tan prosaicos y poco misteriosos. Electo tempranamente en 1914 (recuérdese que había nacido en 1883, por lo que en el 14 tenía tan sólo 31 años) se declara vacante su plaza por haber transcurrido el tiempo fijado en los Estatutos sin que presentara el Discurso de Recepción. Se le elige por segunda vez cuatro años después, en 1918, presenta su Discurso de Recepción, pero en esta ocasión no toma posesión en el tiempo señalado por los Estatutos. Su Discurso se ha publicado recientemente en la nueva edición de sus *Obras Completas*<sup>3</sup>. Ocupa 34 densas páginas en torno a un asunto sobre el que Ortega volvería una y otra vez, y que hoy sigue ocupando la atención de todos nosotros: me refiero al problema de los valores y a su conocimiento, al que entonces nuestro máximo pensador contemporáneo llamó Estimativa.

Siguiendo la estela del filósofo del raciovitalismo podemos afirmar, sin temor a equivocarnos, que el derecho aparece en la vida, y en concreto en la vida social. Luis Recaséns Siches decía que el derecho es “vida humana objetivada”<sup>4</sup> y Legaz Lacambra, que es “forma de vida social”<sup>5</sup>. Hay que preguntarse entonces: ¿Cómo es posible esa objetivación de la vida humana, de qué manera aparece la vida social como “forma”?

Mi respuesta, que voy a desarrollar a continuación, es ésta: el derecho es un fenómeno de comunicación en la convivencia de los seres humanos y cuya natural expresión es el lenguaje. Éste es el asunto

---

<sup>3</sup>José Ortega y Gasset, *Obras Completas*, Tomo VII (1902-1925), Obra Póstuma, Revista de Occidente/Taurus, Madrid, pp. 705-738.

<sup>4</sup>Luis Recaséns Siches, *Tratado general de Filosofía del Derecho*, 3ª edición, Editorial Porrúa, México 1965, p. 108 y ss.

<sup>5</sup>Luis Legaz y Lacambra, *op.cit.*, p. 267 y ss.

sobre el que voy a centrar mi disertación, al cual le he puesto por título “Comunicación, lenguaje y derecho”.

Me propongo desarrollarlo desde la perspectiva de lo que he denominado teoría comunicacional del derecho. Como concepción global del derecho que es, dicha teoría ha de dar respuesta a las cuestiones que, desde el ángulo teórico, ocupan y preocupan a los juristas. En escritos anteriores he abordado aspectos relativos a los fundamentos de la teoría comunicacional, tales como: su justificación en el presente, tras la crisis del positivismo y la apertura de la filosofía jurídica hacia las posiciones denominadas pospositivistas, sus coordenadas epistemológicas, en las que se intenta combinar analítica y hermética, y su relación con la teoría de textos. Asimismo, he cubierto parte del programa de la teoría comunicacional del derecho en sus aspectos más sustantivos: decisiones jurídicas, normas jurídicas, la acción en el derecho, validez y coactividad<sup>6</sup>. En esta ocasión me propongo destacar algunas de las ideas más importantes de la citada concepción subrayando matices o aspectos que pudieron haber quedado en la sombra en las exposiciones mencionadas.

## II

El problema y la obsesión de la filosofía jurídica ha sido durante siglos llegar a acuñar una definición del concepto de derecho que fuese definitiva. Esto le hizo exclamar a Kant: “*Noch suchen die Juristen eine Definition zu ihren Begriff vom Recht*”<sup>7</sup> (“Todavía buscan los juristas una definición para su concepto del derecho”), en frase que, en su laconismo, no deja de tener un acento irónico algo hiriente para los juristas y los iusfilósofos. A pesar de los múltiples intentos en ese sentido lo cierto es que cuando Kant escribió esa frase en su obra más célebre, no se había llegado ni siquiera a un mínimo acuerdo. Quien leyera la citada sentencia en la obra del filósofo de Königsberg (hoy Kaliningrado) se quedaría después asombrado al comprobar que

---

<sup>6</sup>Para estos aspectos de la teoría comunicacional del derecho véanse las obras del autor, especialmente *Teoría del derecho. Fundamentos de teoría comunicacional del derecho*, vol. I, 2ª edición, Thomson-Civitas, Madrid 2006, y *El derecho como texto. Cuatro estudios de teoría comunicacional del derecho*, 2ª edición, Thomson-Civitas, Madrid 2006.

<sup>7</sup>Kant, *Kritik der reinen Vernunft, Obras Completas*, vol. IV ed. por W. Weischedel, Suhrkamp, Frankfurt am Main 1968, p. 625, en nota a pie de página.



el mismo que poco antes había manifestado su desdén intentaba por su parte acometer la misma empresa<sup>8</sup>.

Dos siglos bien cumplidos han transcurrido desde que murió el insigne idealista, famoso por su vida ordenada de acuerdo al reloj, y su escéptica sentencia sigue resonando en nuestros oídos con la misma naturalidad con que fue dicha. Con la misma naturalidad y la misma verdad que entonces, ciertamente. Con palabras no menos llamativas, los que fuimos alumnos de la Facultad de Derecho de la entonces denominada Universidad de Madrid pudimos oír de labios del egregio jurista Federico de Castro y Bravo aquella frase, famosa entre los estudiantes de derecho civil, de que “sobre el concepto de derecho se han escrito ríos de tinta”<sup>9</sup>; a pesar de lo cual el citado profesor no desatendió la tarea de aumentar el caudal de los mencionados ríos aventurando una definición más (en esto, pues, al igual que Kant).

Una y otra vez, destacados juristas y pensadores, como Sísifos irredentos, han llevado la piedra del concepto hasta la cima de las definiciones, y una y otra vez la han vuelto a ver rodar por su propio peso hasta sumergirse en el valle pantanoso de la confusión.

Hay realidades que por su complejidad, por sus caracteres, o por ambas cosas, no pueden ser definidas, si se entiende por definición lo que la lógica entiende por tal, y no se trata de proporcionar tan sólo meras nociones introductorias o aproximadas. Esto es precisamente lo que los juristas han hecho siempre que se han propuesto definir el concepto de derecho; han proporcionado nociones útiles, que son parcialmente verdaderas pero en modo alguno auténticas definiciones<sup>10</sup>. Es lo

---

<sup>8</sup> Kant, *Die Metaphysik der Sitten*, O. C. cit. vol. VIII, p. 337: “Das Recht ist also der Inbegriff der Bedingungen, unter denen die Willkür des einen mit der Willkür der andern nach einem allgemeinen Gesetze der Freiheit zusammen vereinigt werden kann”. (“El derecho es por tanto el conjunto de condiciones bajo las cuales se pueden asociar conjuntamente el arbitrio de uno con el arbitrio de los demás, según una ley general de libertad”).

<sup>9</sup> Federico de Castro y Bravo, *Compendio de derecho civil*, Instituto de Estudios Políticos, Madrid 1968, p. 13. La cita completa es como sigue: “La pregunta ¿qué es el derecho? se dice que ha hecho correr ríos de tinta y que, a pesar de ello, todavía se espera la respuesta que satisfaga a todos.”

<sup>10</sup> En la dificultad e incluso imposibilidad de encontrar una definición que satisfaga a todos, el derecho se parece al juego. Véase a este respecto mi libro *Las Reglas del Derecho y las Reglas de los Juegos*, Universidad de Palma de Mallorca, Palma 1984. ¿Qué tienen en común un juego solitario de cartas con el fútbol? ¿Qué une al acto jugar con el bolígrafo dándole vueltas en nuestra mano, una y otra vez, con el juego de la lotería? Los juegos son muy diferentes entre sí aunque tienen un común aire de familia, como decía Wittgenstein. Lo mismo puede decirse de los ordenamientos jurídicos: ¿qué tienen en común el derecho de una comunidad tribal primitiva y el derecho de nuestras sociedades, salvo cierto parecido de familia?

que sucede inexorablemente con las grandes palabras. De la misma manera que mostramos una incapacidad crónica para definir qué sea el derecho, así nos sucede con otras cosas no menos importantes: en vano buscaremos una definición satisfactoria del mundo, de la cultura, del arte, de la vida, del ser humano.

Con el derecho lo mejor que podemos hacer es “señalarlo”, “mostrarlo”, es decir, indicar dónde se encuentra. A medida que vayamos señalando los “lugares” en que se encuentra el derecho iremos descubriendo sus elementos, que forman una especie de puzzle tanto más complejo cuanto más avanzado sea el nivel de civilización. Uno de los problemas con los que tiene que vérselas la teoría del derecho es que su objeto de referencia es plural y multiforme y que, por tanto, la palabra “derecho” ha de poderse aplicar lo mismo al ordenamiento jurídico de las actuales naciones que están a la cabeza de la civilización que al ordenamiento jurídico de las sociedades más primitivas cuyo estudio corresponde a la antropología.

La teoría del derecho puede muy bien renunciar a una definición auténtica del concepto de derecho. Es más, parece que no le queda otro remedio. Dentro del positivismo jurídico más próximo a la filosofía analítica se ha dado ese paso sin aspavientos. Ese es el significado de la conocida obra de Herbert L. Hart, que lleva por título *El concepto de derecho*<sup>11</sup>. Uno podrá esperar al abrir sus páginas que el autor suministre una definición clara y distinta. En vano, sin embargo, buscará semejante definición. En su lugar se encontrará ante un estimulante “recorrido” por los elementos estructurales de cualquier ordenamiento jurídico.

Vistas así las cosas, podemos decir que “derecho” es sencillamente una palabra, un nombre, para designar o mostrar un conjunto variopinto de fenómenos que tienen lugar invariablemente en todas las sociedades, tanto en las del pasado como en las del presente, y es de suponer que también en las del futuro. El *nomen* “derecho” remite, para decirlo de una manera abreviada que enseguida ampliaremos y matizaremos, a la diversidad plural de ordenamientos jurídicos que han existido en la realidad humana, existen y existirán.

Esta postura puede parecer inhibicionista y nominalista. Este último “reproche”, si así se le llama, podría ser aceptable, pero no el pri-

---

<sup>11</sup> Herbert L.A. Hart, *The Concept of Law*, Clarendon Press, Oxford 1961. La segunda edición (1994) añade un “Apéndice” en el que responde a sus críticos.

mero, pues aquella se decanta por un compromiso metódico sumamente nítido. Por otro lado, no es incompatible con cualquier posición ontológica que quiera mantenerse, cuestión ésta que puede dejarse para una filosofía del derecho, esto es, para aquella reflexión que no se contenta con respuestas parciales sino que necesita de las contestaciones radicales, en el sentido de que vayan a la raíz de las cosas que se investigan. Para nuestro propósito basta decir que una definición de un concepto universal de derecho se nos presenta como una tarea inalcanzable y que, con un propósito modesto de clarificación, nos limitamos a señalar el hecho indudable de que con el término “derecho” se designan la multitud de ordenamientos jurídicos posibles. O para ser más exactos, como se ha apuntado antes, la pluralidad de ámbitos jurídicos. Esto nos lleva directamente a la necesidad de esclarecer qué se quiere decir con la expresión ámbito jurídico.

### III

Podemos designar como *ámbito jurídico* al conjunto de procesos comunicativos que tienen como referencia directa a un ordenamiento jurídico determinado. Esto nos lleva a plantearnos dos cuestiones: Primera, ¿qué es un ordenamiento jurídico? Segunda, ¿en qué sentido se relaciona el ámbito con el ordenamiento?

Al primer problema hemos dedicado nuestra atención en un libro reciente<sup>12</sup>, por lo cual aquí sólo expondremos los puntos esenciales, para de esa manera poder centrarnos en el segundo problema.

Los autores están de acuerdo por lo general en la idea de que un ordenamiento jurídico es un conjunto de normas e instituciones de determinadas características que están vigentes en una sociedad. Las discrepancias se manifiestan sobre todo, aunque no sólo, a la hora de precisar esta última noción, la de sociedad, y sus relaciones con el derecho. Puede decirse que hay dos posturas extremas, entre las cuales se encuentra la nuestra, no por razones de eclecticismo cómodo sino por los motivos que se aducirán.

Una de las posturas extremas es la que vincula el concepto de ordenamiento jurídico al concepto de Estado, de modo que los hacen

---

<sup>12</sup> *Pluralismo jurídico y relaciones intersistémicas. Ensayo de teoría comunicacional del derecho*, Thomson-Civitas, Madrid 2007.

ser términos que se implican recíprocamente. Para esta posición decir derecho es lo mismo que decir derecho del Estado, no habiendo otro ordenamiento jurídico en el mundo que el estatal. Tal es la tesis que mantiene el jurista británico John Austin, así como, aunque por razones muy diversas, el filósofo alemán Hegel. Austin niega incluso el carácter jurídico del derecho internacional al concebirlo como un conjunto de normas de cortesía (*comity*) similares a las leyes del honor que rigen las relaciones entre los gentilhombres<sup>13</sup>. Georg Wilhelm Friedrich Hegel, por su parte, no niega al derecho internacional su naturaleza jurídica pero lo concibe como mero derecho estatal externo (*äusseres Staatsrecht*), manifestando así que pertenece al ordenamiento jurídico del Estado<sup>14</sup>. En los dos autores, en definitiva, se encuentra similar tesis del carácter estatal del derecho y la consecuencia de que el ordenamiento jurídico internacional no tiene autonomía propia, pues en Austin es moral y en Hegel es mera derivación de la voluntad del Estado sin obligatoriedad en el caso de que falte esta última.

La postura contraria, en el extremo opuesto a la teoría estatalista, es la defendida por juristas sociologistas (como Eugen Ehrlich) o próximos al sociologismo (como Santi Romano). Para el primero, todo grupo social, por reducido que sea, está presidido por un conjunto de normas sociales que determinan la posición de los miembros del grupo dentro del mismo así como sus respectivas conductas. Esas normas sociales son también jurídicas cuando el grupo exige con rigor su cumplimiento, rigor que se manifiesta sobre todo en la reacción fuerte contra los infractores de las normas. Ehrlich clasifica los diversos tipos de normas sociales a tenor de la reacción emotiva que experimentan los miembros del grupo ante la infracción, siendo en su opinión normas jurídicas aquellas cuya violación suscitan una conmoción más fuerte (teoría psico-sociológica de las sanciones). Pero como esto sucede en la multitud variopinta de grupos sociales que existen hay que convenir, según Ehrlich, que existe una enorme pluralidad de ordenamientos jurídicos. Habría tantos ordenamientos como grupos sociales

---

<sup>13</sup> John Austin, *Lectures on Jurisprudence or the Philosophy of positive law*, fifth edition, revised and edited by Robert Campbell, vol. I, London (John Murray), 1885. Reimpresión: Verlag Detlev Auvermann KG, Glashütten im Taunus, 1972, p. 183.

<sup>14</sup> G.W.F. Hegel, *Grundlinien der Philosophie des Rechts*, Berlin 1821, ahora en Hegel, *Werke* 7, Suhrkamp Taschenbuch, Frankfurt am Main 1970, p. 405.

del más diverso género<sup>15</sup>. En esta misma línea se sitúa Romano, el cual señala además que entre esos grupos con propio ordenamiento jurídico estarían asimismo las organizaciones consideradas delictivas por el Estado, tales como la mafia. Pues, así es su argumento, si bien es verdad que para el Estado dichas organizaciones son delictivas, no es menos cierto que poseen sus propias normas en virtud de las cuales se delimitan internamente la situación y los derechos y deberes de sus miembros<sup>16</sup>.

Desde la perspectiva que hemos defendido (la teoría comunicacional del derecho) el asunto del que tratamos no puede tener otra solución que una que esté presidida por un espíritu pragmático, proveniente del análisis del lenguaje de los juristas. Si hemos de llamar derecho a unas u otras realidades es algo que puede depender exclusivamente de una convención lingüística, que normalmente estará asentada en argumentos poderosos. La pregunta puede formularse de la siguiente manera: ¿llama la generalidad de los juristas “ordenamiento jurídico” tan sólo al derecho del Estado, como hacen Austin y Hegel?, unida a esta otra: ¿designan los juristas como “ordenamiento jurídico” al orden interno que existe en todos los grupos sociales, como pretenden Ehrlich y Romano? Parece evidente que no sucede ni lo uno ni lo otro, y que las posiciones mencionadas responden más bien a elucubraciones de una minoría muy exigua cuyos fundamentos son difícilmente compartibles. El uso que los juristas hacen, en la inmensa mayoría de los casos, de la expresión “ordenamiento jurídico” ni se reduce exclusivamente a los derechos estatales ni se amplía hasta cubrir todos los grupos sociales. Los juristas reservan dicha expresión para realidades sociales organizadas muy concretas: los Estados, la sociedad internacional, las organizaciones internacionales como la Unión Europea,

---

<sup>15</sup>Eugen Ehrlich, *Grundlegung der Soziologie des Rechts*, 1913, 3ª edición, Duncker & Humblot, Berlin 1967. Véanse también del mismo autor, *Recht und Leben. Gesammelte Schriften zur Rechtsstatsachenforschung und zur Freirechtslehre*, ausgewählt und eingeleitet von Manfred Rehbinder, Duncker & Humblot, Berlin 1967; *Gesetz und lebendes Recht. Vermischte kleinere Schriften*, herausgegeben von Manfred Rehbinder, Duncker & Humblot, Berlin 1986. Una exposición general del pensamiento de E. Ehrlich puede verse en mi *Ley y derecho vivo. Método jurídico y sociología del derecho en Eugen Ehrlich*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid 2002.

<sup>16</sup>Santi Romano, *El ordenamiento jurídico*, traducción de Sebastián Martín-Retortillo y Lorenzo Martín-Retortillo, estudio preliminar de Sebastián Martín-Retortillo, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1963.

o las comunidades religiosas como la Iglesia Católica. Tan es de este modo que el mismo Romano, después de sentar ese concepto amplísimo de ordenamiento jurídico, de hecho en su obra sólo se refiere en concreto, cuando hace análisis más pormenorizados, a los ordenamientos estatales, al ordenamiento internacional y al de la Iglesia Católica.

Una vez aclarada la cuestión, desde la perspectiva propia de la teoría comunicacional del derecho, de cuándo nos encontramos ante un ordenamiento jurídico, veamos ahora de qué modo se relaciona un ordenamiento jurídico con un ámbito jurídico.

De entrada se puede afirmar que un ordenamiento jurídico está formado por un conjunto de textos: La constitución, los tratados internacionales, las leyes, los reglamentos, las sentencias de los jueces, los actos administrativos, los negocios jurídicos, etc., en suma, lo que suele llamarse “fuentes del derecho” (entendida esta expresión en un sentido muy amplio), no es sino un conjunto de textos escritos que, junto al texto susceptible de ser puesto por escrito que es la costumbre, conforman un texto global que es el ordenamiento.

En torno al ordenamiento jurídico de que se trate (por ejemplo, el derecho español vigente) se genera un conjunto de procesos de comunicación entre los sujetos, procesos que tienen diversa naturaleza y que afectan a la vida jurídica de distinta forma. Si preguntamos espontáneamente al hombre de la calle, no conocedor profesional del derecho, qué sea éste, cómo lo localiza, seguramente responderá, en el supuesto de que hallamos acertado al encontrar una persona despierta, algo como esto: “El derecho tiene que ver con muchas cosas, con los jueces y la policía, con las cárceles y las sanciones, con los procesos y los abogados, con la administración, con el pago del alquiler de mi piso, con el parlamento y los políticos, con los partidos y los sindicatos, con mi trabajo y con los despidos, con mis vacaciones y los hoteles, e incluso, fíjese usted hasta donde llega de lejos, tiene que ver también con la Unión Europea, la ONU, y la OTAN, y claro, con muchas cosas más, podría hacerle una lista muy larga...”

Todos estos aspectos que esta persona inteligente, aunque no experta en derecho, nos ha ido diciendo guiada por su intuición son los que componen en su conjunto un ámbito jurídico. Éste es algo diferente al ordenamiento, pero tiene su sentido y explicación en relación con él. El ordenamiento es el centro, el punto de referencia constante, alrededor del cual giran todos los elementos que componen el ámbito.

¿Qué podemos decir que caracterice lo mejor posible al ámbito jurídico? Creo que se nos entenderá con facilidad si decimos que un ámbito jurídico es el conjunto de procesos de comunicación que tienen lugar en relación con, o en referencia a, un ordenamiento jurídico determinado.

Todo ordenamiento jurídico implica un ámbito, su propio ámbito. A cada ordenamiento le corresponde un ámbito, y cada ámbito lo es de un ordenamiento. Cuanto más complejo es un ordenamiento tanto más complejo será su ámbito. La complejidad depende del tipo de sociedad. Un ordenamiento de una sociedad primitiva es bastante simple tanto en sus normas e instituciones como en su funcionamiento; a un ordenamiento sencillo le corresponde un ámbito de escasa complejidad. A medida que las sociedades han ido evolucionando se han hecho más complejas y lo mismo ha sucedido con los ordenamientos jurídicos vigentes en ellas. Un ordenamiento complejo es el punto de referencia central de un ámbito jurídico complejo.

El derecho actual posee un gran nivel de complejidad, y es de suponer que en el futuro ira alcanzando mayores niveles. Ello implica que asimismo el nivel de complejidad de los ámbitos jurídicos sea notable. Nos esforzaremos ahora un poco para concretar algo más las realidades comunicacionales que abriga en su seno el concepto de ámbito jurídico.

Hemos dicho que un ordenamiento jurídico es un conjunto de textos que conforman un texto global. Esos textos que lo componen se generan a golpe de decisión. Por ser textos normativos (o regulativos) esas decisiones son asimismo decisiones normativas. Cada una de ellas implica un proceso comunicacional.

La decisión primera es la decisión constituyente la cual es el resultado de un proceso de comunicación que llamamos proceso constituyente que se concreta al final en un texto, que es la constitución. Siendo ésta el resultado de un proceso comunicacional, es, a su vez, la base o punto de partida de múltiples procesos comunicacionales, pues la constitución es marco y es norma, sin que estas dos palabras se excluyan recíprocamente sino más bien al contrario, se implican. La constitución va dirigida a todas las personas y órganos que componen el Estado, es el documento básico de éste ya que en él se establecen los elementos imprescindibles para que un ordenamiento jurídico entre en funcionamiento, además de otros, que son prescindibles, pero sí muy importantes desde el punto de vista de la convi-

vencia. Los elementos imprescindibles de toda constitución, esto es, aquellos sin los cuales no puede hablarse de esta última, son los que determinan la forma de gobierno del Estado, o sea, la organización de los poderes supremos. A estos elementos de naturaleza orgánica suelen añadirse, aunque ya no resulten imprescindibles, los procedimientos para que los poderes supremos actúen y puedan tomar sus decisiones. La determinación de la forma de gobierno constituye el contenido mínimo de toda constitución, o dicho de otra forma, el contenido de la constitución mínima. Las constituciones modernas incorporadas en documentos añaden asimismo aspectos prescindibles (desde la perspectiva de la constitución mínima), como son los derechos fundamentales de las personas y los principios básicos de actuación política en las diversas facetas de la vida estatal. Son introducidos al máximo nivel de la jerarquía normativa porque el poder constituyente les quiere dar la máxima relevancia posible, con independencia de que su desarrollo se tenga que hacer por medio de las leyes. Pues bien, la constitución es un texto que, siendo regulativo, conforma el marco normativo y la norma básica de todo el resto del ordenamiento. En ella se contienen mensajes directivos que habrán de completarse en un segundo momento por las leyes, las cuales continúan de este modo el proceso comunicacional empezado por el poder constituyente.

El esquema de comunicación que ha acompañado a la constitución se repite ahora, con otros caracteres, en relación con las leyes. Si a la constitución le precede un gran debate pre-constitucional, y se concreta en el texto-documento que es la constitución por medio de la decisión constituyente, ahora, con la ley, sucede algo parecido: el poder legislativo debate sobre un proyecto de ley, y como resultado del debate se concreta en un texto cuyos artículos son aprobados por el parlamento. También la ley está formada por un conjunto de mensajes que habrán de concretarse en relación con los casos. La única diferencia con la constitución es que en ésta el poder constituyente tiene las manos (jurídicamente) libres, mientras que el legislativo se ha de mover dentro del marco que le ha trazado la constitución.

En el debate constituyente y en el debate legislativo pueden intervenir múltiples agentes individuales y colectivos. De hecho suele suceder así. Respecto de las constituciones el fenómeno de la intervención general en el debate constituyente suele ser amplia y profunda. Aunque esos debates, incluido el que tiene lugar en el seno del



poder constituyente o en su comisión delegada, no pertenezcan al ordenamiento jurídico que va a generarse (precisamente porque aún no existe tal ordenamiento), no cabe duda de que están inmersos en el acto de creación del derecho, en concreto, de la norma básica de un ordenamiento. En él intervienen, como agentes colectivos, partidos políticos, sindicatos, organizaciones empresariales, universidades, grupos de interés o *lobbies* del más diverso género, organizaciones religiosas, asociaciones de diverso signo; y como agentes individuales, políticos en activo y retirados de la política activa, economistas, juristas, sociólogos, literatos, representantes de movimientos sociales, artistas y, sobre todo, periodistas. Todas estas contribuciones al gran debate colectivo que implica un período constituyente forman parte del ámbito jurídico del ordenamiento que va a ver la luz precisamente a partir de que se apruebe la constitución. En un sentido estricto no son derecho, no son parte directa del ordenamiento jurídico, pero sí forman la “atmósfera”, el “medio cultural”, en definitiva, el “medio comunicativo” en el cual se están concretando las ideas que a la postre, de un modo u otro, serán plasmadas en el texto constitucional.

Algo similar sucede con las leyes, aunque de ordinario con menos intensidad y extensión. Hay leyes que por su materia generan escasa atención social, y otras que por el contrario son objeto de interés y discusión tanto dentro como fuera de la institución legisladora. Con este matiz, puede afirmarse que los procesos legislativos conllevan fenómenos comunicacionales relevantes que asimismo forman parte de los que hemos llamado el ámbito jurídico. No son ordenamiento jurídico propiamente dicho pero sí están en el marco de su formación efectiva.

Aquí, con objeto de simplificar un poco la exposición, prescindiremos de ciertas formas de creación de texto ordinamental, como es el caso de los tratados y de las decisiones normativas de las administraciones públicas. Pero no podemos pasar por alto el momento más importante de concreción del derecho por medio de las sentencias de los jueces.

La jurisprudencia de los tribunales se manifiesta, al igual que la constitución y las leyes, por medio de textos, aunque esta vez referidos a resolver los casos concretos. Las sentencias cierran el ciclo productivo del texto ordinamental. Son una manifestación más del carácter comunicacional del derecho y, al mismo tiempo, conllevan un conjunto de procesos comunicativos tales como los que tienen lugar dentro del

proceso entre las partes y sus representantes con la mediación del juez, así como los que se producen fuera del proceso pero en relación con él.

En el derecho actual el eje alrededor del cual giran la mayoría de los procesos de comunicación que se dan dentro de un ámbito jurídico está constituido por la dualidad ordenamiento/sistema.

El ordenamiento jurídico es el texto global bruto, es decir, tal como sale en las prensas oficiales. La constitución, los tratados internacionales, las leyes de las diversas clases, los reglamentos y demás normas de las administraciones públicas, los convenios colectivos, las condiciones generales de contratación, la jurisprudencia de los tribunales, y demás “fuentes del derecho”, son otras tantas decisiones jurídicas que generan textos cuyo conjunto compone el ordenamiento.

El sistema jurídico es el texto global elaborado. Refleja el ordenamiento de referencia pero al mismo tiempo lo completa y lo aclara mediante el método científico-jurídico o dogmático. Si en los procesos de comunicación del ordenamiento intervienen los operadores jurídicos de la más diversa especie, el sistema es obra de los juristas científicos o dogmáticos. La tarea de éstos consiste en presentar de manera sistemática, conceptualmente depurada y lo más completa posible la materia jurídica ordinamental. Ésta, por su propia índole, precisa para su cabal comprensión de un tratamiento interpretativo y sistematizador que permita presentar el ordenamiento en su forma más acabada y perfeccionada. Entre el ordenamiento y el sistema se produce un complejo de procesos comunicativos muy intensos, tanto más intensos cuanto más desarrollada se encuentre la dogmática en el país del que se trate y cuanto mayor sea el nivel de formación intelectual de los juristas prácticos.

#### IV

A tenor de lo expuesto, puede decirse que la realidad en la que el derecho vive y se expresa es la propia de los fenómenos comunicativos. Bien es cierto que la comunicación, como fenómeno social que es, excede los límites de los ámbitos jurídicos, y que en este sentido no todo lo que es comunicación es derecho. Ahora bien, la afirmación inversa sí es correcta: Todo lo que es derecho, es comunicación.

El positivismo jurídico, tanto el propio del siglo XIX como el del siglo XX, ha subrayado la idea del carácter coactivo del derecho<sup>17</sup>. Para esta mentalidad el derecho es antes que nada un conjunto de normas coactivas, o sea, de normas que prevén sanciones. Al derecho se le contempla como fuerza, coacción organizada e institucionalizada. El rasgo de la fuerza, de la coacción, de la sanción, viene situado en el primer plano. Esta concepción, propia de los juristas positivistas, ha sido reforzada por las ideas dominantes en la sociología. Los sociólogos, por lo general, han investigado las diversas clases de normas sociales atendiendo al carácter más o menos enérgico de las sanciones, y vinculando a este análisis el propio de las normas jurídicas. Por supuesto no vamos a negar que haya normas jurídicas que establecen sanciones, sería absurdo decir esto. También sería absurdo no considerar que la coactividad constituye un carácter de los ordenamientos jurídicos, ya que no se conocen ordenamientos que no prevean sanciones, y por mucha imaginación que se posea tampoco son pensables en el futuro. Pero todo esto no significa necesariamente ni que todas las normas jurídicas sean coactivas ni tampoco que la coactividad sea el rasgo más destacado del derecho.

No todas las normas jurídicas son coactivas. Es más, puede afirmarse sin temor a errar que una buena parte de las normas que componen los ordenamientos jurídicos modernos carecen de esa cualidad. Basta echar una ojeada a las normas que contienen los documentos constitucionales, a las normas de mero carácter procedimental que se encuentran en todo género de textos jurídicos, a las normas que se refieren a los sujetos, a las competencias, al espacio, al tiempo... Todos esos tipos de normas no expresan sanciones y sin embargo son tan jurídicas como las que sí lo hacen, en razón de su pertenencia al conjunto que es el ordenamiento jurídico. Normas jurídicas coactivas o sancionatorias son tan sólo aquellas normas del tipo de las deónticas

---

<sup>17</sup> Empleamos aquí la expresión de “positivismo jurídico” en su sentido más amplio. Comprende tanto el llamado positivismo legalista, como el normativista y el sociologista. Todos ellos son variantes, más o menos sofisticadas, del propósito de aplicar las tesis generales del positivismo filosófico (o científico) al campo del derecho. Su rasgo característico es que equiparan el derecho con el fenómeno social del derecho vigente. Éste es concebido como ley, como norma o como hecho. Y en cualquiera de estas manifestaciones por lo general el aspecto sancionador ocupa el lugar más relevante. Mientras el iusnaturalismo vincula al derecho con la idea de justicia, el positivismo lo conecta con la idea de presión y de control social, en definitiva, con las sanciones.

(esto es, de las normas que establecen deberes) que de hecho prevén una sanción.

Precisamente porque en el ordenamiento jurídico no todas las normas son sancionatorias, sino que buena parte de ellas tienen otras funciones muy diferentes a la de imponer castigos, es lícito cuestionarse hasta qué punto es la coactividad el carácter definitorio del derecho, y no una nota subordinada. Hay que preguntarse: ¿para qué sirven en primer término a los hombres los ordenamientos jurídicos? Creemos que una respuesta convincente puede ser ésta: los ordenamientos jurídicos sirven a los humanos sobre todo para entenderse entre sí en los asuntos de la convivencia social. En cada ámbito jurídico vienen establecidos unos cauces comunicacionales que permiten el entendimiento, esto es, la toma de decisiones que afectan a la colectividad así como la toma de decisiones que afectan a personas concretas. Cada ámbito jurídico conlleva en su seno un conjunto de procesos formalizados de comunicación que hacen posible que las acciones del más diverso género sean comprensibles, adquieran un sentido, dentro del ámbito.

En nuestra vida diaria usamos continuamente las normas jurídicas para realizar múltiples acciones: adquirimos los pasajes de avión, alquilamos un apartamento en la playa, nos matriculamos en un curso de chino, reclamamos la deuda que se nos debe, o pagamos la que debemos, acudimos al notario para conseguir una escritura, vamos al registro civil a inscribir un nacimiento... Éstas y millones de acciones más son posibles porque el derecho las ha previsto para que nosotros, personas particulares, podamos convivir de un modo racional. Algo parecido sucede en el campo de las relaciones entre los órganos del Estado y sus elementos componentes: el gobierno debate con la oposición, la ley se vota en el parlamento, el tribunal constitucional declara inconstitucional una ley, todo esto y muchas otras relaciones similares se producen sin que la coacción aparezca, al menos en un primer plano. La convivencia sólo es posible gracias al lenguaje, y el derecho es un lenguaje formalizado e institucionalizado. Por eso Aristóteles dice al comienzo de su *Política*: "La razón por la cual el hombre es, más que la abeja o cualquier animal gregario, un animal social es evidente: la naturaleza, como solemos decir, no hace nada en vano, y el hombre es el único animal que tiene palabra. (...) la palabra es para manifestar lo conveniente y lo dañoso, lo justo y lo injusto, y es exclusivo del hombre, frente a los demás animales, el tener, él sólo, el sentido del bien y del mal, de lo justo y de lo injusto, etc., y la comunidad de estas cosas es lo que constituye la casa

y la ciudad”<sup>18</sup>, o sea, el Estado. La palabra va ligada al juicio, a la valoración, y por eso es canal para establecer lo que es justo y lo que es injusto, y eso es precisamente el derecho: una decisión social —o, mejor, un conjunto de decisiones— sobre lo que pertenece a la justicia y a la injusticia.

Lo que sobresale en el derecho, su carácter prioritario, es el ser canal de comunicación, es el tener naturaleza comunicacional. La sociedad humana no sería posible sin la palabra, porque sociedad es comunicación y la comunicación humana es sólo posible mediante la palabra o sus sucedáneos. Toda sociedad no es sino un conjunto de procesos de comunicación más o menos numerosos y complejos, de los cuales lo que llamamos derecho corresponde a aquellos procesos comunicacionales formalizados que se relacionan de modo directo o indirecto con un ordenamiento jurídico. La vida normal del derecho es comunicación social. Cuando surge el conflicto, dicha comunicación se formaliza también por el derecho a través de los procesos judiciales. El proceso no es en el fondo otra cosa sino una controversia entre dos partes enfrentadas ante una instancia neutral, que es el juez. Esa controversia está sometida a unas reglas procedimentales que hacen posible el “enfriamiento” de la pasión que conlleva el enfrentamiento de las partes y, a la vez, tienden a lograr una solución prevista (más o menos) por normas generales y que el juez ha de adaptar al caso. La sanción judicial (y lo mismo podría decirse de las sanciones que puedan imponer otros órganos o instituciones) es una manifestación comunicacional más, y el castigo coactivo no es sino una de sus consecuencias.

Con esta manera de ver las cosas se cambia bastante la perspectiva desde la cual contemplar el derecho en general y los ámbitos jurídicos determinados en particular. La imagen habitual del derecho como algo antipático y desagradable, que penetra en nuestras vidas para complicárnoslas, deja paso a un cuadro más amable y a la vez más realista. El derecho está inserto en la vida social y es, de todos los instrumentos que poseemos, el mecanismo o conjunto de mecanismos más aptos para organizar la convivencia y para entendernos en ella. Es así un instrumento decisivo de construcción de la realidad social<sup>19</sup>. La

---

<sup>18</sup> Aristóteles, *Política*, edición bilingüe y traducción por Julián Marías y María Araujo, introducción y notas de Julián Marías, Instituto de Estudios Políticos, Madrid 1970, p. 4 (1253 a).

<sup>19</sup> Llama la atención que un autor tan centrado en los mecanismos de la construcción de la realidad social como es John R. Searle dé tan poca importancia al derecho (aunque sí se la otorgue a los “hechos institucionales”). Véase John R. Searle, *La construcción de la realidad social*, prólogo y traducción de Antoni Doménech, Paidós, Barcelona etc., 1997.

teoría comunicacional del derecho sitúa su foco precisamente en este carácter del fenómeno jurídico y pretende sacar las consecuencias teóricas que de él se derivan. Supone, por tanto, un giro respecto de la idea del positivismo jurídico, como tendremos ocasión de ver enseguida.

## V

Que el derecho se manifiesta por medio del lenguaje es una verdad evidente. La palabra constituye la misma entraña del derecho en cualquiera de sus manifestaciones. Todos los procesos de comunicación que tienen lugar en un ámbito jurídico son posibles mediante las palabras. El poder constituyente usa de las palabras para debatir y acordar el contenido del texto constitucional, y lo mismo hacen el legislador, el juez, el notario, el registrador, el abogado, y asimismo los particulares cuando celebran un contrato. No hay fenómeno jurídico que no sea expresado o expresable en palabras. La forma natural de ser del derecho moderno es la palabra escrita. No así el derecho primitivo, el propio de las sociedades sin escritura, pero en dichas sociedades la palabra oral era el vehículo necesario. La oralidad es previa a la escritura en todos los órdenes de la convivencia, y el derecho actual se manifiesta lo mismo en forma oral que escrita, si bien esta última es la que predomina de manera aplastante. Por tanto, podemos decir que el derecho es lenguaje, aunque, como es lógico, no todo el lenguaje sea lenguaje jurídico. Éste queda reservado para los procesos comunicativos que se producen en un ámbito jurídico determinado, esto es, en relación con un ordenamiento jurídico. Dicho de una manera algo simplificada: el lenguaje jurídico es el lenguaje de los juristas.

Además del derecho en el lenguaje o por medio del lenguaje, hay que considerar asimismo el derecho en la acción. Pues el derecho no puede entenderse sólo como un conjunto de textos sino también como un conjunto de acciones que van referidas a dichos textos. La dicotomía entre *law in the books* y *law in the action* como realidades contrapuestas ha sido trascendida por la visión unitaria de la hermenéutica filosófica, que contempla a la acción como texto y, por tanto, como un concepto susceptible de construcción, lo cual es posible porque la acción no es una mera realidad física, carente de sentido, sino justo lo contrario, un sentido o significado que se adscribe a una rea-

lidad física. De la acción me he ocupado en varios lugares; volvamos ahora a la idea del lenguaje jurídico.

La afirmación de que el derecho es lenguaje no conlleva la defensa de una tesis ontológica fuerte, sino únicamente la tesis de que la forma de manifestación del derecho, en cualquiera de sus modalidades, es precisamente el lenguaje. Al igual que el derecho es tan sólo un *nomen* para designar al conjunto de todos los ordenamientos jurídicos posibles, o mejor dicho, al conjunto de todos los ámbitos jurídicos posibles, el lenguaje tampoco tiene otra existencia autónoma sino que es un *nomen* designativo de todas las lenguas posibles. Nadie habla el lenguaje sino una o varias lenguas. Cada lengua es una concreción histórica del lenguaje, de la misma manera que cada ordenamiento jurídico es una concreción histórica del derecho. La idea de que el derecho es lenguaje no implica una “definición” del derecho, sino la constatación de un hecho no por sencillo menos relevante, cual es lo que podemos llamar la inmediatez lingüística de los fenómenos jurídicos. Para el teórico esa cualidad de todo fenómeno jurídico tiene una consecuencia clara: le permite comenzar su camino desde el análisis del lenguaje jurídico, no quizás para quedarse en él (si bien puede hacerlo, limitando su propósito a ello), sino para ir, si quiere, más allá en busca de los significados y de las justificaciones de los significados.

La teoría del derecho, al tomar como punto de partida el lenguaje jurídico, pretende elevarse hacia la especulación en torno al derecho sobre la base de una realidad que está a su alcance, y en ese sentido es filosofía del derecho. Pues no quiere quedarse en la fría y seca disección a la que nos tiene acostumbrados la filosofía analítica tradicional, sino que intenta remontarse hacia el sentido de las cosas jurídicas. Es, sin embargo, consciente de la historicidad del intento, pues ni el objeto —el derecho— ni la reflexión sobre él —la filosofía jurídica— se producen *in abstracto* sino en el marco de determinadas coordenadas históricas de civilización. La tesis de partida de que el derecho es lenguaje es perfectamente aplicable a todos los ámbitos jurídicos que en el mundo han sido, son y serán. Pero el sentido, por ejemplo, de las ideas de justicia que hacen aparición a la hora de penetrar en la teoría de la decisión jurídica (pragmática del derecho), y en concreto en el aspecto material de la misma, no puede ser entendido como un dato descriptivo de lo universal, sino como la elaboración hermenéutica de los ideales de diverso género (políticos, sociales, económicos) de una manera de entender la vida humana. Es precisa-

mente en este punto cuando la teoría del derecho enlaza con la filosofía general, lo cual permite que aquella pueda ser considerada como un “capítulo” de ésta.

Tras este breve paréntesis de naturaleza epistemológica (conveniente para centrar el enfoque de lo que aquí se expone), planteémosnos qué sea el lenguaje jurídico y cuáles sean sus caracteres distintivos.

El lenguaje jurídico posee la peculiaridad de pertenecer al lenguaje normal y, al mismo tiempo, es el lenguaje especializado de una clase profesional: la de los juristas.

Los vocablos jurídicos (como, por ejemplo, contrato, testamento, compraventa, hipoteca, herencia, usufructo, propiedad, estado civil, juez, jurado, sentencia, y tantos otros) forman parte del vocabulario de todas las personas. La inmensa mayoría de los individuos los utilizan en su vida cotidiana, aunque no tengan de ellos una idea demasiado precisa de su significado y de su extensión semántica. Los individuos cultos, además, suelen emplearlos en frases correctamente construidas, como por ejemplo cuando oímos de labios de un ingeniero o de un médico que nos dice: “ayer celebré un contrato”, “el notario dio fe, en el juicio, de la autenticidad de la escritura”, “el juez anuló el matrimonio”. Es más que probable que una persona culta no pueda ir mucho más allá de estas expresiones a la hora de usar el lenguaje jurídico, y se verá en dificultades para, por ejemplo, separar conceptualmente la posesión de la propiedad, lo rescindible de lo revocable, lo nulo de lo anulable, lo válido de lo eficaz, y cosas similares. Si les preguntamos por esos significados contestarán con razón que ellos no han estudiado derecho y que por consiguiente no son juristas. Pero, a pesar de no ser juristas, si les explicamos en qué consisten cada uno de estos conceptos, los podrán incorporar a su lenguaje habitual sin demasiado esfuerzo. Todo esto nos lleva a la conclusión de que el lenguaje en que se expresa el derecho pertenece al lenguaje común o normal, esto es, al lenguaje que usamos en nuestra vida cotidiana para comunicarnos.

El origen de muchas de estas palabras se pierde en la nebulosa de los tiempos. Otras sin embargo tienen una procedencia más próxima, en el derecho romano, y las hay que son de hace muy poco, incluso de ayer mismo. Si en los comienzos de las sociedades el derecho se manifestó por medio de costumbres y las palabras jurídicas no eran diferenciables de las demás, con la aparición de una clase profesional, la de los jurisprudentes romanos, los nuevos términos jurídicos se



crean como consecuencia de la labor de éstos, y se incorporan posteriormente al acervo lingüístico de las gentes. La complejidad civilizatoria se refleja precisamente en la necesidad de la división del trabajo y, dentro de ésta, en la aparición de las diversas profesiones. Pues bien, una de las profesiones más antiguas es la del jurista, al principio vinculada a la función sacerdotal y luego independizada de ésta para conectarse exclusivamente al Estado.

Si nos retrotraemos al derecho romano puede observarse cómo los jurisprudentes crean fórmulas y conceptos estereotipados que son usados en las diversas ceremonias jurídicas. La ciencia del derecho en Roma surge como una eclosión terminológica, de modo que puede decirse que la creación de instituciones corre paralela con el acto de poner nombre a las cosas del derecho. Desde esa época gloriosa de la jurisprudencia científica los juristas han sido los protagonistas indiscutibles en la acuñación de términos y nociones que, después, pasarán en gran parte al acervo del lenguaje común. El genio romano no fue propicio a la especulación teórica, pero sí a la construcción inteligente y pragmática: junto a calzadas y acueductos supieron erigir instituciones, tanto las del derecho privado como las del derecho público. Los hombres del derecho siguieron en siglos posteriores esta labor incansable de creación institucional y de la consiguiente acuñación de términos y conceptos. Puede decirse, por tanto, que en lo que respecta a nuestra cultura las palabras del derecho son en su inmensa mayoría criaturas de esa clase profesional, y por esa razón es perfectamente lícito afirmar que el lenguaje del derecho es el lenguaje de los juristas.

Cuando hoy en una reunión social habla el ingeniero, todo el mundo calla y escucha, algunos incluso preguntan al final de su charla sobre algún punto que les ha despertado la curiosidad. Cuando habla el médico, casi todos callan pero no es infrecuente encontrar algún lector de las hojas periodísticas referentes a la salud que le interrumpa con sus apreciaciones, más o menos desacertadas. Cuando pretende hablar el jurista nadie escucha y todos, o casi todos, hablan e incluso vociferan, pues cada cual se cree provisto del material conceptual necesario para entrar en la conversación y decir algo interesante. ¿Quién no ha visto opinar a sus contertulios sobre esta o aquella ley, o sobre esta o aquella sentencia, incluso con el apasionamiento propio de quien sufre sus efectos? Es ésta una experiencia que tenemos a diario y que prueba, precisamente, lo que aquí defendemos: que el uso del

lenguaje jurídico pertenece lo mismo a la clase profesional de los juristas que al común de los mortales. Es así, y además así debe ser, pues de otro modo la vida colectiva sería aún más opaca de lo que ya es. El derecho no es, como opinó el marxismo, un mero instrumento supraestructural, un reflejo ideológico de la realidad económica, sino forma de vida social y, en definitiva, la misma vida humana en cuanto ésta alcanza la dimensión de la intersubjetividad. Y si bien es cierto que en algunos de sus aspectos no han podido desprenderse de la imagen kafkiana de la lejanía y del extrañamiento de lo burocrático, no lo es menos que pertenece a nuestras vidas de manera consustancial, y no de modo fortuito ni accidental. Pertenece tanto a nuestras vidas que está presente en nuestro lenguaje común con una vigencia de la que no goza ninguna otra jerga científica o profesional.

Pero habrá que preguntarse: ¿quiénes son hoy los juristas? ¿a qué tipo de personas llamamos así? Manejamos una noción amplia. Juristas son los operadores jurídicos, es decir los que operan con el derecho bien para crearlo, bien para aplicarlo, y además los científicos del derecho. A los primeros se les suele llamar juristas prácticos, y a los segundos, juristas teóricos. Operan con el derecho el poder constituyente, el legislador, el juez, el órgano de la administración, el notario, el registrador, y también el abogado, el fiscal, el asesor legal, el procurador, incluso el simple particular cuando realiza un negocio jurídico. El papel de cada uno de estos operadores es muy diferente, como es obvio, pues unos son ante todo creadores de los textos que componen el ordenamiento jurídico mientras que otros tienen una función casi exclusivamente aplicativa de dichos textos a los casos concretos. Los juristas teóricos, por su parte, no crean ni aplican textos del ordenamiento a casos concretos, sino que se limitan a “pensar el derecho” y a exponerlo bajo la forma sistemática de una ciencia de corte hermenéutico. Los juristas, por tanto, forman una clase profesional multifacética y multifuncional, cuyo punto en común es el manejo (práctico en unos casos y teórico en otros) de los textos jurídicos.

Los textos que componen el ordenamiento jurídico (la constitución, las leyes, las normas dictadas por las administraciones, los convenios colectivos, los contratos, las sentencias judiciales, etc.) se crean a golpe de decisión. Los operadores jurídicos que deciden los contenidos concretos de esos textos son los que crean texto jurídico *ordinamental*, esto es, crean ordenamiento, mientras que otros operadores se limitan a “usarlos”. Creación pura de textos ordinamentales existe

únicamente por parte del poder constituyente, que es quien decide el contenido de la constitución. El legislador “usa” la constitución para decidir dentro de su marco el contenido de la ley. Otra forma de decir lo mismo es que el legislador “aplica” la constitución al crear la ley. Ambas expresiones vienen a decir lo mismo: el acto de decisión creador de la ley se produce en el marco de la constitución. Por su parte, el juez también decide el contenido del texto de su sentencia, y lo hace “usando” de la ley y de la constitución, de acuerdo con el principio de jerarquía normativa, y el hacer ese “uso” no significa otra cosa sino que su decisión ha de tener un contenido que sea compatible con las normas superiores, esto es, con los textos jurídicos a los que su ordenamiento otorga mayor jerarquía.

Además de estos operadores que usan textos jurídicos ordinamentales y al mismo tiempo deciden el contenido de otros textos ordinamentales, están aquellos que no deciden el contenido de este tipo de textos, sino que se limitan a usar los textos decididos por las autoridades. Prototipo de esta clase de operador es el abogado, el cual coadyuva a la administración de justicia, aunque él mismo no la administra. El abogado, al redactar su demanda, al exponer sus argumentos en la vista durante el proceso o al emitir su dictamen, no crea texto normativo alguno, sino que utiliza para su razonamiento los textos creados por las autoridades, los textos normativos objeto de sus decisiones. Por tanto, puede decirse que un informe, una demanda o un dictamen de un letrado constituyen ciertamente textos jurídicos pero *no normativos*, sino coadyuvantes a la creación del texto jurídico normativo que es la ley o que es la sentencia.

Vemos, por tanto, que dentro de un ámbito jurídico, en los distintos procesos comunicativos que tienen lugar en su seno, se producen textos jurídicos ordinamentales y no ordinamentales. Los primeros son generados por los juristas prácticos que tienen la función de crear ordenamiento por medio de sus decisiones, mientras que los segundos corresponden a los juristas prácticos que prestan su ayuda a la toma de esas decisiones. Éstos también generan textos jurídicos, pero carecen de carácter normativo, puesto que no obligan a nadie, siendo más bien propuestas o estudios que la autoridad competente tomará en consideración, o no. En este aspecto los textos de los juristas prácticos que no generan texto ordinamental, como son los de los abogados, se parecen a los textos de los juristas científicos. Pero éstos, considerados conjuntamente, si bien no crean texto ordinamental sí

generan el texto del sistema jurídico, lo que hace que su tarea les ponga en una situación harto distinta de la del abogado.

Juristas teóricos son aquellos que no tienen que habérselas ante los casos concretos para darles una solución u otra, que de su decisión dependa, sino quienes tienen la tarea de presentar el ordenamiento de un modo acabado, sistematizado y conceptualmente depurado, o sea, con los métodos exigidos por la ciencia del derecho<sup>20</sup>.

En las sociedades complejas, en las cuales el ordenamiento jurídico posee asimismo gran complejidad y extensión, la ciencia del derecho se divide en ramas, las cuales a su vez se agrupan en dos: derecho público y derecho privado. Lo usual es que los juristas científicos se especialicen en una o dos materias pertenecientes a uno de estos dos sectores. Mas, independientemente de cuál sea su especialidad o especialidades, su trabajo consiste en lo mismo, en la construcción del sistema jurídico como un texto más amplio y completo que el texto ordinamental, que sirve además no sólo para comprender el derecho de un país sino que tiene el efecto de facilitar la práctica jurídica en cualquiera de sus manifestaciones.

## VI

Hemos dicho que en cada ámbito jurídico tienen lugar una serie de procesos de comunicación en relación con un ordenamiento jurídico. Habría que añadir que en el derecho moderno el centro de referencia de todos esos procesos lo constituye la dualidad ordenamiento jurídico/sistema jurídico, si bien éste a su vez va referido al primero, por lo cual el ordenamiento sigue siendo el centro de referencia fundamental. A pesar de este matiz, importante sin duda, la dualidad mencionada añade no pocos elementos a la complejidad y funcionamiento del derecho actual. Si no se entiende bien la centralidad de la pareja

---

<sup>20</sup> Aquí empleo la expresión "jurista teórico" para hacer referencia al jurista que tiene por misión interpretar una rama del ordenamiento jurídico, o varias, conceptualizar sus contenidos y presentar toda la materia, o materias, de forma sistematizada. Del "jurista teórico", con el significado dicho, habría que distinguir al "teórico del derecho", que sería también un jurista teórico pero de modo algo diferente, ya que su referente en la reflexión no serían ordenamientos jurídicos concretos sino el derecho posible y, por tanto, cuanto más conozca el derecho comparado tanto mejor. Teórico del derecho es aquel que hace filosofía jurídica pero no desde la filosofía pura sino desde el conocimiento del derecho.

textual “ordenamiento/sistema”, difícilmente se comprenderá cómo funciona el derecho de los últimos siglos. Como veremos después, el sistema condiciona de tal modo todo el ámbito jurídico que, sin considerarlo, es imposible hoy poseer una visión certera. La ciencia jurídica, en efecto, actúa como un intermediario omnipresente en todos los procesos comunicacionales.

En torno a, y en conjunción con, esos dos textos nucleares que son el ordenamiento y el sistema se articula el resto de los textos que se producen en el ámbito jurídico. Así, por ejemplo, el debate que tiene lugar en una cámara parlamentaria sobre los artículos de un proyecto de ley, o la demanda que presenta el demandante y que ha sido redactada por su abogado, constituyen expresiones de lenguaje (la primera oral, la segunda escrita) cuyo sentido pleno sólo es posible alcanzar si se los pone en relación con el eje comunicacional básico que conforman la pareja “ordenamiento / sistema”. Obsérvese que en los dos ejemplos mencionados una de las expresiones se realiza en lenguaje oral, en un acto o varios actos de habla, mientras que la otra se presenta como un texto escrito. Habría que añadir a estas dos formas características del lenguaje jurídico otras menos habituales, pero no por ello inexistentes: la del lenguaje mímico, o por señas, y la del lenguaje cromático. Tal es, por ejemplo, el gesto del guardia de la circulación que ordena que los vehículos se detengan, o el semáforo en rojo, que tiene el mismo significado que la orden del guardia.

A pesar de sus diversas formas de aparición o exteriorización, todos estos actos comunicacionales son susceptibles de verbalización y, por consiguiente, de ser puestos por escrito. Por eso puede sostenerse que todo ámbito jurídico es descomponible en una serie de procesos comunicativos susceptibles de verbalización y, consiguientemente, de ponerse por escrito. En este sentido, el derecho es texto.

Detengámonos un momento en la cuestión de qué es un texto y en qué tipos de textos hay, para de esta manera situar adecuadamente nuestra tesis comunicacional.

La palabra “texto” es susceptible de alcanzar muy distintos campos semánticos, lo cual depende obviamente del uso que se haga de ella. Aunque no es corriente, es posible usarla con un sentido amplísimo, en cuyo caso texto sería todo aquello susceptible de ser entendido y, por tanto, de ser trasladable a algún tipo de lenguaje. Dentro de esta acepción se integrarían no sólo las obras humanas sino también los fenómenos naturales. Galileo decía que la naturaleza es un libro escrito

en lenguaje matemático. Y desde esa perspectiva podemos decir que los fenómenos naturales de diverso género (físicos, químicos, biológicos, zoológicos, geológicos, astronómicos etc.) son “textos”, puesto que podemos llegar a “leerlos” y a entenderlos si poseemos los instrumentos adecuados para ello. Me parece evidente que un científico de la naturaleza puede utilizar ese concepto amplísimo de texto. Al fin y al cabo, toda ciencia, incluidas las naturales, no es otra cosa que una determinada interpretación de la realidad investigada. O sea, la intelección de ésta por medio de algún tipo de lenguaje.

Junto a este concepto amplísimo, manejamos, en segundo lugar, un concepto amplio de texto, que integra el conjunto de las obras humanas. Obra humana sería entonces todo lo hecho por los hombres. En esta noción van comprendidas tanto las producciones técnicas (el ferrocarril, el teléfono, la radio, la televisión, las armas, etc.) como las artísticas del más diverso género (arquitectura, pintura, escultura, música, literatura, etc.), las culturales o sociales (el derecho, la economía, las instituciones del más diverso género, las pautas sociales de conducta, de pensamiento y de sentimiento) y asimismo los meros actos humanos, junto a los cuales hay que mencionar también las omisiones.

Por último, tenemos un concepto estricto o propio de texto, que corresponde a lo que usualmente se entiende por tal, que es el texto *escrito*.

En los ámbitos jurídicos modernos los procesos comunicacionales o son escritos en su expresión genuina (por ejemplo, la ley) o tienden a ponerse por escrito (por ejemplo, los debates parlamentarios que tienen lugar en el marco del *iter* legislativo) o son susceptibles de verbalización escrita (por ejemplo, la vista oral en un proceso). Todo en el derecho moderno es escrito o puede ser escrito, de ahí la importancia que tiene el fenómeno de la escritura<sup>21</sup>.

El texto, esto es, el lenguaje escrito, es una derivación del discurso, del lenguaje oral. La expresividad humana, en su espontaneidad, surge como grito y como palabra pronunciada por la boca. Es incuestionable

---

<sup>21</sup>Incluido el derecho consuetudinario. La costumbre se genera mediante la repetición de actos, pero como norma jurídica sólo llega a su madurez cuando esa repetición entraña un sentido normativo que, además, es exigido como obligatorio. Precisamente ese sentido normativo obligatorio para el derecho vigente es lo que constituye la costumbre. Como tal sentido escapa a la mera facticidad, lo cual se traduce en definitiva en la posibilidad de poner la costumbre en términos verbales y por tanto de escribirla.

el origen oral del lenguaje humano. La prueba indudable de esto es la existencia de las sociedades primitivas en las que no se conoce la escritura, a pesar de lo cual poseen su propio mundo social y simbólico, dentro del cual el derecho tiene un papel relevante. La escritura es un fenómeno que puede ser calificado de reciente, y sólo tiene sentido en principio, aunque luego se independiza, en conexión íntima con el lenguaje oral. Lo escrito es la fijación de lo oral, de tal manera que lo dicho por medio de la escritura adquiere un carácter de duración, de permanencia más o menos prolongada en el tiempo. Lo escrito, al fijarse en el papel o en el soporte que sea (desde la dura piedra para inscripciones perennes, o casi perennes, hasta el papel reciclado y la fotocopia, pasando por el procesamiento informático) adquiere, por decirlo así, una vida propia, una objetivación respecto de su posible origen oral. Y por eso, lo escrito se independiza de la situación concreta de los hablantes y genera su propia situación comunicacional desligada de éstos. Es lo que Paul Ricoeur ha llamado la “distancia”<sup>22</sup> del texto escrito respecto a su anterior manifestación como discurso. La escritura, sin embargo, ha ido desplazando a la oralidad en los textos con vocación de relevancia social. No sólo sucede en nuestros días que el derecho, en sus manifestaciones genuinas, se muestra bajo la forma de lo escrito, sino que también los discursos políticos o culturales, adornados de cierta solemnidad, son leídos, lo cual implica obviamente la escritura previa.

Tenemos así que la escritura se nos presenta como un lugar necesario por el que transitar en el mundo comunicacional moderno. Lo oral es transformado en texto, pero éste a su vez sirve como soporte para la lectura, esto es, para una nueva versión oral. Incluso llega a nacer lo escrito prescindiendo de todo discurso previo, como una manifestación directa de la comunicación. En nuestra sociedad la expresión más genuina de la literatura es la escrita, al pasado ya lejano pertenecen los alardes de juglares, trovadores y poetas narradores en la plaza pública de romances, leyendas y cuentos. Algo parecido sucede con el derecho. Lejos queda de nuestro mundo cultural la creación del derecho mediante los hechos espontáneos de la vida comunitaria. La costumbre como fuente del derecho ha quedado arrin-

---

<sup>22</sup> Paul Ricoeur, *Hermeneutics & the Human Sciences. Essays on language, action and interpretation*, edited, translated and introduced by John B. Thompson, Cambridge University Press, Éditions de la Maison des Sciences de l'Homme, Cambridge etc., Paris, 1981, pp. 131 y ss.

conada en el baúl de los recuerdos colectivos y ha sido sustituida inmisericordemente por el derecho escrito, que ha pasado a formar parte de la vida contemporánea con una contundencia absoluta. Hoy puede decirse que la positividad del derecho se manifiesta en que es “impuesto” por la escritura oficialmente autorizada para “imponerlo”. El fenómeno de la escritura domina casi por completo el panorama expresivo del derecho contemporáneo. Las costumbres, siglos atrás, fueron transformadas en textos, primero por medio de las recopilaciones, y más tarde en la codificación; y a ésta se han sumado las leyes para materias especiales. Las administraciones públicas emiten sus resoluciones por medio de actos textuales, y lo mismo sucede con las sentencias de los jueces y con los actos de la llamada jurisprudencia cautelar: el notario no sólo escribe sino que además eleva lo escrito a documento público, y el registrador no tiene otro oficio que registrar por escrito en los libros las anotaciones que definen las situaciones jurídicas de personas, cosas y empresas. Incluso los particulares tienen la sana tendencia hoy día de poner por escrito en un papel las cláusulas de los contratos, sobre todo cuando éstos tienen ya una cierta importancia económica. Si nos vamos a las relaciones de los Estados entre sí vemos que el fenómeno es general. Bien es cierto que en su origen el derecho internacional es consuetudinario, pero pronto la costumbre internacional pasa a formar parte de los tratados y de los estatutos de las organizaciones internacionales. En suma, el derecho contemporáneo se manifiesta, en sus múltiples formas, en la escritura, y en ese sentido estricto decimos que es texto.

Ahora bien, cuando decimos que el derecho es texto no sólo nos estamos refiriendo al hecho notorio de que el derecho en nuestros días se manifiesta en forma escrita. Se quiere decir asimismo que incluso el derecho que no surge como escrito también es texto. Claro que en este caso no es texto de un modo inmediato, sino como consecuencia de su “puesta por escrito”. La costumbre, característica de los ordenamientos jurídicos primitivos hasta el punto de ser la única fuente del derecho, en su expresión genuina es un conjunto de hechos o, por decirlo mejor, un conjunto de actos que la comunidad eleva a categoría de actos obligatorios, esto es, a norma. La costumbre no es la mera exterioridad de los actos de la comunidad, sino el sentido que ésta otorga a dichos actos. La costumbre no es una mera regularidad de la acción, un encadenamiento de eventos externos cuyos sujetos agentes son los miembros de una comunidad, sino que aquella regularidad



de la acción tiene un sentido social específico, que no es otro que el de obligar. La regularidad de la acción no es sólo apariencia externa sino asimismo expresión fáctica de un sentido, el sentido normativo. Lo que tiene sentido o significado normativo es comunicable, pues en caso de no serlo no podría ser norma para todos los miembros de la comunidad. Lo comunicable es susceptible de verbalización oral, pues de otra manera dichos miembros no podrían transmitirse unos a otros las normas comunitarias. Por fin, lo comunicable oralmente es susceptible de ponerse en texto escrito. Esto es obviamente lo que hacen los antropólogos cuando en sus estudios recogen las normas de derecho que rigen en las comunidades que investigan. El derecho, en cualquiera de sus manifestaciones, es obra humana transmisible de unos hombres a otros por medio de la comunicación.

## VII

Una vez aclarada la tesis de que el derecho es texto, pasemos a considerar qué tipo de texto es, porque es obvio que hay muchos géneros textuales. Para empezar, hay que tener en cuenta la complejidad del problema, pues las clasificaciones de textos varían en consonancia con el criterio que se emplee para hacerlas. Así, por ejemplo, puede tenerse en cuenta la estructura formal de los textos, o bien su temática, o bien su relevancia ideológica. Nosotros nos fijaremos sólo en su función pragmática. Para descubrir ésta respecto de un texto concreto no hay otra manera mejor de operar que por medio de una pregunta. Si se formula en términos subjetivos la pregunta irá dirigida al autor del texto: ¿qué se propone el autor (real o ideal) del texto?, ¿cuál es su intención? Si se plantea en términos objetivos la pregunta es similar aparentemente: ¿hacia dónde va dirigido el texto, cuál su función intrínseca o inmanente? No hay que perder de vista que todo texto es la respuesta a una pregunta y que, como apunta Gadamer<sup>23</sup>, lo importante es dar con la pregunta. De algún modo la respuesta es algo secundario. Preguntar es oro, contestar es plata. La pregunta es el comienzo de la actividad intelectual, y es también el punto arquimédico para comprender

---

<sup>23</sup> Hans-Georg Gadamer, *Wahrheit und Methode. Grundzüge einer philosophischen Hermeneutik*, 1960, J.C.B. Mohr (Paul Siebeck), Tübingen 1990, p. 368 y ss. (“*Der hermeneutische Vorang der Frage*”); 375 y ss. (“*Die Logik von Frage und Antwort*”).

el sentido de un texto. La cuestión de la pregunta a la que un texto determinado da respuesta puede ser, sin embargo, sumamente ardua. Veamos por qué.

Pongámonos en la piel de un novelista que, con la intención de despertar la conciencia de la gente respecto de la gravedad de las sevicias psíquicas (usualmente denominadas en la actualidad “maltrato psicológico”) dentro de la convivencia familiar, escribe una novela en la que se limita a describir una historia real, esto es, un acontecimiento que efectivamente ha pasado. Supongamos que la descripción de los hechos es descarnada, sin ahorro de detalles escabrosos, sin pudor ante lo repugnante. Supongamos además que dicha descripción está hecha de modo absolutamente objetivo, esto es, como si el narrador se limitara a seguir con una cámara oculta los hechos que tienen lugar en la intimidad del hogar, y que en esta fría descripción el autor de la novela no introduce en absoluto la más mínima valoración personal, ni la menor condena, ni expresa tampoco su sentimiento de compasión hacia la víctima. Todo transcurre en esa novela como si el novelista fuera un entomólogo que se limita a seguir los movimientos y las reacciones de los insectos investigados. No hay en la novela otra cosa que descripción de situaciones, pura descripción desprovista de cualquier otro elemento que pudiera empañar ese carácter frío, objetivo, neutral. El propósito del novelista, ya lo hemos dicho, es despertar la conciencia del lector respecto de un grave problema personal y social. Diríamos que su intención es claramente moral, y no tenemos duda alguna de que en el fondo de su ser condena enérgicamente las sevicias. Y, sin embargo, nada de esta actitud subjetiva se trasluce a lo largo de las páginas de la obra. Ésta discurre como si lo narrado fuera un conjunto de fenómenos o eventos propios de la naturaleza, y no un horrible drama humano. ¿Acaso no veríamos aquí una dualidad entre, por una parte, la intención del autor, oculta pero no por eso inexistente, de despertar la conciencia del lector y, por otra, la objetiva y naturalista narración de los hechos?

En efecto, una cosa es el propósito del autor del texto y otra, el carácter inmanente o intrínseco del mismo. El autor se ha propuesto vencer de una realidad y, a la postre, orientar la conducta de los lectores en una determinada dirección. Pero para conseguir su meta se ha valido de un texto, de una novela, en la cual no aparece ninguna frase de contenido normativo, esto es, enfocada a dirigir la conducta humana. La novela se presenta con una objetividad aplastante y eso es

precisamente lo que la hace más convincente. Es probable que si el novelista se hubiera explayado en múltiples disquisiciones morales habría conseguido impactar mucho menos a los lectores. Pues bien, podemos sintetizar esta idea diciendo que mientras que la intención del autor es convencer y por tanto orientar la conducta de los lectores, la función pragmática inherente al texto es simplemente describir.

Lo decisivo para definir un texto en sí mismo es esta última cualidad, su función pragmática inmanente. La intención del autor, será importante desde otros puntos de vista (psicológico, social, etc.) pero para la teoría de textos pasa a un segundo plano. Esto es así por la sencilla razón de que el texto se desvincula de su autor y adquiere vida propia. La teoría de textos no es una teoría sobre los autores que escriben textos y sus intenciones, sino que es una teoría sobre los textos mismos como realidades independientes. El texto se distancia de su autor o autores y adquiere una autonomía que le hace posible una vida hermenéutica propia.

Si se tiene en cuenta esta función pragmática inmanente a los textos, puede establecerse una clasificación sencilla<sup>24</sup> en textos constataivos o descriptivos, textos emotivos y textos regulativos o directivos. Cada una de estas clases admite, a su vez, su división en subclases, pero en este trabajo, por no ser estrictamente necesario para nuestro propósito tratar de ello, prescindiremos de esa subdivisión.

Texto descriptivo o constataivo es aquel cuya función pragmática es describir o constatar una realidad, ya sea existente o que haya existido o pueda existir, ya sea puramente ficticia.

---

<sup>24</sup>Dejamos de lado otros tipos de textos como, por ejemplo, los textos interrogativos, cuya función pragmática no es otra que plantear una cuestión o conjunto de cuestiones. Como se dice en el texto, la pregunta es previa a todo texto o, dicho de otra manera: todo texto es la respuesta a una o más preguntas. En este sentido, a cualquier texto le antecede otro texto de carácter interrogativo. Pero además de esos textos interrogativos que de manera implícita constituyen la antesala de otro texto, hay textos interrogativos explícitos en los que sólo se recoge la cuestión o cuestiones cuya respuesta se busca. Pensemos, por ejemplo, en un texto en el cual se planteen una o varias cuestiones científicas, conectadas entre sí, pero en el cual no se intente una respuesta. Los textos interrogativos no siempre van acompañados de los signos característicos de la interrogación (?) sino que pueden venir expresados sin dichos signos, como cuando se plantea un problema en términos aparentemente "descriptivos". Así, puede decirse: "nos preguntamos si realmente...", o bien: "el problema que hay que resolver es...", y fórmulas interrogativas similares que no usan de los signos interrogativos. No obstante, todo verdadero texto interrogativo tiene que ser susceptible de transformarse en una o varias preguntas formuladas con los signos propios de la interrogación.

Un libro de física es un texto de esta especie pues su función está precisamente en describir por medio de las leyes físicas el acontecer natural, y lo mismo puede decirse de los textos que componen las ciencias de la naturaleza. Su propósito intrínseco no es otro que describir la realidad natural que nos rodea, tanto en su aspecto estático (como pueda ser por ejemplo un estudio anatómico) como en su aspecto dinámico (cual es el caso de la fisiología).

También tienen vocación descriptiva los textos de historia, ya que todos ellos pretenden ser verdaderos, esto es, pretenden describir o constatar lo que realmente sucedió. El problema que tiene la historia, como ciencia, es que no hay modo humano de verificar lo que sucedió en el pasado, por lo que prácticamente es imposible deslindarla de connotaciones ideológicas. Esto puede comprobarse leyendo la enorme bibliografía sobre la guerra civil española: todas las versiones tienen pretensión de verdad, pero difícilmente podemos saber cuál de ellas se ajusta estrictamente a lo que realmente pasó. Por eso, si fuésemos un pueblo verdaderamente inteligente y honrado, idealizaríamos nuestra guerra como una contienda entre héroes movidos en ambos bandos por ideales patrióticos, en lugar de convertirla en una sangrienta orgía de miserables personajes, como suele ser desgraciadamente habitual. Si hiciésemos lo primero, la pasada guerra nos serviría para la exaltación de nuestra patria en lugar de para su denigración, y se crearía además un clima colectivo de entendimiento mutuo, y no de revancha. Hasta el presente los historiadores no han sabido hacerlo, esperemos que en un futuro no muy lejano aparezca una generación que narre la historia de los últimos siglos de España con un rasgo profundo de mito unificador. Pues la historia, por mucho que el historiador se proponga ser, y se presente a sí mismo como un sujeto que describe lo que pasó, acaba siendo constructiva del pasado, de un modo bastante próximo al del novelista que se inventa su novela.

Ésta, la novela, constituye un género literario que puede encasillarse perfectamente entre los textos descriptivos o constatativos. Bien es cierto que la novela no tiene por qué reflejar necesariamente acontecimientos reales, le basta con que sean verosímiles, y a veces ni siquiera eso, como sucede con la ciencia-ficción. El género novelístico ha experimentado una floración tan rica que se dice que en la novela cabe todo: el ensayo, el discurso, la introspección de los personajes, y dentro de ésta la auto-introspección, la descripción de paisajes y de los caracteres de los personajes, las consideraciones morales, el relato

de acontecimientos, etc. Cabe la historia y la magia, la verdad y la mentira, lo repugnante y lo sublime, lo gracioso y lo cursi, lo especulativo y lo práctico, lo pintoresco y lo esperpéntico, la sátira y la apología. Cabe todo, ciertamente, pero hay que añadir que todo eso que cabe en la novela sólo es posible dentro de la naturaleza que le es propia, que es la de ser un texto cuya función pragmática de conjunto es describir o narrar algo, sea ese algo real o sea irreal. Éste es el carácter de la novela, el ser el género narrativo por excelencia, juntamente con el cuento. “Narrar”, según el *Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española*, es “contar, referir lo sucedido, o un hecho o una historia ficticios”. Y “novela”, para el mismo *Diccionario*, es “obra literaria en prosa en la que se narra una acción fingida en todo o en parte, y cuyo fin es causar placer estético a los lectores con la descripción o pintura de sucesos o lances interesantes, de caracteres, de pasiones y de costumbres.” Me quedo con la primera parte de esta definición, pero no con la segunda, pues el elemento teleológico de causar placer estético a los lectores no siempre se cumple, a pesar de lo cual puede tratarse de una auténtica novela. Hay que señalar que en la actualidad los términos “narrativo” y “narratividad” se han extendido, impropriamente en mi opinión, a todo género de textos, incluidos los jurídicos, desvirtuando de este modo su verdadero significado que no es otro que el señalado.

Los textos emotivos son aquellos que tienen por función prioritaria transmitir sentimientos. Son los típicos de la poesía en cualquiera de sus modalidades, si bien lo poético no constituye un rasgo consustancial a la textualidad emotiva, ya que el sentimiento también puede ser objeto principal de un texto en prosa. Los sentimientos que la poesía expresa son todos los que los humanos somos capaces de experimentar. Así, por ejemplo, la admiración y la exaltación de las virtudes guerreras en la poesía épica, el entusiasmo ante los fenómenos naturales o el paisaje (“¡Para y óyeme, oh sol, yo te saludo y extático ante ti me atrevo a hablarte”), o ante la aventura y la ruptura con la sociedad (“Con diez cañones por banda, viento en popa a toda vela...” y el recogimiento ante los detalles nimios de la vida cotidiana (“Del salón en el ángulo oscuro, por su dueño tal vez olvidada, silenciosa y cubierta de polvo, veíase el arpa...”)), la exaltación mística, la nostalgia (“Volverán las oscuras golondrinas de tu balcón los nidos a colgar...” y, cómo no, el sentimiento amoroso (“Por una mirada un mundo, por una sonrisa un cielo, por un beso...”)).

Un texto narrativo, como la novela o el cuento, puede también transmitir emociones, pero las transmitirá no de una manera directa y genuina, como sucede en general con la poesía, sino indirectamente, como de pasada respecto de la historia narrada. Y a la inversa, un poema épico puede también contarnos una historia, pero su función básica es la de despertar en nosotros sentimientos; de ese modo, su narración de acontecimientos viene a ser secundaria respecto a ese objetivo primordial.

El tercer tipo de textos al que vamos a referirnos es el de los textos directivos o regulativos. Es más apropiado emplear el término “directivo” que “regulativo”, ya que mientras este último se refiere a las reglas o normas, el primero abarca todas aquellas expresiones de lenguaje cuya función inmanente es “dirigir” la acción humana. Las reglas o normas constituyen, en este aspecto, un capítulo más dentro del género de los textos directivos. En el español actual el término “directivo” o “directiva” se utiliza más para referirse a las personas que dirigen una asociación o una empresa, que para designar expresiones de lenguaje con fuerza directora de la conducta. Pero en tiempos pasados se usaba también con el significado técnico que aquí le damos, e igualmente en el inglés actual<sup>25</sup>.

## VIII

Entre las directivas podemos señalar, además de las normas, a la que nos referiremos después, las siguientes: Las promesas, las órdenes, los ruegos, las súplicas, las recomendaciones, las sugerencias y los consejos.

Todas las directivas, incluidas las normas, vienen expresadas en textos cuya función primordial no es describir ni constatar nada, ni tampoco despertar sentimientos en los lectores u oyentes, sino dirigir u orientar la acción de sus destinatarios. Su función pragmática inmanente es, en definitiva, la de dirección de la acción humana, y no otras que pueden estar, sin embargo, incluidas en ellas, en los textos concretos que las expresan.

---

<sup>25</sup>Por lo menos, en el inglés científico. Como muestra recuérdese la obra de Alf Ross, *Directives and norms*, Routledge & Kegan Paul, London 1967. En el español actual se la usa, aunque no con frecuencia, como sinónimo de “directriz”.

Así, por ejemplo, los textos legales no sólo nos ordenan determinadas conductas y nos conceden determinados derechos sino que, al mismo tiempo, nos informan acerca de esas conductas y de esos derechos y acerca de las condiciones en que los primeros han de ser cumplidos y los segundos reclamados. Si consideramos que la función informativa es de carácter constatativo o descriptivo, no cabe duda de que los textos legales cumplen también esa función, aunque sea de manera secundaria<sup>26</sup> y como derivada respecto de su función principal.

Del mismo modo, un texto legal puede provocar en el lector o en el oyente determinados sentimientos, algunos de los cuales pueden estar próximos a los que despierta la poesía y otros pueden acercarse a los de un relato de terror.

Al ser el sentimiento algo subjetivo puedo decir sin temor a equivocarme, y sin poner en boca de otros mis propias impresiones, que determinados artículos del Código Civil están dotados de una belleza estilística difícilmente superable. Así, por ejemplo, cuando establece lo que entiende por dolo diciendo que incurre en él quien “con palabras o maquinaciones insidiosas..., es inducido el otro...”<sup>27</sup>. ¿Hay, podemos preguntarnos, una expresión más certera en castellano para expresar el procedimiento del engaño? Mientras que a mí otros preceptos me causan escepticismo; por ejemplo, el artículo primero de la Constitución, que proclama con una facilidad que asombra que nuestro ordenamiento está presidido nada menos que por la libertad,

---

<sup>26</sup> Aunque esa función sea “secundaria”, es imprescindible, pues mal puede el destinatario de una norma de derecho llevarla a su efectivo cumplimiento si antes no está informado de los deberes jurídicos que dicha norma le impone. Y lo mismo sucederá con los derechos subjetivos que la norma concede. Si el sujeto del derecho no está informado suficientemente sobre el mismo, es difícil (por no decir imposible) que pueda ejercerlo. El conocimiento del derecho es condición previa para su cabal cumplimiento. Por esa razón las normas se publican. Ahora bien, eso no significa que la función prioritaria de éstas sea informar. Su función esencial es ordenar, y más especialmente, ordenar la acción humana, de manera directa o indirecta. Aunque el conocimiento de la norma sea previo a su cumplimiento, ello no significa que la función normativa básica sea informar o dar a conocer. La prueba de esto es que, como suele establecerse en los ordenamientos jurídicos con carácter general, *ignorantia iuris neminem excusat*.

<sup>27</sup> El legislador ha establecido expresamente dicho concepto de dolo en el Libro IV, dedicado a las obligaciones y los contratos, pero al tratarse de un concepto general del derecho civil se aplica a otras materias. Viene formulado en el artículo 1.269 del Código Civil: “Hay dolo cuando, con palabras o maquinaciones insidiosas de parte de uno de los contratantes, es inducido el otro a celebrar un contrato que, sin ellas, no hubiera hecho”.

la justicia, la igualdad y el pluralismo político<sup>28</sup>. Algunos otros, desasosiego (como el artículo segundo de la Constitución, que proclama la existencia de “nacionalidades y regiones”) y, por fin, otros que me causan el mismo efecto que estar viendo una película de terror (como es el caso de la llamada “Ley del aborto”, que sería el equivalente a un texto-guión de una película algo más que escabrosa, en la cual a una señora le extraen de sus entrañas un feto sanguinolento y acto seguido lo tiran inmisericordemente a la basura). Quiero decir con esto que los textos legales, y extendiendo la idea a cualquier texto jurídico en general que posea carácter normativo, no sólo cumplen la función principal de dirigir u orientar las acciones humanas sino que, además, y como consecuencia de su función básica, informan sobre determinados contenidos y pueden provocar ciertas reacciones emocionales. No otra cosa es la base psíquica del sentimiento jurídico<sup>29</sup>.

El rasgo distintivo de las normas (de cualquier tipo de normas, y no sólo de las jurídicas), respecto al resto de las directivas, es que mientras que las directivas que no son normas pueden presentarse aisladamente, las normas no tienen existencia sino formando parte de grupos o conjuntos.

Un consejo, por ejemplo, puede tener lugar una sola vez sin que por ello deje de ser un verdadero consejo, y lo mismo sucede con los ruegos o las promesas. Una persona ruega a otra para que haga algo, o le promete a otra hacer algo, con independencia de que haya habido otros ruegos u otras promesas anteriores o posteriores. Bien es cierto que existen conjuntos de consejos, como los consejos para elegir profesión, rendir en el estudio, o —en un nivel más elevado— los consejos evangélicos. Pero incluso en estos casos los consejos que componen el conjunto tienen independencia los unos respecto de los otros o, por decirlo de otra manera, la validez de unos consejos no está subordinada a la validez de otros consejos dentro del grupo. Quizás pueda decirse incluso que el caso de los consejos representa un supuesto muy especial, a mitad

---

<sup>28</sup> El mencionado artículo primero de la Constitución en su párrafo primero dice así: “España se constituye en un Estado social y democrático de Derecho, que propugna como valores superiores de su ordenamiento jurídico la libertad, la justicia, la igualdad y el pluralismo político”. La referencia a los valores superiores en el artículo tiene más el aspecto de una proclama retórica de carácter político que de un precepto jurídico.

<sup>29</sup> Cfr. Manfred Rehbinder, *Rechtssoziologie*, 6. Auflage, Verlag C.H. Beck, München, 2007, p. 115 y ss.



de camino entre las directivas individuales y las normas. Esto puede ser explicable si se tiene en cuenta que determinados tipos de consejos, como los evangélicos, tienen prácticamente el carácter de normas morales.

Todas las directivas se caracterizan por tener una estructura formal similar, consistente en que un emisor emite un mensaje dirigido a un receptor en una situación determinada con la intención de que algo sea de determinada forma o de que el receptor haga algo. Normalmente el emisor y el receptor son dos personas distintas, pero no sucede así en la promesa, en la cual ambas cualidades de emisor y receptor recaen sobre la misma persona (con los matices que diremos a continuación).

El emisor puede ser una persona, un grupo de personas o una institución (en cuyo caso la emisión se realiza por medio de uno o varios de sus órganos que, a su vez, estarán compuestos por uno o varios individuos). El emisor se representa el contenido de su mensaje de una manera espontánea o tras una deliberación (individual o colectiva) y en condiciones normales intentará transmitir su “voluntad”<sup>30</sup> con un mensaje lo más claro posible, aunque esto no siempre lo consiga.

La emisión se realiza por un medio comunicacional, al cual los lingüistas suelen llamar “canal”<sup>31</sup>. Dicho medio es cualquier forma de expresión del lenguaje, fundamentalmente oral, escrito, mímico o, en general, todo sistema de signos convencionalmente establecido para el entendimiento mutuo y que puede ser sustitutivo de los anteriores (ej., el morse, o el braille). El acto de emisión se denomina acto comunica-

---

<sup>30</sup> Dejamos aquí de lado la cuestión de si se precisa una voluntad psíquica real por parte del emisor, o más bien lo que hay es una voluntad presunta o una ficción de voluntad. Los argumentos anti-voluntaristas (anti-imperativistas) en el campo del derecho son, me parece, sumamente sólidos: difícilmente se puede atribuir una voluntad real a un parlamento, muchos de cuyos miembros ni siquiera han leído el proyecto de ley que votan favorablemente, y otros votan en su contra. El voluntarismo, como exigencia de una voluntad psíquica real puede tener mayor fundamento en las directivas (incluidas las normas) en las que sea tan sólo un individuo el que emite el mensaje, aunque también puede pensarse por ejemplo en una orden en la cual el ordenante no quiere en realidad lo que ordena, pero lo hace para cumplir con su deber. Ocurre que la voluntad en el sentido de fenómeno psíquico real no tiene necesariamente un solo estrato.

<sup>31</sup> J.-L. Sourieux et P. Herat: *Le langage du droit*, Presses Universitaires de France, Vendôme 1975, p. 64: “Se entiende por canal, a la vez, el soporte (oral o escrito) del mensaje y las circunstancias específicas que acompañan a este último”. A diferencia de estos autores, no creemos que las “circunstancias específicas” sean parte del canal o medio comunicacional. Dichas circunstancias forman parte más bien de la situación comunicacional en la cual se produce el mensaje.

cional, el cual se concreta en un acto de habla, en un acto de escritura, en un acto mímico (gesto) o, en general, en un acto que suponga la aplicación concreta de un sistema de signos. Sin que se confundan entre sí, hay que dar sin embargo prioridad al acto de habla, ya que el hablar constituye la forma básica de la comunicación humana en las comunidades con un mínimo de complejidad social.

El acto comunicacional se concreta en el mensaje, esto es, en el sentido o significado de la proferencia o proferimiento lingüístico (en el caso del habla), de los escrito o de lo gestualizado (o, en general, del sistema de signos elegido). El mensaje es *lo que se dice* en el soporte comunicacional, en el canal. Para que el acto comunicacional tenga éxito requiere, como requisito primero, que su mensaje sea claro, lo cual implica el empleo de las palabras adecuadas a lo que el emisor pretende. Si el emisor se equivoca al pronunciar (o escribir) las palabras, habrá una discordancia entre lo pensado y querido por su parte y lo expresado o declarado al exterior, que es lo que el receptor recibe. Éste sólo puede percibir la declaración y no la voluntad presuntamente subyacente a la misma, por lo que si el acto comunicacional en su conjunto resulta fallido no se deberá sino a la impericia del emisor a la hora de transmitir su mensaje. También puede ocurrir que la elección de las palabras hecha por el emisor no sea incorrecta, pero las palabras en sí mismas sean susceptibles de ser interpretadas en un sentido o en otro. A la equivocación del emisor hay que añadir entonces la equivocidad y la vaguedad del propio soporte lingüístico. Lo ordinario es que este soporte sea una lengua, por lo que para que el mensaje sea exitoso y no resulte fallido, es indispensable que el emisor domine la lengua en la que se expresa. Cuando el emisor se manifiesta en varias lenguas, todas ellas con igual valor “oficial”<sup>32</sup>, al problema de equivocación (error), equivocidad y vaguedad del lenguaje, se une el de la multiplicidad de versiones, cuya exacta traducción de unas lenguas a otras no siempre es posible.

El mensaje va dirigido a un receptor, y éste, al igual que el emisor, puede ser un individuo, un grupo de individuos, una institución o un grupo de instituciones. Es un individuo, por ejemplo, cuando el profe-

---

<sup>32</sup>Tal es el caso de la Unión Europea, organización supranacional en la cual las lenguas de los Estados miembros son todas ellas lenguas oficiales en que se expresan los textos jurídicos comunitarios.

sor aconseja a un alumno sobre cómo hacer un trabajo. Es colectivo cuando el profesor aconseja a toda la clase, o cuando un Estado promulga su Código penal (en este último caso la colectividad no es sólo el conjunto de los nacionales, sino que se identifica con todos los que actúen en el territorio del Estado cometiendo presuntos delitos). Se trata de una institución cuando un Estado regula, por ejemplo, la organización de su Ejército, el cual no sólo es una pluralidad de individuos sino asimismo una institución dentro del Estado. Es un conjunto de instituciones cuando, por ejemplo, todos los municipios de un Estado reciben instrucciones por medio de una ley del suelo, o cuando a todos los Estados miembros de la Unión Europea les dirige ésta una directiva comunitaria<sup>33</sup> para que armonicen sus legislaciones en materia de seguros privados.

Para que el receptor del mensaje actúe en consonancia con éste es indispensable que entienda su contenido de significado cabalmente, pues en caso contrario, el acto comunicacional también resultará fallido. A fin de que ese acto resulte exitoso, es necesario que se cumplan las condiciones adecuadas tanto por parte del emisor como del receptor. Si éste no entiende el mensaje o lo entiende de manera distinta a como lo entiende el emisor, difícilmente podrá ser exitoso el acto comunicacional. En estos supuestos de falta de entendimiento del mensaje por parte del receptor se produce el “malentendido”. Los malentendidos son muy corrientes en la vida cotidiana y se originan por diversas causas, una de las cuales es que el receptor no interprete correctamente lo que le quiere decir el emisor. Para llegar a la interpretación correcta del mensaje es preciso que, ante la duda, el receptor pregunte al emisor, si tiene ocasión, sobre el verdadero significado que hay que atribuir al mensaje en su totalidad, o bien a esta o aquella palabra, a esta o aquella expresión. Este diálogo interpretativo puede ser la única manera de eludir el malentendido y, con ello, el fracaso del acto comunicacional, aunque no siempre es posible. Los ordenamientos jurídicos modernos suelen establecer cauces especiales para que en los supuestos de perplejidad interpretativa, el órgano que ha de aplicar una norma sobre la cual tiene serias dudas pueda (o incluso

---

<sup>33</sup> Obsérvese que en la Unión Europea uno de los tipos de normas de derecho derivado lleva el nombre de “directiva”, apropiándose de este modo de un término de significación general. Los autores suelen subrayar el escaso acierto en la terminología elegida para designar los distintos tipos de normas en el derecho de la UE.

deba) plantear cuestiones a otro órgano cuya respuesta le permita al primero despejar sus dudas y aplicar así la norma al caso<sup>34</sup>.

El marco de los actos fallidos es, sin embargo, mucho más amplio que el conjunto de los que se producen por malentendidos. Estos últimos constituyen una especie de aquellos. Una condición anterior a cualquier otra es que el acto comunicacional se haya emitido *en serio*, esto es, no como ensayo o como broma, en cuyo caso ya no se tratará del acto comunicacional genuino sino de otro tipo de acto, tales como una mentira, una broma, o incluso un acto representado como sucede en el teatro. En realidad estos actos no pueden ser considerados como fallidos en el mismo sentido que los tratados antes. Pero para no desviarnos demasiado de nuestro objetivo, dejamos para otro momento este interesante asunto y volvemos al punto en que nos hallábamos, relativo a la estructura básica de toda directiva.

Interesa subrayar que todo proceso comunicacional, incluido el que supone el acto más simple, implica necesariamente una actividad interpretativa por parte del receptor, el cual precisa de la apropiación del mensaje, esto es, literalmente, de hacerlo propio, de convertirlo en parte de su propio mundo vital, de incorporarlo a su propio acervo de experiencias dotadas de significado. Nos apropiamos de un mensaje cuando lo entendemos, o al menos creemos entenderlo, y por eso esa apropiación presupone un esfuerzo, más o menos intenso, de carácter interpretativo que permita incorporarlo a nuestro acervo vital. Esta actividad interpretativa presupone a su vez múltiples condiciones, entre las que destacan: primera, entender la lengua o sistema de signos en que el mensaje viene expresado; segunda, despejar las dudas e incertidumbres sobre todas y cada una de las palabras o unidades que componen el mensaje (cuando alguien no conoce cabalmente una lengua sino a medias y aparece en el mensaje algún vocablo que ignora, es su imaginación y su intuición la que entran en juego, bajo la dirección del sentido común que, sin embargo, muchas veces se equivoca); y ter-

---

<sup>34</sup>El ejemplo típico es la llamada cuestión prejudicial. Antes de que el juez emita su fallo el ordenamiento le permite (o incluso le obliga, dependiendo de los supuestos) a que plantee la cuestión previa de constitucionalidad o simplemente de interpretación de una norma que ha de aplicar al caso y cuyo sentido concreto le plantea incertidumbres. Otras veces la cuestión previa no tiene un significado interpretativo, como en los casos anteriores, sino que supone la espera a la decisión en una jurisdicción para poder emitir un fallo en otra jurisdicción (p.ej., cuando el juez civil ha de esperar la sentencia del juez de lo penal).

cera, acertar en la interpretación de la situación en que el emisor emite su mensaje, así como la situación en la cual el receptor lo recibe, junto a la situación en la que el mensaje ha de ser aplicado o llevado a la práctica. Aquí nos aparece el elemento situacional, sobre el que nos vamos a detener un poco.

Todo acto de comunicación se produce en una determinada situación, a la cual la llamaremos situación comunicacional. Ésta se descompone a su vez en cuatro situaciones o, mejor dicho, sub-situaciones: la situación del emisor, la del receptor, la circunstancia en que es emitido y recibido el mensaje y la circunstancia en que ha de ser aplicado (en los supuestos en que haya que aplicarlo). La situación comunicacional, por tanto, tiene una configuración compleja y su complejidad puede acrecentarse a medida que cada una de las sub-situaciones de que está compuesta adquiere un nivel mayor de complejidad. Simplificando un poco podemos decir que la situación comunicacional en su conjunto constituye un factor pragmático decisivo para la construcción hermenéutica del acto de comunicación, pues es el ámbito concreto de realidad en que todo el proceso comunicacional se inserta y en cuyo marco tiene su sentido. Todo acto tiene lugar en una situación vital, desde cuya perspectiva el acto es entendido. El mismo acto en otra situación vital probablemente adquiriría un sentido muy diferente. Como he expuesto en otro lugar, una acción o un acto (equiparamos ambos términos haciéndolos sinónimos) es el significado o sentido de un conjunto de movimientos físico-psíquicos. El sentido o significado es lo que constituye el acto, del cual los movimientos de carácter físico y psíquico no son sino su expresión externa, perceptible. Pues bien, para determinar el sentido o significado de ese conjunto de movimientos en que consiste un acto o una acción, es ineludible y, por decirlo así, prioritario, tener en cuenta la situación en que el conjunto de movimientos se ha producido. En rigor, todo acto es un acto comunicacional, pues, como decimos, todo acto es un sentido o significado y lo que es sentido o significado es por su propia naturaleza comunicacional. Pues bien, la comprensión del marco situacional en que tienen lugar los movimientos no constituye un elemento externo al acto mismo, sino que forma parte de él de modo consustancial, pues el acto adquiere su sentido de acto precisamente en esa situación, ya que en otra situación no sería tal acto, sino otro distinto.

Todas las directivas presuponen una situación genérica típica, que en cada supuesto concreto adquirirá la determinación que sea. Pondré algunos ejemplos.

Un rasgo de la situación típica del consejo es que el consejero (persona que emite el mensaje) tenga un conocimiento superior al del aconsejado (destinatario del consejo) en la materia objeto del consejo. Si una persona no tiene idea de mecánica y se pone a dar “consejos” sobre cómo reparar un automóvil, lo menos que podemos decir es que su charla carece de sentido. Y si se argumenta que dicho individuo posee unos elevados niveles de conocimiento en materia de historia, no por eso dejaremos de pensar que su discurso es un falso discurso. Otro rasgo de la situación típica del consejo es que el consejero desee el bien del aconsejado, pues si desea su mal y aconseja con esa intención, en realidad no estaremos ante un verdadero consejo sino ante una trampa. Pues el sentido del acto no sólo se mide por las palabras pronunciadas sino asimismo por la intención con que se pronuncian. Dicha intención forman parte de la situación del emisor en este caso, situación de carácter subjetivo que condiciona totalmente el sentido del acto de comunicación emitido.

En la promesa la situación típica exige que, además de que sea sincera, el promitente esté en disposición de llevarla a cabo, o sea, que no sea una imposibilidad prácticamente absoluta. Si un octogenario promete solemnemente que el año que viene, tras un periodo intenso de entrenamiento, ascenderá a la cima del Everest, es más que probable que nos haga mucha gracia su “promesa”, e incluso que alabemos su sentido del humor, pero nadie en sus cabales se lo tomará como una auténtica promesa.

En una orden la situación típica que ha de acompañarla necesariamente requiere, entre otras cosas, que quien emite la orden esté en disposición de hacerla cumplir o, en caso contrario, de infligir un mal al que desobedece la orden, o sea, de castigarle. Una aparente orden emitida por quien no tiene esa capacidad en realidad no es una orden sino un acto fallido, al menos como orden, y cuyo verdadero significado habrá de desvelar a la luz de la situación en que el mensaje ha sido omitido. Así se podrá llegar, por ejemplo, a la conclusión de que la pretendida orden es más bien un consejo, o quizás una recomendación, o puede ser incluso la expresión de un mero deseo que, para dotarle de mayor fuerza, el emisor lo ha proferido con una expresión lingüística propia de una orden.

Las directivas se emiten por lo general con la intención, por parte del emisor, de que el receptor haga algo, o deje de hacer algo. También es ordinario que se emitan con la intención de crear algo o de que algo

sea de determinada manera. Esto último sucede en lo que en otro lugar he llamado los ámbitos óntico-prácticos<sup>35</sup>, como es el caso de los juegos y también del derecho. Vayamos por partes para explicar esto que parece a primera vista algo complicado.

Las directivas aisladas (un consejo, una recomendación, un ruego, una orden) expresan la voluntad del emisor de que el receptor haga algo. Van, pues, dirigidas directamente a la acción. Salvo en la promesa, en la cual emisor y receptor<sup>36</sup> son la misma persona, la acción pretendida por el emisor ha de realizarla el receptor del mensaje. La acción del receptor, por consiguiente, es un elemento decisivo, así como también lo es la voluntad del emisor.

La voluntad del emisor está íntimamente enlazada con su intención. La voluntad expresa el querer del emisor, lo que pretende al emitir el mensaje; es un elemento anímico, psíquico, que precede y sobre todo acompaña al acto de emisión. La voluntad se concreta en la intención o propósito deliberado del acto emisor, por lo que prácticamente son equivalentes. Ya hemos dicho antes que la voluntad o intención forman parte consustancial de la situación del acto comunicacional. Un consejo o una recomendación han de estar presididos por la intención de que el aconsejado o la persona a la que se recomienda algo consigan un bien para sí mismos, y no para el consejero o para el que recomienda. Un “consejo” o una “recomendación” que no se expresen con ese propósito, sino con el objetivo de conseguir una ventaja para el consejero o para la persona que recomienda, pueden ser un simple engaño o quizás incluso una amenaza, pero nunca un consejo. En el ruego la intención del emisor es conseguir un bien que depende del receptor, el cual, por su situación, está en condiciones de otorgárselo. Si el ruego se emite en la creencia equivocada de que el receptor puede otorgar lo que se le pide, cuando en realidad no es así, estaremos ante un acto fallido, pero no ante un verdadero ruego ya que le falta la condición indispensable de emitirse en la situación que es típica del ruego, que no es otra que aquella en la cual el rogado tiene a su libre disposición el otorgar el bien que se le solicita. En la orden, el emisor del mensaje quiere que el receptor del mismo se conduzca de determinada manera, esto es, que realice una ac-

---

<sup>35</sup> *Las Reglas del Derecho y las Reglas de los Juegos*, Universidad de Palma de Mallorca, Palma, 1984, *passim*.

<sup>36</sup> Es preciso distinguir entre el receptor de la promesa, que es el mismo que la hace y queda obligado por ella, y el destinatario de la misma, que es la persona a la que se hace la promesa.

ción o que no la realice, en cuyo caso lo que pretende es una omisión; y lo quiere de tal manera que, en el caso de que el receptor no cumpla la orden, el emisor tiene a su disposición medios para sancionarle, cosa que obviamente no sucede ni en el consejo, ni en la recomendación, ni en el ruego.

Vemos, pues, que en cada tipo de las directivas aisladas la modalidad de la intención es diferente y que ésta se encuentra íntimamente enlazada con la situación típica de la directiva de que se trate. En el consejo la intención es el bien del aconsejado, que ha de decidir lo que hará por sí mismo con entera libertad, exactamente igual que en la recomendación. En el ruego la intención es conseguir el bien propio a través de un acto de otra persona, normalmente un acto de concesión, otorgamiento o simplemente dación, consciente el rogante de que el rogado no tiene obligación alguna de acceder a su ruego. En la orden la voluntad es fuerte, pretende el ordenante imponerla por encima de cualquier cosa, y en especial por encima de la voluntad del ordenado, que puede resistirse a cumplir el mandato. La orden expresa una intención decidida por parte del emisor del mensaje que puede resumirse en la expresión: “harás esto que te digo, y si no, atente a las consecuencias”. La orden conlleva implícita una amenaza para el remitido a cumplirla, y supone además que quien ordena está en situación de hacer que efectivamente la amenaza se cumpla.

La promesa es una directiva muy singular. Se diferencia de todas las demás en que el mensaje va dirigido, por una parte, a la misma persona que lo emite y, por otra, a la persona a la que se promete. Hay, así, un emisor y dos receptores. Uno de los receptores es el obligado por la promesa, que es el mismo emisor. El otro receptor es el destinatario, la persona a la que se hace la promesa, persona con la cual el emisor adquiere un vínculo especial que antes de realizarla no tenía.

Mediante la promesa el promitente se auto-obliga a algo en el futuro<sup>37</sup>. Es el promitente quien emite el mensaje (la promesa) y es él

---

<sup>37</sup> Carece de sentido el uso del verbo “prometer” para referirse a acciones o situaciones del pasado, o para acciones o situaciones hipotéticas. Es usual, sin embargo, oír expresiones en que se utiliza dicho verbo, como cuando se dice: “te prometo que el verano pasado me lo pasé trabajando y no tuve vacaciones”, o “te prometo que habría votado a ese partido si tuviesen otros líderes”. En estos casos lo que se quiere es enfatizar la idea expresada, y por eso lo adecuado sería emplear el verbo “asegurar” u otro similar. Así, “te aseguro que el verano pasado me lo pasé trabajando”, o “te aseguro que habría votado a ese partido si tuviesen otros líderes” sí adquieren su verdadero sentido.



mismo su primer destinatario que, por el hecho de emitirlo, queda obligado a cumplirla. Para que sea una verdadera promesa ha de ser sincera, esto es, ha de cumplir la condición de que el promitente al emitirla tenga la convicción interna de que hará lo que promete o, al menos, que lo intentará con todas sus fuerzas. Pues en el caso de que el promitente no tenga esa convicción, o incluso emita su mensaje promisorio con la intención de engañar a alguien (posiblemente, en primer lugar, a la persona a la que dirige la promesa), no se estará ante una verdadera promesa sino ante un acto fallido o ante un vulgar engaño.

Junto al receptor primero de la promesa, que es el mismo promitente que se auto-obliga, aquella va dirigida asimismo a un segundo destinatario, que puede ser una persona concreta, un grupo de individuos o una institución. Este segundo destinatario es ante quien se promete y se entiende que la mayoría de las veces es una persona o institución que se beneficia —aunque sea en un sentido puramente espiritual o simbólico— del cumplimiento de la promesa. Así, si un estudiante promete a sus padres que a partir de ese momento se tomará sus estudios en serio, no cabe duda de que el primer beneficiado, si cumple la promesa, será el propio estudiante, que verá cómo sus calificaciones son positivas, pero asimismo hay que considerar a sus padres como beneficiarios, pues respirarán de alivio al comprobar que su hijo está dispuesto a salir adelante en la vida.

Una especie de promesa es el juramento, el cual añade a la auto-obligación moral que resulta de la promesa un cierto carácter sagrado o religioso. Así, la jura de la bandera no es una simple promesa, sino un compromiso sagrado con la Patria. Y jurar un cargo añade un sentido trascendental a la mera promesa. En estos casos la persona que jura se auto-obliga a prestar lealmente el servicio que sea, y el beneficiario es la institución a la que presta juramento.

## IX

Con las anotaciones precedentes estamos en disposición de enfrentar los rasgos básicos del lenguaje puramente normativo. Ya hemos señalado que las directivas individuales del tipo de las aludidas son expresables en textos breves que conforman verdaderas unidades. Así los textos propios de un consejo, de un ruego o de una promesa tendrán

una complejidad y una extensión más bien escasas. En los conjuntos normativos estamos ante una realidad del lenguaje directivo mucho más complicada. Hay, no obstante, que destacar desde ahora que en los ámbitos jurídicos se usan también directivas del tipo de las analizadas, pero en conexión siempre con los textos centrales, que son el ordenamiento y el sistema, como vamos a ver. En el derecho encontramos, en efecto, promesas y juramentos, ruegos o solicitudes, consejos y recomendaciones (que pueden ser entendidos en ocasiones como deberes débiles), pero en estos casos su significado jurídico no viene dado desde sí mismos sino desde la lectura que de esos actos es posible hacer desde las normas jurídicas. Una solicitud o ruego para plantear una petición al juez, al defensor del pueblo o a la administración, no es una solicitud o ruego cualquiera, sino actos previstos por las normas del derecho, las cuales establecen canales para que este tipo de actos puedan tener lugar. Pero ésta es una cuestión colateral que dejamos para otro momento, debiéndonos centrar ahora en los textos normativos propiamente dichos.

Lo que caracteriza a las normas es que siempre se presentan formando conjuntos más o menos amplios. Las normas no existen por sí solas, desgajadas del conjunto al que pertenecen. En este aspecto son comparables a las células de un animal o a las hojas de un árbol. Tanto las células como las hojas tienen vida porque están insertas en un todo que se la proporciona. Separadas de ese todo, las células mueren, y las hojas se secan. Algo similar sucede con las normas, de cualquier género que sean. Las normas son unidades de significado —y, por tanto, de lenguaje— que pertenecen a un conjunto determinado de normas. Fuera del conjunto, las normas no existen.

Hay que hablar por eso de conjuntos normativos. Existen varios tipos. Junto a los conjuntos jurídicos (derecho), están los conjuntos morales (moral), los conjuntos de los usos sociales (decoro) y los conjuntos lúdicos (juegos). A todos estos conjuntos normativos los llamaremos órdenes normativos, y reservaremos el término “ordenamiento” para referirnos exclusivamente al derecho. El ordenamiento jurídico es, pues, un orden normativo más junto a otros órdenes normativos. Al orden normativo del juego lo llamaremos “reglamento”, por ser el “reglamento del juego” la fórmula usual para hacer referencia a las reglas del juego, sea éste el que sea.

Todos los órdenes normativos pueden dividirse en dos clases o especies: la de ámbitos prácticos y la de ámbitos óntico-prácticos. A la

primera categoría pertenecen la moral y los usos sociales. A la segunda, el derecho y el juego.

Un ámbito práctico es aquel orden normativo que es identificable por dos aspectos que son complementarios, como las dos caras de la misma moneda: En el lado positivo un ámbito práctico es expresable, todo él, en términos de normas impositivas de deberes, o sea, de normas del tipo de las *deónticas*; en el aspecto negativo, y como consecuencia de la característica precedente, el ámbito práctico carece de aparato institucional y de cauces procedimentales y, por esa razón, no conoce en su seno la existencia de normas del tipo *óntico* ni del tipo *técnico* o *procedimental*.

La moral es el ámbito práctico por excelencia, ya que en ella no hay ni tribunales, ni policía, ni árbitros, ni jueces, ni parlamentos, ni gobiernos, esto es, no hay aparato institucional alguno; ni tampoco hay procedimientos establecidos por sus normas, pues lo que la caracteriza es la exigencia de que las acciones humanas, sean del género que sean, estén presididas por la buena intención, esto es, por una intención éticamente correcta. Como dijo muy bien Kant, lo estrictamente moral es la intención, el propósito que preside la acción. Sólo en un sentido metafórico es costumbre decir que la conciencia es el tribunal de la moral. Pues la conciencia en sí misma no es una cualidad o instancia moral, sino psíquica, y por esa razón hay individuos que no experimentan remordimiento ni repugnancia alguna ante una acción horrible cometida por ellos mismos, mientras que los hay que, roída su alma por los escrúpulos, apenas pueden conciliar el sueño debido al pesar que les causa una falta que objetivamente puede ser una nimiedad.

Con los usos sociales sucede algo parecido en cuanto a sus características propias como ámbito práctico, aunque hay que reconocer que algunos de ellos presentan una ritualidad que les aproxima a los procedimientos característicos del derecho. Así, hay formas determinadas de saludo o ceremonias de etiqueta que exigen actos y vestimentas previamente establecidas con rigidez. Como se ha señalado en la bibliografía sobre los usos, tan abundante en otra época, éstos pueden considerarse como un escalón intermedio entre la moral y el derecho, ostentando por tanto caracteres de ambos.

Frente a los ámbitos prácticos, cuyo paradigma es el orden normativo moral, están los ámbitos óntico-prácticos, como el derecho y los juegos. Se caracterizan estos ámbitos por incorporar sistemas de normas de diversos tipos, no reducibles al tipo de las *deónticas*, aunque

también éstas estén incluidas. Tanto un ámbito jurídico como un ámbito lúdico son identificables por poseer como mínimo estos elementos básicos: espacio, tiempo, sujetos de la acción, competencias, procedimientos y deberes. Estos elementos no corresponden a la moral, ya que ésta por su propia naturaleza es universal, y no está limitada ni espacial ni temporalmente; tampoco los sujetos morales tienen competencias ni procedimientos.

## X

La heterogeneidad de elementos que componen un ámbito óntico-práctico se tiene que reflejar necesariamente en el texto o textos que lo expresan. Ya se ha aludido aquí al hecho básico de que en el derecho moderno el eje textual en torno al cual se configuran los diversos procesos comunicacionales está constituido por la dualidad ordenamiento jurídico/sistema jurídico. En los juegos no sucede tal cosa, no hay nada parecido a dicha dualidad pues no se configura un sistema dogmático o interpretativo que refleje el reglamento del juego, de tal modo que puede decirse que el ámbito lúdico, comparado con el jurídico, es ostensiblemente más sencillo. Si nos atenemos exclusivamente al reglamento del juego habrá que aceptar que, en su configuración textual externa, y sólo en ese aspecto, el juego se presenta como algo más complejo que la moral y en ese sentido se parece al derecho.

Al encarar el texto expresivo del reglamento del juego hay que plantearse la propuesta de un modelo genérico de normas que pueda expresar lo mejor posible la estructura lingüística profunda. Las normas del juego que se dirigen a determinar el espacio, el tiempo, los sujetos y las competencias, son expresables mediante el verbo *ser*, en su sentido prescriptivo o directivo. Dichas normas, por ser expresión del mencionado verbo son normas *ónticas*.

Hay además en todo juego otras normas que no contemplan los elementos previos a la acción, sino que establecen en qué consiste la acción o acciones de juego; son las llamadas normas técnicas o procedimentales, en razón de que determinan el procedimiento para jugar. Esas normas son “prácticas”, ya que van dirigidas directamente a la acción, la crean propiamente. Su verbo característico es *tener que*.

Por último, están aquellas normas que establecen los deberes de los jugadores, y que se limitan a determinar las acciones debidas por

éstos. Al igual que las procedimentales, son normas directas de la acción, puesto que en su textualidad, es decir, en la expresión explícita de la norma, se contempla de modo inmediato una acción humana. Este tipo de normas pueden denominarse normas *deónticas*, en atención a que su verbo característico es el verbo *deber*.

En el derecho, como ámbito óntico-práctico, encontramos asimismo los tres tipos de normas mencionados. Ahora bien, más que “encontrar” esos tipos normativos ya contruidos de antemano por el “legislador” (entendiendo esta palabra en su sentido más amplio, como sinónima de “creador de normas de derecho”), son *resultado de una construcción hermenéutica* sobre el material jurídico que el legislador proporciona. Para entender cabalmente esta afirmación es preciso tener en cuenta la dualidad ordenamiento/sistema, a la que nos referiremos después con un poco más de amplitud. Bástenos decir ahora que el eje textual básico alrededor del cual giran todos los procesos de comunicación que se dan en los ámbitos jurídicos modernos está formado por esa dualidad.

El ordenamiento es el conjunto textual que resulta de la labor del “legislador”. El texto global de la materia que éste emite está formado por múltiples textos parciales (constitución, códigos legales, leyes especiales, tratados internacionales, legislación derivada de instituciones internacionales, reglamentos administrativos, jurisprudencia de los diversos tribunales, costumbres, etc.); y aunque cada uno de estos textos parciales que componen el texto global del ordenamiento tiene una cierta (a veces una gran) unidad interna y un orden expositivo determinado, no es infrecuente que sus fórmulas sean demasiado concisas y que precisen una explicación, y sobre todo, es preciso poner en relación unos textos parciales con otros textos parciales, lo cual necesariamente supone una ardua labor de recomposición de los textos. No en el sentido de que haya que cambiar el ordenamiento, el cual es intocable mientras el legislador no decida otra cosa, sino en el de que la comprensión integral del ordenamiento exige una labor de construcción hermenéutica que conlleva múltiples tareas: determinación de la jerarquía normativa, esto es, de la prevalencia de unos textos parciales sobre otros, concreción de su ámbito espacial y temporal de vigencia, construcción del significado de las proposiciones lingüísticas que componen los textos, aclaración mediante definiciones, si es posible, de los conceptos que el ordenamiento maneja o presupone, sistematización de los contenidos

significativos obtenidos, y exposición en sistema de la materia jurídica que, de este modo, pasa a manifestarse con una luz científica que antes no tenía. Pues bien, es en el sistema donde el derecho, al menos el derecho moderno, adquiere su plenitud existencial, es en el sistema donde el ordenamiento se deja ver mejor a sí mismo, es en el sistema donde aparecen ya construidas las normas del derecho.

Tanto las normas como el sistema jurídico son el resultado de la construcción hermenéutica. Por tanto, las normas no aparecen claramente establecidas en el ordenamiento, sino en el sistema, y es para éste para el que ha de trabajar la teoría del derecho proponiendo un modelo de tipos de normas que permita ordenar la materia mejor que ningún otro. Esto quiere decir, entre otras cosas, que el modelo teórico que la teoría del derecho proponga ha de permitir entender el lenguaje del “legislador” mejor que el propio “legislador”, lo cual es posible porque quien construye el sistema, que es la comunidad de los científicos del derecho, posee mejores instrumentos de comprensión que aquel. Hay que tener en cuenta, sin embargo, que el modelo de tipos de normas propuesto siempre estará sujeto al debate y a la duda<sup>38</sup>, pues a diferencia de los que sucede en el terreno de las ciencias de la naturaleza, que pueden contrastar su lenguaje con los hechos, en el caso del derecho no disponemos de semejante posibilidad de comprobación. Las propuestas de la teoría del derecho están sometidas al albur de los vaivenes de las concepciones dominantes en el seno de la clase profesional de los juristas, que en unos períodos hará uso de unos modelos, y en otros períodos se dejará guiar por otros distintos.

Desde la perspectiva de la teoría comunicacional del derecho el modelo teórico de normas jurídicas que se propone está fundamentado en la idea de buscar el principio normativo profundo, esto es, el

---

<sup>38</sup> Es más, los diversos modelos teóricos pueden aplicarse a la materia jurídica (al ordenamiento) con independencia unos de otros. Y esta aplicación puede hacerse de manera consciente o inconsciente. Cuál sea el modelo mejor para su aplicación y consiguiente comprensión de la materia ordinamental, es una cuestión abierta a las distintas opiniones de los juristas. Por ejemplo, un jurista se puede manejar con un modelo homogéneo de normas jurídicas, según el cual dichas normas poseen todas ellas dos miembros, supuesto de hecho y consecuencia jurídica, conectados por medio de un nexo de deber o deber ser. Si adopta ese modelo, deberá construir todas las normas del derecho positivo al que sirve o del que es órgano siguiendo la pauta de ese modelo. Si por el contrario se decanta por un modelo heterogéneo, lo que parece ser que se impone en la actual teoría del derecho, habrá de partir de los diversos tipos de normas y su correspondiente estructura lingüística así como la función intrasistémica que cumplen, y de acuerdo con esos criterios habrá de construir las normas jurídicas del derecho vigente.

verdadero significado de las unidades proposicionales que componen el sistema, teniendo en cuenta dos coordenadas básicas: la relación de dichas unidades proposicionales con la acción y las relaciones de las diversas unidades proposicionales entre sí.

El primer criterio nos parece el decisivo, pues si bien es cierto que en el derecho no todos sus elementos se relacionan directamente con la acción humana, no lo es menos que el conjunto del derecho adquiere su sentido último precisamente desde la perspectiva más o menos próxima de dicha relación. Las acciones humanas constituyen el referente necesario de todo lo jurídico, y en esto el derecho no se diferencia de cualquier otro orden normativo. El orden normativo moral está pensado para la acción con significado moral, los usos sociales para las acciones de los individuos en sociedad que no sean estrictamente jurídicas, los juegos tienen su reglamento para regular las acciones de juego... Lo mismo sucede en el derecho: Nada en él tiene sentido si no se lo conecta con las acciones, aunque dicha conexión no siempre sea próxima o inmediata. De ahí que la principal clasificación de las normas jurídicas que hemos propuesto haga explícito ese criterio al dividir aquellas en dos grandes categorías: las normas jurídicas indirectas de la acción y las normas jurídicas directas de la acción.

Este criterio sirve en primer lugar para llamar la atención sobre la conexión de toda unidad proposicional normativa con la acción, que así se eleva a realidad central y centro de referencia de todo lo jurídico. Es útil, en segundo término, para establecer el verbo modal característico de los distintos tipos de normas del derecho. Estableciendo primero los elementos previos a la acción (por ejemplo, el espacio, el tiempo, los sujetos o las capacidades de éstos), se les adscriben después unidades proposicionales cuyo verbo característico no sea de los verbos que implican un referente activo, esto es, un género de acción cualquiera. Así, la norma que se refiere al espacio, para determinarlo o crearlo, no tiene por qué emplear un verbo que implique acción, sino justo lo contrario, su verbo caracterizador ha de ser de un tipo que no implique referencia directa a acción alguna. Por ese motivo hemos elegido el verbo *ser*, pero no en sus funciones descriptivas (como cuando decimos “el sol es luminoso”) o adscriptivas (como cuando decimos “Juan es bondadoso”), sino en su función directiva, esto es, constitutiva o creadora de un elemento del ser del ámbito. De modo similar a cómo narra la Biblia que Dios creó el mundo con su palabra, y en concreto utilizando el verbo *ser* en este sentido creativo o directivo, al exclamar “¡Sea la luz!,

¡*Sean* la Tierra y los astros!, etc. También el creador de un juego establece de esa forma el tablero y dice: “*Sea* el espacio de este juego un tablero de 64 cuadros, 8 de ancho por 8 de largo”, o simplemente en vez de emplear el verbo *ser* en su forma imperativa hace uso de él en su forma indicativa, pero con el significado directivo, y proclama: “El tablero del ajedrez *es* un espacio de 64 cuadrados, 8 por 8”.

De modo similar se puede proceder con las expresiones lingüísticas destinadas a reflejar el significado profundo de los elementos temporales. El tiempo constituye, al igual que el espacio, una dimensión ineludible en todo lo que se refiere a la vida humana y, por tanto, también en todo lo jurídico. Las acciones jurídicamente relevantes han de tener lugar en un marco temporal determinado, la vida de las normas viene marcada por unos límites en el tiempo: Toda norma tiene su ámbito de vigencia temporal durante el cual tiene validez, pero pasado el mismo la pierde, la derogación es la forma normal en que las normas de un ordenamiento jurídico proceden a eliminar otras normas, el tiempo afecta a la condición jurídica de las personas al determinar su edad si es mayor o menor de edad, lo que tiene unas consecuencias jurídicas muy claras para las personas... En fin, nadie puede poner en duda que, al igual que el espacio, el tiempo constituye un marco dentro del cual todo lo jurídico se desarrolla y, por tanto, ha de afectar necesariamente a aspectos muy variados. La teoría del derecho se ha de proponer la traducción en términos normativos de esos elementos temporales, lo cual quiere decir que ha de encontrar la fórmula para expresar el tiempo en relación con aquellos elementos de un ordenamiento que tienen necesariamente una dimensión temporal. Ahora bien, regular el tiempo no es regular directamente las acciones que, como sabemos, constituyen el punto de referencia central de todo ordenamiento jurídico. El tiempo es un marco dentro del cual las acciones han de producirse. Afecta a las acciones pero no sólo a ellas, también a las normas de todo tipo (empezando por la constitución), a las personas, a las cosas, a los procesos ante los jueces, etc. Las unidades lingüísticas de carácter normativo que hayan de regular la dimensión temporal de cualquier aspecto del derecho no pueden ser normas directas de la acción, ya que el tiempo no es una acción ni una especie de acciones, sino más bien algo que hay que establecer previamente a éstas.

Los razonamientos precedentes están en la base de la “decisión” de la teoría comunicacional de expresar los aspectos temporales bajo



la forma de normas indirectas de la acción y, por tanto, del tipo de las normas ónticas, que vienen expresadas por el verbo *ser* directivo. Estas normas se limitan a establecer el lapso temporal de algo dentro de un ordenamiento jurídico. Ese “algo” puede ser, por ejemplo, la mayoría y la minoría de edad de las personas físicas. Supongamos que el precepto o disposición del derecho positivo sea una norma del Código civil que diga: “La mayoría de edad se adquiere al cumplir los 18 años”. Podría parecer, a primera vista, que este precepto expresa una acción, ya que emplea el verbo “adquirir”. Pero una interpretación sencilla del precepto enseguida llevará a la conclusión contraria. En efecto, para alcanzar la mayoría de edad, esto es, para cumplir los 18 años, el sujeto no puede hacer realmente nada; antes al contrario, eso de cumplir años es algo que a uno le pasa, en eso todos somos sujetos pasivos y no podemos dejar de ser sujetos pasivos, es el tiempo el que se vierte sobre nosotros, y no nosotros sobre el tiempo. La vida humana es, ante todo, tiempo y, por eso, puede ser además otras cosas, como proyecto, prisa o naufragio, como gustaba de repetir nuestro gran filósofo, José Ortega y Gasset. Ahora bien, si yo no puedo hacer nada para ser mayor o menor de edad, sino que cualquiera de estas dos cosas es algo que no depende de mí, algo que me pasa, quiera yo o no, no queda otro remedio que aceptar que el verbo “adquirir” del precepto mencionado no es en realidad un verbo de acción, y que su significado profundo es simplemente que el derecho vigente en un país establece autoritariamente el comienzo de la mayoría de edad al cumplir los 18 años sin dar opción a los individuos a que hagan nada. Por tanto, esta sencilla operación interpretativa nos lleva a la conclusión de que la norma que haya de expresar con acierto el mensaje que el ordenamiento nos transmite no puede ser de las del tipo de normas directas de la acción, sino que, por el contrario, ha de pertenecer al tipo de las normas indirectas.

Con este sencillo ejemplo puede comprenderse fácilmente la tesis de que las normas jurídicas no vienen dadas de modo inmediato por los textos que componen el ordenamiento jurídico, sino que son el resultado de una construcción hermenéutica más o menos compleja. En el ejemplo anterior esa construcción tiene una escasa complejidad, pues no parece discutible el argumento básico de que el individuo no puede hacer ni dejar de hacer nada en absoluto para alcanzar esta o aquella edad y que, por tanto, carecería de sentido entender que el verbo “adquirir” ostentara en el texto del precepto una significación ac-

tiva, como cuando se dice que una persona adquiere un producto en un establecimiento comercial. En este caso sí hay una acción, que en términos jurídicos podría equivaler a una compraventa, desde el momento en que el individuo efectivamente realiza una serie de operaciones cuyo conjunto llamamos comprar o adquirir una cosa. Pero, obviamente, no es ese el caso en el precepto que establece la mayoría de edad.

Estos razonamientos están en la base de la elección del verbo directivo apropiado para expresar del modo más adecuado posible las proposiciones normativas de este género, esto es, de las que expresan aspectos temporales que afectan a diversos componentes del ordenamiento jurídico. Los mismos razonamientos pueden ejercitarse respecto a las normas que determinen los sujetos potenciales de la acción. La señalización de los sujetos no puede expresarse mejor —creemos— que por medio de una norma óptica, esto es, expresable mediante el verbo *ser* directivo. En efecto, la determinación de la mayoría de edad (y, consiguientemente, también de la minoría de edad) no significa otra cosa que la determinación de los sujetos potenciales de las acciones relevantes para el derecho que un ordenamiento jurídico establezca. Con gran generalización puede afirmarse que en los diversos ordenamientos jurídicos la concreción de la mayoría de edad permite que se sepa quiénes son los sujetos de múltiples acciones jurídicas, mientras quienes no ostentan aquella condición no son sujetos de dichas acciones.

Más problemas puede plantear el hecho de incluir entre las normas ópticas a aquellas proposiciones normativas que tienen por objeto determinar el marco competencial de un órgano o el ámbito de acción de un sujeto a quien el ordenamiento le ha concedido un derecho subjetivo.

Podría parecer, en efecto, que las pertinentes para esta función de señalamiento de competencias y derechos subjetivos debieran ser proposiciones lingüísticas de carácter normativo en las cuales el verbo caracterizador fuese el verbo *poder*. Si la competencia de un órgano alude a los poderes del mismo, y el derecho subjetivo de una persona también se refiere a los poderes que el ordenamiento jurídico concede, parecería lo más lógico que las proposiciones normativas que regulasen esos poderes usaran precisamente del verbo señalado. ¿Qué más natural que si queremos expresar en un texto jurídico los poderes de un órgano del Estado, o de una sociedad anónima, o de cualquier

otro género de sociedad, empleemos el término “poder”? ¿Y cómo no pensar exactamente lo mismo al referirnos a los poderes que conforman el contenido de un derecho subjetivo? Tropezamos, sin embargo, con una dificultad, que no es otra sino que el verbo *poder* tiene dos significados claramente distintos aunque conectados entre sí.

El primer significado del verbo “poder”, entendido naturalmente dentro del marco de un ordenamiento jurídico determinado, se refiere al conjunto de acciones posibles jurídicamente relevantes que corresponden a un órgano o a una persona. Dentro de ese conjunto de acciones *posibles* entran tanto las acciones lícitas como las ilícitas.

Si se examina, por ejemplo, el concepto de competencia del juez, se caerá en la cuenta enseguida que integra acciones lícitas e ilícitas. El juez tiene poder para juzgar, dictar sentencia y hacer ejecutar lo juzgado y sentenciado. Si estas acciones las lleva a cabo siguiendo los requerimientos de la ley, sus actos serán lícitos. Pero, si por ejemplo, emite una sentencia injusta a sabiendas de que es injusta, habrá cometido un acto ilícito. Hay que preguntarse: ¿Puede un juez emitir sentencia prevaricadora?, o sea, ¿le es posible a un juez dictar dicha sentencia? La palabra “puede” significa aquí “le es posible”, y corresponde al sentido amplio del verbo poder, que estamos comentando. Es evidente que si a alguien le es posible dictar sentencia es al juez, puesto que los que no somos jueces no podemos emitir sentencias. Ahora bien, si es únicamente el juez quien emite sentencias, no es menos evidente que es únicamente el juez el que puede (le es posible) dictar sentencia prevaricadora.

Este mismo análisis es trasladable al derecho subjetivo. El titular del derecho subjetivo de propiedad sobre una finca rústica puede (le es posible) realizar múltiples acciones jurídicamente relevantes: puede habitar su finca, venderla, hipotecarla, donarla, alquilarla, cultivarla, etc. Todas éstas son acciones lícitas que el propietario puede realizar sobre la finca. Pero, junto a esas acciones lícitas, también le es posible al propietario realizar acciones ilícitas, como cuando no permite el paso a los que habitan en la finca colindante no respetando así el derecho de servidumbre, o cuando levanta una construcción en un lugar determinado para privar de las vistas a sus vecinos, o cuando construye una barbacoa justo en un sitio próximo a la vivienda del propietario de la finca contigua, pudiéndola haber construido en lugar más apartado de tal modo que no le molestasen los humos. Estas acciones y otras similares se las comprende bajo el concepto de “abuso del derecho”, el

cual viene a expresar el conjunto de acciones ilícitas que el titular del derecho puede (le es posible) realizar al ejercerlo.

¿Quién puede dudar de que es precisamente el titular del derecho subjetivo el que puede (en este sentido que hemos señalado, de serle posible) realizar se tipo de actos ilícitos? Tanto en el caso del juez que prevarica, como en el del propietario que abusa de su derecho de propiedad, estamos ante actos ilícitos que le son posibles a ambos precisamente por la situación en la que el ordenamiento jurídico les ha posicionado. Al juez, en el ejercicio de sus funciones, le es posible realizar actos lícitos y también actos ilícitos. Al propietario, en el ejercicio de su derecho, le es también posible actuar lícita e ilícitamente. Ese “ser posible” es equivalente al “poder” en su sentido amplio, que engloba tanto las acciones lícitas como las ilícitas.

Junto a ese sentido amplio, el término “poder” es usado también en un sentido restringido, equivalente tan sólo al conjunto de acciones *lícitas*. En esta acepción “poder” no significa simplemente posibilidad de acción, sino asimismo “autorización”. El ordenamiento jurídico autoriza al juez a dictar sentencia, pero no le autoriza a dictar sentencias prevaricadoras. El derecho autoriza al propietario a vender o hipotecar la cosa, pero no le autoriza a realizar actos sobre la cosa cuya exclusiva finalidad sea producir un daño a otras personas sin obtener un beneficio para sí (o sea, no le autoriza a abusar de su derecho subjetivo).

Usando un juego de palabras algo complejo pero muy revelador, podemos decir entonces que el juez “puede” (en el sentido amplio del verbo poder, como equivalente a que le es posible) dictar sentencias tanto lícitas como prevaricadoras, pero “no puede” (no está autorizado para) dictar estas últimas, por lo que sólo “puede” (está autorizado para) dictar sentencias lícitas. De igual manera puede decirse que el titular de un derecho subjetivo “puede” realizar actos lícitos e ilícitos sobre la cosa objeto de su propiedad, pero “no puede” (no está autorizado para) abusar de su derecho, por lo que únicamente “puede” (está autorizado para) realizar sobre la cosa los actos lícitos.

De lo expuesto se deduce que el verbo “poder” tiene dos acepciones íntimamente conectadas pero diferentes. El poder en sentido amplio equivale al conjunto de las acciones posibles para un determinado sujeto, mientras que el poder en sentido estricto, como sinónimo de autorización, equivale tan sólo al conjunto de las acciones lícitas. El “cálculo” del poder en sentido estricto o propio (autorización) se hace restando al poder en sentido amplio (competencia, derecho subjetivo),

o sea, al conjunto de acciones posibles, el conjunto menor de las acciones ilícitas. El resultado es otro conjunto: el de las acciones posibles lícitas o autorizadas, que es lo que se entiende normalmente que conforma el contenido de la competencia y del derecho subjetivo.

A la hora de formular en términos lingüísticos apropiados las normas de competencia y las normas que establecen derechos subjetivos se puede elegir el verbo “poder” en el sentido amplio mencionado, pero esa elección chocaría con lo que habitualmente se entiende por poder. En el lenguaje común se identifica prácticamente el poder con la autorización, o sea, con el poder en sentido restringido. Por ese motivo es más razonable dejar el verbo directivo “poder” para las normas *autorizativas*, mientras que para las de competencia y las creadoras de derechos subjetivos lo idóneo es elegir otro verbo. Ante la dificultad de encontrar el verbo directivo adecuado para cumplir esa función, una posibilidad no desdeñable es incluirlas bajo la formulación de las normas ónticas, esto es, las que alcanzan su verdadero significado por medio del verbo *ser* directivo.

De ese modo las normas competenciales y las normas que establecen derechos subjetivos podrían ser formuladas como proposiciones normativas con verbo *ser* directivo y cuya función consiste en señalar *cuáles son* las acciones *posibles* de un órgano, lo que implica el concepto de competencia de dicho órgano, o bien *cuáles son* las acciones posibles del titular de un derecho subjetivo determinado. La norma contendrá entonces el conjunto de todas las acciones jurídicamente posibles del órgano o del titular del derecho subjetivo, y vendrá formulada de manera similar a ésta: “*Son* acciones posibles jurídicamente relevantes de tal o cual órgano las siguientes:...” . O bien: “Las acciones posibles jurídicamente relevantes del derecho subjetivo de propiedad *son* las siguientes...” . A continuación de estas frases se enumerará la lista de acciones posibles, completando de ese modo la norma de competencia o la norma que concede un derecho subjetivo.

Esta modalidad expresiva tiene varias ventajas. La primera ventaja es que se soluciona el problema de la ambigüedad semántica de verbo “poder”, dejándolo en exclusiva para las normas que autorizan, esto es, para aquellas que determinan los actos lícitos posibles jurídicamente para un órgano determinado o para el titular de un derecho subjetivo. Si se acepta tal reformulación hermenéutica se resuelve esta cuestión de la dualidad semántica de un modo muy nítido y probablemente convincente. La segunda ventaja responde a una razón de

fondo, más importante quizás que la anterior. Si nos fijamos bien, el concepto de competencia no implica la existencia inmediata de normas que vayan dirigidas a la acción, en el sentido de que del conjunto de acciones que componen la competencia, habrá unas que sean obligatorias, otras permitidas, y otras no permitidas, o sea, prohibidas. El referente práctico de la noción de competencia es todo ese amplio conjunto de actos, sin que por él mismo se pueda discernir cuáles son los actos obligatorios, cuáles los permitidos y cuáles los prohibidos. Se necesitan otras normas que establezcan esas calificaciones de los actos. La competencia en sí misma tan sólo va referida a todos los actos que le corresponden, sin determinar aún la condición de los mismos. Para determinar dicha condición habrá que recurrir a otros tipos de normas: los actos que, dentro de la competencia, sean obligatorios estarán determinados por normas deónticas, es decir, de las que establecen deberes, y lo mismo sucederá con los actos prohibidos, con la única diferencia de la diversa formulación lingüística (“debes” en el primer caso; “no debes” en el segundo). Los actos permitidos serán objeto de especificación normativa (“puedes” en sentido restringido) o bien de formulación genérica (“lo que no está prohibido está permitido”).

Como puede apreciarse por los análisis que venimos realizando, el modelo de normas jurídicas propuesto no responde a unos criterios que puedan ser verificables, si tomamos la palabra verificación en su sentido más propio. Pero esto no sólo le sucede a la teoría comunicacional sino que es propio de todas las teorías sobre el derecho. Los modelos propuestos por las diversas teorías jurídicas no pueden ser comprobados por ningún tipo de experiencia. Lo único que puede hacerse con respecto a ellos es preguntarse si son aceptables y si, siéndolo, pueden explicar mejor que otros lo que pretenden. En los párrafos precedentes lo que me he propuesto es simplemente manifestar algunas de las razones que avalan el modelo normativo propuesto en diversos lugares de mi obra.

Hasta ahora nos hemos referido a las normas ónticas (expresables en su significado profundo mediante el verbo *ser* directivo) que tienen por función regular o establecer elementos previos a la acción: el espacio, el tiempo, los sujetos y las competencias. Estos elementos son comunes a todos los ámbitos óntico-prácticos, esto es, a los juegos y al derecho. Pero en éste hay que pensar además en normas ónticas generadoras de otros elementos que no aparecen normalmente en los

juegos. Nos referimos en especial a la determinación de las fuentes del derecho.

Esta expresión metafórica (“fuentes del derecho”), tradicional y algo arcaica, se refiere tanto a las decisiones creadoras de textos jurídicos como a estos mismos textos; tanto a la decisión de un poder o autoridad como a las normas que han sido creadas por aquella decisión. Por ejemplo, fuente del derecho es tanto la decisión del poder legislativo en virtud de la cual se crea la ley, como también ésta misma, la ley. A diferencia de los reglamentos de los juegos, que normalmente permanecen prácticamente invariables una vez establecidos, los ámbitos jurídicos se manifiestan como sumamente dinámicos, sobre todo en las sociedades complejas. La complejidad del derecho, reflejo de la social, no sólo se manifiesta en el cambio normativo incesante, sino asimismo en la complejidad de los tipos de textos normativos, los cuales están ordenados tanto por niveles jerárquicos como por marcos competenciales.

## XI

Una de las cuestiones más importantes a la hora de conocer un ordenamiento jurídico determinado, por no decir la más importante de todas, es la de sus “fuentes”. Pues gracias a ellas no sólo seremos capaces de “conocer” cómo es ese derecho vigente por dentro, sino igualmente de aplicarlo de acuerdo con sus propias reglas internas.

La primera cuestión que se plantea siempre un práctico del derecho (juez, abogado, notario, funcionario) o, en general, cualquier persona, es la de qué normas son las aplicables al caso o problema que trata de resolver o sobre el que intenta orientarse. La aplicación del derecho está íntimamente vinculada a la determinación concreta de las fuentes, o sea, de las normas relevantes en la resolución del caso. La dimensión teórico-práctica de las fuentes del derecho queda así plenamente justificada. Por eso, todos los ordenamientos jurídicos se esfuerzan en conseguir claridad sobre ese punto, aunque —hay que decirlo— pocas veces lo consigan de manera satisfactoria.

En el derecho español vigente, a pesar de la reforma del Título preliminar del Código Civil (llevada a cabo en 1974), no se ha conseguido la claridad necesaria ni mucho menos. No sólo porque hayan quedado en el aire multitud de problemas interpretativos, sino tam-

bién porque la formulación del Código ha de ser coonestada con un esquema institucional y de organización del Estado que cambió profundamente a raíz de la Constitución de 1978.

En el derecho de la Unión Europea nos encontramos con una situación aún peor, pues es bien sabido que una “asignatura pendiente” desde los comienzos de la integración europea ha sido la clarificación de un ordenado sistema de fuentes del ordenamiento jurídico comunitario.

La teoría del derecho, en el capítulo dedicado a las “fuentes”, tiene siempre muchas tareas por delante, pero la primera de ellas es la de determinar cómo es la norma que establece cuáles son las fuentes de un ordenamiento jurídico, a qué tipo pertenece. Como puntos de referencia en el derecho español podemos tomar, para nuestra reflexión, las dos versiones del Título Preliminar de nuestro Código civil: la antigua, anterior a 1974, y la nueva, la de 1974.

En la versión primera decía el artículo 6º del Código civil: “El Tribunal que rehúse fallar a pretexto de silencio, oscuridad o insuficiencia de las Leyes, incurrirá en responsabilidad. Cuando no haya Ley exactamente aplicable al punto controvertido, se aplicará la costumbre del lugar y, en su defecto, los principios generales del Derecho”. Obsérvese que en este artículo la enumeración de las fuentes del derecho español (ley, costumbre y principios generales del derecho) viene formulada en un contexto aplicativo. El precepto se dirige a los jueces, primero para prohibirles el *déni de justice*, y a continuación, para exigirles que la aplicación del derecho al caso se haga siguiendo una regla: primero, se debe aplicar la ley, y cuando no haya ley exactamente aplicable, se debe aplicar la costumbre y, a falta de ésta, los principios generales del derecho. Si se traduce el contenido semántico de este precepto en los términos de las proposiciones normativas del modelo propuesto por la teoría comunicacional, diríamos que la norma que se adapta mejor a la literalidad del precepto sería una norma deóntica cuyo objeto sea establecer el deber de los jueces y tribunales de aplicar el derecho, y de aplicarlo de una determinada manera, siguiendo el orden jerárquico establecido por la disposición (ley, costumbre, principios).

Sin embargo, no parece la anterior la mejor de las formulaciones normativas posibles, habida cuenta de que el derecho no sólo lo deben aplicar los jueces, sino asimismo todos los órganos del Estado, y no sólo éstos, también los particulares en cuanto, por ejemplo, realicen negocios jurídicos. El deber de aplicación de las normas jurídicas por



parte de los jueces no excluye en modo alguno el mismo deber de los demás órganos y personas que quieran actuar o tomar sus decisiones de acuerdo con el derecho. La formulación del precepto positivo, y la que podría derivarse de él en términos de proposiciones normativas, son correctas, pero parciales si se tiene en cuenta que la idea que anida en el precepto tiene un alcance mucho más amplio que el que se desprende de su literalidad y de su sentido.

La formulación de la nueva versión del Título Preliminar es distinta. En su actual artículo 1º, párrafo 1, dice el Código civil: “Las fuentes del ordenamiento jurídico español *son* la ley, la costumbre y los principios generales del derecho” (cursiva del autor). Después, en los párrafos que siguen en el mismo artículo se establece el principio de jerarquía, y se puntualiza el papel que juegan la costumbre, los principios, los tratados y la jurisprudencia. Y el último párrafo del artículo impone el “deber inexcusable” de los jueces “de resolver en todo caso los asuntos de que conozcan, ateniéndose al sistema de fuentes establecido.” Este artículo que comentamos supone, a mi parecer, una formulación más correcta que la versión antigua, desde el momento que establece el sistema de las fuentes del derecho español de una manera general, esto es, para todo aquel que deba o quiera aplicarlo, y hace de la aplicación judicial una modalidad concreta, si bien muy relevante, ya que la regula expresamente para prohibir la denegación de administración de justicia.

¿Por qué motivo la formulación lingüística de la versión de 1974 es superior, desde el punto de vista de una teoría general de las normas jurídicas, a la versión originaria? El motivo no puede ser otro sino que se apunta en la dirección correcta. ¿Qué queremos decir con esto?

El lenguaje tiene, en las diversas lenguas en que se concreta, posibilidades múltiples de expresión, lo que conlleva que no sólo se pueda decir lo mismo, o casi lo mismo, con distintas formulaciones literales, sino que además es relevante, diríamos incluso que sumamente relevante, el “co-texto” y el “contexto” en que viene dada una expresión concreta. Tenemos, por consiguiente, estos tres aspectos: Primero, el hecho de que la comprensión de frases literalmente distintas puedan llegar, considerándolas en sí mismas, es decir, desprendidas de su “co-texto” y de su contexto, al mismo significado. En segundo término aparece la noción de “co-texto”, que conecta el texto analizado con el texto total al que pertenece aquel. Por último, hay que contar asimismo con el “contexto”, o sea, con la situación en la cual se inserta el significado

concreto que la preferencia explícita tiene en relación con el texto total al que pertenece.

Estas consideraciones de carácter general pertenecen a la teoría lingüística y tienen múltiples aplicaciones. Pero las traemos aquí a colación, vinculándolas a un problema hermenéutico concreto, para de esa forma mostrar de qué manera opera en el fondo de sus construcciones la teoría comunicacional del derecho. Nos detendremos un momento en cada una de estas operaciones, para volver después a su respectiva aplicación al asunto de las fuentes.

Uno de los tópicos más comunes en la lingüística es que dos frases (y también dos oraciones o proposiciones) distintas pueden tener el mismo referente, es decir, aludir al mismo objeto con el mismo significado. El ejemplo típico: la frase “el lucero matutino” y la frase “el lucero vespertino” son, sin duda dos expresiones distintas que, sin embargo, se refieren al mismo planeta: Venus. La literatura clásica está plagada de estos juegos semánticos identificativos. Homero, sin ir más lejos, los emplea constantemente, así cuando para referirse a Aquiles le llama “el de los pies alados”. Cervantes suele sustituir a Don Quijote con la expresión “el Caballero de la Triste Figura”, y a él mismo se le suele denominar “el manco de Lepanto”. En el lenguaje ordinario de nuestros días es asimismo muy común esta técnica lingüística sustitutoria. Incluso algunos usan de una perífrasis, o circunlocución, para referirse a sí mismos, como cuando dicen “este ministro que les habla” en lugar de decir “yo”; o más castizamente, cuando oímos, para sustituir al pronombre de la primera persona, la expresión “el hijo de mi madre”. Una forma de decir lo mismo es la referencia a una de las partes como cuando se dice que “el rebaño tiene 100 cabezas” en lugar de decir “100 ovejas”; todos entendemos que a las ovejas no se les ha cortado sus cabezas, sino que estamos ante una licencia del lenguaje, o tropo retórico, que suele llamarse sinécdoque. Otra figura retórica de sustitución lingüística es la metonimia, que consiste en aludir a una realidad por medio de una palabra o expresión relacionada con ella, como cuando se dice que Cervantes era “diestro en el uso de la pluma”, queriendo decir con ello que era un gran escritor. Ahora bien, estas figuras o juegos del lenguaje no tienen por qué darse tan sólo en relación a los sustantivos comunes o a nombres propios, sino que pueden afectar también a las ideas y las expresiones lingüísticas en que las ideas se encarnan.

En la formulación expresa del antiguo artículo 6º del Código Civil, la indicación de las fuentes del derecho español se hace referida a la

aplicación de dicho derecho por los tribunales. Pero está implícito en dicho precepto que, si los jueces han de aplicar las normas que componen el ordenamiento jurídico de la manera establecida en él, también lo habrán de hacer así el resto de los operadores jurídicos y de las personas particulares. La disposición se refiere de manera expresa tan sólo a una parte de los aplicadores, los jueces, pero teniendo en cuenta que éstos son los operadores decisivos, no queda otra alternativa que pensar que los que pretendan aplicar las normas a los problemas concretos han de proceder de manera idéntica, como si ellos mismos fueran jueces. Estas consideraciones se derivan además del “co-texto” en que el mencionado precepto se halla inserto, el Título Preliminar, que en su versión antigua se titulaba “De las Leyes, de sus efectos y de las reglas generales para su aplicación”. La referencia a los tribunales parecería a primera vista que no es una regla general dirigida a todos, sino sólo dirigida a los jueces. Ahora bien, es perfectamente entendible que se la interprete como una regla general, dirigida a todos los “aplicadores” del derecho español, entendiendo esta palabra en su sentido más amplio, como acabamos de ver. Esta construcción hermenéutica del sentido de la norma se hace más evidente si se atiende al “contexto”, que no es otro sino el significado normativo que tenía (y sigue teniendo aún hoy, pero en este caso mediatizado de manera contundente por la Constitución de 1978) el Título Preliminar como texto normativo aplicable al conjunto del derecho español.

En 1974 se cambia la literalidad del precepto, como ya hemos visto, declarando ahora el artículo 1º en su párrafo primero cuáles *son* las fuentes del ordenamiento jurídico español. Obsérvese que esta declaración coincide con la anterior en un aspecto sustancial: son oficialmente fuentes del derecho español la ley, la costumbre y los principios generales del derecho. Exactamente las mismas que antes. Pero hay un aspecto diferenciador: la enumeración de esas fuentes no se hace en un exclusivo marco de la aplicación del derecho que corresponde a los tribunales, y por eso se le da esa formulación generalísima de “*son* fuentes...”; por tanto, con la idea de fondo de que se apliquen por quien sea, esta vez sí con carácter de auténtica regla general. La versión original y la revisada son, si se atiende a su estructura significativa profunda, prácticamente idénticas, pero su formulación expresa es obviamente distinta.

Entonces habrá que preguntarse: ¿cuál de las dos se ajusta más a lo que se quiere decir, al pensamiento que subyace a ambas expresio-

nes explícitas? Parece que no hay duda de que la versión revisada es más correcta, porque responde justamente a la idea de fondo, y por eso decimos que esa versión apunta en la dirección adecuada.

¿Qué ha variado en el “co-texto” del precepto que comentamos en su versión actual? Han variado muchas cosas. Mencionaremos algunas. Ha variado el lugar del precepto (del artículo 6º ha pasado al artículo 1º). Ha variado el rótulo del Título Preliminar, que antes era “De las Leyes, de sus efectos y de las reglas generales para su aplicación”, y ahora es “De las normas jurídicas, su aplicación y eficacia”. Del legalismo (obsérvese que en la antigua versión la “Ley” iba siempre con mayúscula, a diferencia de la actual, que utiliza la minúscula: “ley”) se ha pasado al normativismo. Ha variado también el acompañamiento que a la ley se hace de las otras fuentes normativas, explicitando en el artículo 1º aspectos omitidos en la antigua versión, referentes a la costumbre, a los principios, a los tratados internacionales y a la jurisprudencia de los tribunales. Como puede apreciarse en el “co-texto” han variado múltiples aspectos que han de tenerse en cuenta a la hora de desentrañar el sentido profundo de los preceptos y de las normas que de ellos resultan.

Además de estas variaciones no menores del “co-texto”, se ha producido asimismo una modificación sustancial del “contexto” de la normativa que, estando vigente antes de la Constitución de 1978, conserva su vigencia en la actualidad, como sucede con el Título Preliminar. La aprobación de la Constitución española de 1978 ha dado un giro sustancial al conjunto del ordenamiento<sup>39</sup>, de tal modo que el sentido de los preceptos del Título Preliminar ha de vincularse estrechamente con las normas constitucionales, las cuales han establecido un nuevo

---

<sup>39</sup>Para algunos este giro es tan decisivo que no se recatan de hablar de una nueva teoría del derecho, el constitucionalismo. Razonan del siguiente modo: las constituciones posteriores a la segunda guerra mundial han introducido una nueva manera de ver el derecho, condicionada por el contenido de sus preceptos, pues junto a la determinación de la forma de gobierno han implantado un verdadero sistema ético-jurídico (derechos fundamentales, principios constitucionales). Este fenómeno constitucional es de por sí tan importante que se precisa nada menos que una nueva teoría del derecho, a la que se denomina constitucionalismo. Este razonamiento me parece tan absurdo como el siguiente: Puesto que en determinadas zonas de Asia, no holladas hasta ahora por el pie humano, se están hallando nuevas especies animales, es preciso construir en base a estos nuevos hallazgos toda la biología y toda la zoología. Una constitución, igual que una especie animal, es un objeto de estudio y de investigación, y no una perspectiva epistemológica o metodológica. Lo que hace el sedicente constitucionalismo es transformar el objeto en perspectiva, un error por otra parte muy común en la historia de la filosofía del derecho.

modelo de organización estatal que afecta muy directamente a la producción normativa.

Concluimos este breve análisis con algo que ha quedado patente y que deriva de las reflexiones precedentes: El modo más acertado de expresión para una proposición normativa cuya función sea el establecimiento de las fuentes de un ordenamiento jurídico es el característico de las normas ónticas. Ya hemos dicho por qué motivo la versión del artículo primero del Código Civil apunta en la dirección correcta. Añadamos ahora que la norma que determina el sistema de fuentes de un ámbito jurídico y su organización jerárquica por sí misma no regula acción ni conducta alguna, por lo que no parece oportuno expresarla mediante una norma directa de la acción, sino que más bien se trata de un elemento básico de carácter estructural, que tendrá múltiples aplicaciones posteriores. Como elemento estructural que es, forma parte de la estructura, del ser mismo del ordenamiento jurídico de que se trate.

La formulación completa de la norma que establece el sistema de fuentes del ordenamiento jurídico español no queda, sin embargo, realizada en la oración del párrafo primero del artículo 1º del Código Civil. Para que se vea la norma en su plenitud se hace preciso una enumeración más amplia, cuyos elementos vienen dados no sólo por el propio artículo 1º (en lo que se refiere a la costumbre, los principios, los tratados internacionales y la jurisprudencia), sino asimismo por la existencia de la Constitución de 1978, por las leyes de las comunidades autónomas, por las normas de las administraciones públicas, por las disposiciones dictadas por las instituciones de la Unión Europea, etc. La propuesta de la teoría comunicacional consiste simplemente en subrayar dos ideas básicas en este punto. Primera, el verbo de dicha norma es el *ser* directivo. Segunda, la norma no viene dada en el texto ordinamental, sino que es necesaria su construcción hermenéutica en el seno de la dogmática jurídica para que ingrese en el sistema.

## XII

Junto a las normas de carácter óntico cuya función es crear los elementos espacio-temporales del ordenamiento, los sujetos de la acción, sus competencias y las fuentes de aquel, están las normas que en su texto se refieren de manera directa a las acciones (y dentro de éstas, a las conductas).

Las normas de carácter óntico constituyen mensajes contruidos que tienen su punto de partida para la construcción en el texto bruto del ordenamiento y que, una vez contruidos, forman parte del texto elaborado propio del sistema. Para quien quiera conocer esos elementos sustanciales de un determinado ámbito jurídico le bastará tener la paciencia de acercarse a éste último, al sistema, donde encontrará la información precisa de todos ellos. Los mensajes tienen, en primer término, una función cognoscitiva, y para quien no pretenda más puede quedarse en eso. Pero su sentido es regulativo, porque no están emitidos prioritariamente para que sean simplemente conocidos, sino para que formen parte de las reglas que hay que respetar. Por eso, las normas indirectas de la acción necesitan la existencia de las normas directas de la acción. Si formamos parte de un grupo de personas que se han reunido para jugar, sabemos que somos los sujetos del juego, pero si ignoramos las reglas de procedimiento del juego, nada podremos hacer. Tendrán que explicarnos en qué consiste ese procedimiento, y cuáles son los deberes y los poderes o autorizaciones, así como las sanciones que se impondrán a quienes infrinjan sus deberes. Claro que también es verdad el supuesto contrario, esto es, la situación en que sepamos las reglas directas pero aún no las indirectas, porque por ejemplo ignoramos dónde se jugará, qué día y quiénes serán los jugadores. Es evidente, por consiguiente, que tanto el conocimiento cabal de un ámbito óntico-práctico como la posibilidad de actuar dentro de él, exigen la presencia de todos los elementos, los cuales se relacionan recíprocamente de manera continua y forman un todo entrelazado e inescindible.

Sin la intención de extendernos demasiado (me remito a este respecto a otros escritos míos) diremos que las normas directas de la acción son de tres tipos: las normas procedimentales, las normas potestativas y las normas deónticas o impositivas de deberes. Cada uno de estos tipos cumple una función diferente, pero tienen en común que en su expresión lingüística o comunicacional van referidas de modo directo a la acción.

Las normas procedimentales tienen como función determinar en qué consisten las acciones propias del ámbito. No determinan si esas acciones son lícitas o ilícitas, tampoco si son objeto de deberes o de prohibiciones, ni si son objeto de permisos o autorizaciones. Una norma procedimental se limita a establecer en qué consiste una acción *relevante* para el ámbito. La relevancia puede tener muy distinto

signo, así la acción puede ser relevante porque por ella el ordenamiento prevé una concesión de algo a quien la realice, o puede ser relevante porque el ordenamiento tiene prevista una sanción para el agente, o por cualquier otro motivo. Lo característico de este concepto de relevancia aplicado a la acción es sencillamente que el ordenamiento la considera como propia, esto es, como perteneciente a él. Dicho en otros términos: un acto es relevante cuando el derecho lo considera como perteneciente a su ámbito. La relevancia de una acción es equivalente a su juridicidad. Decir “acción relevante” en el derecho es lo mismo que decir “acción jurídica”, o sea, acción con sentido jurídico, lo cual sólo es posible en el caso de una acción a la que un ordenamiento jurídico le dota de sentido. Y, consecuentemente, una acción es jurídicamente irrelevante cuando el ordenamiento jurídico no la considera como perteneciente a su ámbito, sino indiferente al mismo. Que una acción sea jurídicamente relevante o no, depende de cada ámbito jurídico. Puede ser jurídicamente relevante en un ámbito e irrelevante en otro, ser relevante en ambos o irrelevante en los dos.

Cuando decimos que la norma procedimental crea o constituye la acción no estamos empleando esos verbos (crear, constituir) en un sentido figurado. Pues una acción no es sino un procedimiento. Aquí, para elucidar el concepto de norma procedimental, nos referiremos a las acciones jurídicas, esto es, a las acciones que tienen relevancia para el derecho. Independientemente de que un ordenamiento jurídico obligue unas veces a realizar determinadas acciones, otras veces prohíba otras acciones, y otras permita o autorice las acciones que sean, es necesario que también establezca en qué consisten las acciones *en sí mismas*. Pues bien, las normas cuyo objeto es ese precisamente, el crear o constituir las acciones jurídicamente relevantes, son las normas procedimentales. Antes de saber si el derecho vigente en un país me permite o me prohíbe una acción tendré que tener conocimiento si contempla dicha acción como relevante y tendré que saber asimismo en qué consiste concretamente, *para ese ordenamiento*, la acción de que se trate. Aunque la teoría del derecho tienda a generalizar y afirme, por ejemplo, que el derecho regula las acciones humanas, lo cierto es que esta aseveración no hace sino reflejar de manera abstracta lo que es una realidad: cada ordenamiento jurídico, en efecto, establece cuáles son las acciones que considera jurídicamente relevantes y en qué consisten dichas acciones. Para llevar a cabo esta tarea se sirve, como no podía ser de otra manera, del lenguaje, de los actos de

comunicación. Así, si nos ceñimos a lo que hace el legislador en materia de contratos, diremos que mediante la ley “crea” o “constituye” cada uno de los tipos contractuales. Si se trata de materia penal, habrá que decir que el legislador “crea” o “constituye” cada uno de los tipos delictivos. Si es materia administrativa, “crea” o “constituye” cada tipo de acto administrativo. Si es en materia procesal, “crea” o “constituye” cada tipo de proceso. Y así sucesivamente podríamos pasar revista a las diversas materias o ramas de los ordenamientos jurídicos, para llegar a la conclusión de que lo que hace el legislador es establecer tipos de acciones. Pues bien, cada tipo de acción viene formulado lingüísticamente mediante una norma de procedimiento.

La norma de procedimiento establece los pasos o requisitos necesarios de una acción; o, mejor dicho, establece la acción misma en su dimensión dinámica. Su verbo característico es el verbo *tener que*.

En el uso normal del lenguaje muchas veces se equipara el verbo *tener que* con el verbo *deber*, llegándolos a hacer sinónimos. Por ejemplo cuando entendemos como equivalentes la expresión “el deudor tiene que pagar la deuda” y “el deudor debe pagar la deuda”. En este uso concreto, si hay un matiz diferenciador, muchas veces difícilmente apreciable, sería que el “tener que” refuerza o redobla la idea del simple “deber”. Sin embargo, nosotros, al proponer el verbo *tener que* como expresivo del significado profundo de las normas procedimentales le damos a dicho verbo un significado distinto al de *deber*, haciéndolo sinónimo al concepto de *necesidad práctica*.

Hay tres tipos de necesidad: la física o causal, la lógica y la convencional. La primera viene expresada por las leyes de la naturaleza y las leyes mecánicas, la segunda por las leyes del razonamiento, y la tercera por las leyes que tienen su origen en las decisiones humanas (esto es, las leyes convencionalmente establecidas). Los ámbitos óntico-prácticos pertenecen al mundo de lo convencional, y por eso las normas de procedimiento que establecen los “tener que” concretos en cada ordenamiento tienen un carácter convencional. Lo cual no significa que no tengan una razón de ser más profunda que lo estrictamente convencional. Quiero decir con esto que lo que los humanos establecen convencionalmente casi siempre responde a razones de fondo más o menos atendibles y que, en todo caso, es necesario probar la razonabilidad de lo que se ha establecido convencionalmente. Como todo lo que se establece por vía de convención es el resultado de decisiones, la justificación de lo establecido habrá de tener lugar, en primer lugar,



en los preludios de la decisión, y también después que ésta haya establecido como norma su contenido. En el derecho todo es convencional, pero eso no es óbice para tener que justificarlo. La convencionalidad se extiende a todos los aspectos de los textos jurídicos pero ahora queremos resaltarla en relación con las normas del procedimiento en el derecho, con objeto de distinguirla de los otros dos tipos de necesidad.

Si alguien dice: “si quieres saber si tienes fiebre, tienes que aplicarte el termómetro”, está formulando una regla procedimental de tipo físico, basada en la ley natural de la dilatación de los metales. Si alguien dice: “si  $a$  es igual a  $b$ , y  $b$  es igual a  $c$ , tiene que concluirse que  $a$  es igual a  $c$ ”, estará formulando una regla de procedimiento lógico, basada en las leyes inmanentes de la lógica. Si alguien dice: “si quieres mover el alfil, tienes que hacerlo en diagonal”, estará formulando una regla de procedimiento del ajedrez, relativa en este caso a cómo hay que mover el alfil. Esta última regla ni se sustenta en una ley físico-natural, ni tampoco en una ley de la lógica del pensamiento. Es como es, sencillamente porque alguien, en este caso el creador del juego del ajedrez, la ha establecido así y no de otra manera. Dicho en breves palabras: el fundamento inmediato de este tipo de normas no es la naturaleza, ni física, ni lógica, sino la convención.

En las reglas de los juegos la convención no tiene un fundamento extralúdico, como no sea el conjunto de limitaciones que impone la naturaleza y la lógica. Quiero decir que, por ejemplo, la naturaleza impone que, para jugar al ajedrez tengan los jugadores la posibilidad de visualizar (o, en su defecto, al menos retener en su memoria de alguna forma) la partida; y la lógica impone que si hay una regla que exige que sólo se pueda mover el alfil en diagonal no haya otra que exija que únicamente se pueda mover el alfil de otras maneras. Pero dejando aparte esas limitaciones, que en sí mismas no pueden considerarse fundamento de las reglas del juego, puede afirmarse que el creador del juego no tiene un real fundamento extralúdico, como no sea el general a todo juego, el de deleitar y distraer de la monotonía de la vida ordinaria.

En el derecho las cosas son muy diferentes. Las decisiones crean convencionalmente los elementos del ámbito jurídico y lo hacen por medio de textos compuestos por unidades lingüísticas a las que llamamos normas. Pero esas creaciones convencionales han de estar sustentadas en *razones*. En caso contrario, corren el peligro de no ser aceptadas produciéndose de esta forma el fracaso del derecho. Es ver-

dad que el derecho nunca tiene un éxito absoluto, del cien por cien, pero es preciso que lo tenga relativamente alto. Al menos así se lo proponen quienes lo crean. Ahora bien, el problema de las razones que subyacen a la convencionalidad jurídica va mucho más allá de esto, pues no se trata sólo de la urgencia de la aceptación o reconocimiento social del orden establecido –condición indispensable para su duración– sino también, y sobre todo, de la radical necesidad antropológica de justificar en los términos propios de la ética (por tanto, extrajurídicos) que lo convenido es, en términos generales, *justo*.

Así pues, lo convencional en el derecho ha de alejarse de lo arbitrario. La libertad creadora del legislador está sometida al tribunal de la razón. La convencionalidad de la convención jurídica es menos convencional que la convencionalidad de la convención lúdica.

### XIII

Hechas estas aclaraciones, aplicables al texto jurídico en su conjunto y también, por tanto, al concepto de acción jurídicamente relevante así como al concepto de norma procedimental, pasemos ahora a explicar un poco el significado profundo del verbo directivo característico de dicha norma, *el tener que*.

La función de una norma procedimental es crear o establecer un *tipo* de acción, esto es, una acción genérica. Este término, “tipo”, es utilizado corrientemente sobre todo en el marco del derecho penal y asimismo en el derecho de contratos. Se utilizan expresiones tales como “el tipo delictivo” para referirse a la acción genérica prevista por la ley penal como delito, o como la de “tipo contractual” en referencia a las diversas especies de contratos. Pero este término, “tipo”, puede ser aplicable a todas las acciones genéricas que prevén las normas procedimentales en cualquiera de las ramas del derecho. La norma procedimental “crea” o “constituye” la acción. O mejor dicho: cada norma procedimental crea o constituye una acción genérica determinada. A tal efecto establece los pasos o requisitos esenciales de la acción, de modo que si el sujeto no cumple alguno de esos requisitos entonces la acción no tiene lugar.

La norma procedimental no prohíbe acción alguna, ni tampoco la autoriza, ni la declara obligatoria. Para esas funciones hay otras normas del derecho conectadas con ella. La norma procedimental tiene que ser

concebida como una norma independiente de las normas autoritativas, prohibitivas e imperativas. Pues antes de saber si una acción está prohibida, autorizada o es obligatoria, ha de saberse en qué consiste la acción. Ésta es precisamente la función de la norma procedimental, y no otra. Por este motivo no puede ser expresada en su textualidad por medio del verbo “deber” (característico de las normas que imponen deberes, bien en forma positiva o bien en forma negativa como prohibiciones). Una norma de procedimiento que diga qué documentos tiene que presentar un estudiante para matricularse y en qué plazo, no le obliga a realizar la matrícula en modo alguno. El estudiante es libre de matricularse o no, depende de su voluntad. Cuando el Código civil establece los requisitos esenciales de un contrato se limita a señalarlos para que si alguien quiere celebrarlo cumpla el procedimiento previsto. Es como si en el caso del estudiante la norma dijera: “si quieres matricularte, tienes que presentar estos y aquellos certificados dentro de este plazo”. Y en el supuesto del contratante: “si quieres celebrar este tipo de contrato no te queda otro remedio que cumplir estos requisitos”. Nadie obliga al estudiante a matricularse, nadie obliga al contratante a contratar. La norma de procedimiento, en sí misma considerada, presupone que alguien se plantea una finalidad y, suponiendo esa finalidad como real, le dice al sujeto lo que *tiene que* hacer, los requisitos que *tiene que* cumplir. Aunque “tener que” y “deber” puedan tener en el uso normal del lenguaje un significado equiparable, aquí estamos concibiéndolos como claramente distintos, precisamente con el propósito de distinguir entre las normas de procedimiento y las demás, en especial las normas que imponen deberes.

Muchas veces, sin embargo, ocurre que las normas de procedimiento van estrechamente vinculadas a otros tipos de normas. Mientras que aquéllas establecen en qué consisten las acciones genéricas, los tipos de acción, éstas añaden algo nuevo: prohíben, autorizan o declaran obligatorias esas acciones. Pero ninguna de estas funciones corresponde a la norma de procedimiento. Ésta cumple su tarea determinando en qué consiste la acción, con indiferencia plena a si esa acción es prohibida, autorizada u obligatoria. Esta manera de ver las cosas supone un giro en lo que es usual en la teoría del derecho, que suele desconocer la peculiaridad de las normas del procedimiento por tener de éste una idea demasiado restringida, no aplicable a todo género de acción. Para la teoría comunicacional la acción es el elemento de referencia, directa o indirecta, de los textos jurídicos y de las unidades proposicionales que lo forman, que son las normas, por lo cual éstas sólo alcanzan su pleno sen-

tido si se acierta a vincularlas con la acción. Resulta, en consecuencia, llamativo que la teoría del derecho pase por alto el análisis de las normas que tienen por función exclusiva determinar las acciones jurídicamente relevantes, con independencia de que estén prohibidas, estén autorizadas o sean obligatorias. Por eso, puede afirmarse que las normas de procedimiento son las normas directas de la acción por excelencia, ya que son ellas las que establecen autoritariamente en qué consiste cada tipo de acción en el ámbito jurídico. El “tener que” característico de la norma procedimental es equivalente a “es necesario que”, o a “no queda otro remedio que”.

Cuando se incumple algún requisito esencial de una norma de procedimiento se produce un efecto inmediato, que consiste en que la acción, que supuestamente el agente se proponía, no llega a realizarse. Así, el estudiante que no presenta un certificado exigido para su matrícula, no llega a consumir la matrícula y, en definitiva, pasado el plazo, no queda matriculado, la acción no ha tenido lugar. Si los contratantes no cumplen el procedimiento típico del contrato que dicen querer celebrar, por ejemplo por no ponerse de acuerdo en el precio del alquiler si se trata de un arrendamiento de vivienda, es evidente que acaban por no consumir la acción de contratar. Ni aquel ni éstos han incumplido deber alguno por la sencilla razón de que el derecho no les obliga a matricularse, en el primer caso, ni a contratar, en el segundo. Simplemente ha sucedido que la acción que supuestamente se proponían consumir (matrícula en un caso, alquiler en el otro) en realidad no ha tenido lugar. El resultado de incumplir los requisitos esenciales que establece la norma de procedimiento es que el acto no llega a producirse. A este resultado los juristas suelen llamarlo “inexistencia” o “nulidad”. Hay inexistencia cuando ni siquiera hay la apariencia de que la acción se haya producido. Hay nulidad cuando, habiendo apariencia de que el acto ha tenido lugar, sin embargo falta un requisito esencial (por ejemplo en el caso de un contrato, o de un matrimonio, que el consentimiento no se preste libremente). Bien es cierto que para que un acto sea considerado nulo se requiere no sólo que falte un requisito esencial, sino que así lo declare el órgano competente para declarar su nulidad. Respecto a si ésta ha de ser considerada, o no, como una sanción, dependerá del sentido específico que el ordenamiento jurídico le otorgue en cada caso.

La determinación textual de los tipos de acción (acciones genéricas) por medio de las normas de procedimiento tiene, además de esta función primordial, otra función sumamente importante: la apli-

cativa. Sólo es posible calificar jurídicamente una acción concreta de un sujeto desde la perspectiva de su encaje en la acción genérica. Si ésta viene expresada en el procedimiento genérico que establece la norma de procedimiento, la acción concreta no es sino un procedimiento concreto que a su vez constituye una aplicación o concretización del procedimiento genérico. Merced a este juego de encaje de lo concreto en lo genérico, de lo individual en el tipo, es como se hace posible la llamada *subsunción*.

En la terminología tradicional del derecho penal, el caso concreto “se subsume” en el supuesto de hecho de la norma. Ahora bien, esta última expresión, “supuesto de hecho”, que es una traducción del término alemán *Tatbestand*, no es otra cosa que una acción (o en su caso, una omisión) que la norma específica de manera más o menos precisa. Lo que me interesa resaltar ahora no es sino el carácter general de la subsunción, aplicable no sólo al derecho penal, sino a todo género de acciones. ¿Cómo calificar un acto concreto, que tenga realidad en la vida de los negocios, de “acto de comercio” si no es subsumible en ninguna de las categorías que el Código de Comercio y las leyes mercantiles especiales (o, en su caso, los usos de comercio o la doctrina mercantilista) establecen precisamente como “actos de comercio”?

En todo caso, sea cual sea la clase de actos, la norma procedimental establece en qué consiste el acto genérico, y la subsunción permite el encaje del acto concreto dentro del acto genérico. En su expresión textual la operación subsuntiva tiene lugar de esta manera: Primero, la norma procedimental establece el procedimiento genérico en que consiste la acción genérica señalando de un modo general y abstracto cuáles son los requisitos esenciales de la acción de que se trate. Muy probablemente esta norma procedimental, como sucede con la inmensa mayoría de las normas jurídicas, habrá de ser objeto de la construcción hermenéutica del operador jurídico, para lo cual éste tomará sus elementos del texto bruto ordinamental. Simultáneamente a la construcción de la norma procedimental genérica, el operador estará mirando asimismo a la acción concreta que se ha producido en la realidad, de modo que su mirada va de lo genérico a lo concreto en un círculo hermenéutico típico<sup>40</sup>. En efecto, el operador no podrá construir cabalmente la norma procedi-

---

<sup>40</sup>Recuérdese la expresión de Karl Engisch, “ir y venir de la mirada” para referirse al proceso general de aplicación de las normas jurídicas a los casos.

mental si a la vez que tiene en cuenta los textos jurídicos no pone ante sus ojos el caso concreto. ¿Cómo podría “buscar” la norma si no sabe a qué ha de aplicarla en concreto? Ahora bien, el caso que hay que resolver no es otra cosa, desde el punto de vista lingüístico, que una proposición en la cual se recogen, con las peculiaridades del caso singular, los elementos de un procedimiento concreto, que han de coincidir con los elementos esenciales del procedimiento genérico. Subsumir un acto en su “tipo” no es un procedimiento deductivo, sino tan sólo un “encaje” de lo concreto en lo general, “encaje” que sólo es posible si el procedimiento concreto en que consiste la acción concreta es una concreción del procedimiento genérico en que consiste la acción genérica.

La consecuencia de la subsunción del caso en el tipo es la calificación del acto o conjunto de actos que conforman el caso. Calificar jurídicamente es poner nombre al acto, eligiendo para ello de entre los nombres de que dispone un ordenamiento jurídico determinado. Claro que esta operación de subsunción no tiene por qué reducirse a la operación de calificar actos o acciones, sino que puede extenderse a cualquier otro elemento. Hacemos referencia, sin embargo, a ella en este contexto de la acción por el destacado relieve que adquieren las calificaciones de los actos en todo proceso de aplicación del derecho a los casos. La subsunción se aplica, por ejemplo, a las situaciones para calificarlas jurídicamente, y así se dice por ejemplo que un individuo es mayor de edad, o es emancipado, siendo ambas cosas situaciones jurídicas del individuo. Lo mismo es posible con las cosas, como cuando se dice que tal cosa es mueble y tal otra inmueble, con la calificación jurídica de las cosas no hace sino especificarse su situación ante el derecho. Y lo mismo puede decirse de los derechos subjetivos o de los deberes jurídicos, y de cualquier relación jurídica. La función de los conceptos jurídicos, en el ámbito aplicativo, es facilitar la operación subsuntiva, por lo cual ésta tiene un alcance general, por mucho que la doctrina suele emplearla tan sólo, o predominantemente, para subsumir el caso en el supuesto fáctico de la norma.

#### XIV

Si las normas procedimentales crean las acciones del ámbito y son, en este aspecto, las normas más genuinamente directas de la acción, las normas potestativas y las deónticas son también tipos de nor-

mas directas de la acción, aunque con un sentido algo distinto. Ambas clases de normas (potestativas y deónticas) dependen de la existencia previa de las normas procedimentales. En primer lugar, porque para su propia creación ha sido necesaria la adopción de determinado procedimiento, ya que no es posible pensar en la validez de una norma, sea cual sea, si no se ha ajustado a los requisitos esenciales establecidos para su creación precisamente por normas procedimentales. Y en segundo lugar, la norma procedimental es previa desde un punto de vista lógico a la norma potestativa y a la deóntica, pues éstas autorizan u obligan a una acción, lo cual supone que se establezca en qué consiste la acción que autorizan o a la cual obligan. Antes de saber si una acción está prohibida, está autorizada o es obligatoria, tendremos la necesidad de saber de qué acción se trata, para luego preguntarnos en qué circunstancias o condiciones se la prohíbe, se la autoriza o se la considera obligatoria por el derecho vigente.

La norma potestativa autoriza o permite la acción. Dicho de otra manera, determina las acciones lícitas que un sujeto puede realizar en una determinada situación jurídica. Su sentido profundo puede ser expresado mediante el verbo *poder* en su sentido estricto (para diferenciarlo del sentido amplio de “poder” al que nos hemos referido antes y que caracteriza al concepto de competencia y al de derecho subjetivo). Así, el titular del derecho de propiedad puede, si no está incapacitado personalmente y si no tiene otras limitaciones que afecten a la cosa (p.ej., que vaya a ser expropiada por interés público), realizar múltiples acciones sobre la cosa que las normas autoritativas o potestativas determinan como autorizadas o permitidas, separándolas así del resto de acciones que potencialmente se adscriben al derecho de propiedad y entre las cuales también se encuentran las ilícitas. Lo mismo puede afirmarse respecto del concepto de competencia, cuyo tratamiento normativo es, en estos aspectos que tratamos, similar al derecho subjetivo (si bien éste se reserva para las personas, y aquel para los órganos de las personas jurídicas, tanto de derecho público como de derecho privado).

Cuando la norma potestativa presupone una norma de deber, éste condiciona el poder que aquella establece. Así sucede con las *potestades*, como por ejemplo la patria potestad, cuyo poder es la consecuencia de un deber: los padres tienen el derecho de educar a sus hijos porque tienen el deber de hacerlo.

Además de las normas potestativas que establecen autorizaciones o permisos, conjuntamente o no con deberes, para realizar un con-

junto de acciones genéricas determinadas, el ordenamiento jurídico puede ser visto como concedente de un derecho subjetivo general de libertad, en virtud del cual los individuos podrían realizar aquellos actos que no estén prohibidos.

Se puede interpretar, en efecto, que todo lo que no está prohibido por un ordenamiento, está permitido; por tanto, que los individuos son titulares de un derecho subjetivo de libertad que comprendería todas aquellas acciones que podamos imaginar que son lícitas porque no están prohibidas. Pero también es posible concebir esas acciones “permitidas” como jurídicamente indiferentes. La primera interpretación corresponde a lo que se ha denominado la norma general de clausura, que cerraría el círculo completo de todas las acciones posibles. La segunda manera de considerar el derecho es la propia de la llamada tesis del espacio jurídico vacío. Las dos concepciones pueden considerarse como correctas si se otorga al término “permitido” un significado equivalente a “jurídicamente indiferente”.

Desde el punto de vista de la teoría comunicacional del derecho cuando el texto ordinamental no dice nada, no por ello el texto jurídico sistémico tiene que permanecer asimismo mudo. El sistema no sólo construye los significados normativos a partir de lo explicitado por el ordenamiento, sino que también saca a la luz lo implícito en este último que, sin embargo, no ha sido manifestado (o, al menos, no ha sido manifestado con suficiente claridad). El sistema construye también normas jurídicas *implícitas* en el ordenamiento jurídico, haciéndolas *explícitas*. Hay que preguntarse en este punto: ¿cuál es el límite, si lo hay o lo debe haber, de dicha construcción hermenéutica que hace explícito lo implícito? ¿o acaso es que la construcción sistémica carece o debe carecer de límites?

Si se acepta la norma general de clausura (permisiva de todas las acciones que no están expresamente prohibidas), se juridifican todos los actos, esto es, se les hace a todos jurídicamente relevantes. De este modo, cualquier acción que realicemos tendría un significado jurídico, no habría nada en la vida humana, en la medida en que ésta está compuesta de actos, que no estuviera regido por el derecho. Por el contrario, si se acepta la tesis del espacio jurídico vacío, se mantiene una concepción distinta del sistema, ya que entonces éste no afectaría a todas las acciones posibles, por lo que habría que aceptar la existencia de acciones jurídicamente irrelevantes.



Las dos posiciones son aceptables, y su diferencia radica en una distinta posición del acento más que en el resultado que se obtiene. Pues éste es el mismo y consiste en la posibilidad jurídica que tienen los sujetos de realizar actos que no están prohibidos. El matiz diferenciador radica en que la tesis de la norma de clausura concibe el derecho como un fenómeno omnipresente en la vida humana, como una especie de demiurgo que acompaña al hombre en todo momento haciendo de él un *homo juridicus* incluso cuando duerme, mientras que la tesis del espacio jurídico vacío le deja tranquilo en ocasiones, sobre todo cuando duerme o cuando está solo en su casa. Por otra parte, la tesis de la norma general de clausura se encuentra con el problema de que a la postre viene a equiparar a todos aquellos actos que no están prohibidos, categoría sumamente amplia en la que se integran además de los actos permitidos expresamente por el ordenamiento, aquellos otros a los que éste obliga y además los actos sobre los que nada dicen las normas del derecho vigente. Es verdad que todos estos actos tienen en común que son actos “permitidos”, si se le da a esta palabra el significado más amplio posible. Pero quizás no sea muy oportuno introducir esta especie de “cajón de sastre” compuesto indistintamente por actos cuyo sentido normativo es muy diferente.

Por esta razón nos inclinamos a pensar que junto a las autorizaciones o permisos que las normas conceden expresamente, o que derivan de los textos de modo implícito suficientemente claro, hay multitud de actos de los cuales el derecho no se ocupa, probablemente por ser intrascendentes para la vida social. Parece sumamente exagerado y fuera de lugar atribuir carácter jurídico al acto de abrir la ventana al despertarse y respirar el aire tibio de la primavera mientras uno exclama: “¡Bendito sea el ordenamiento jurídico español que me permite disfrutar de este acto jurídico de hinchar mis pulmones con el saludable aire serrano del mes de mayo!” Y si se desciende a un plano más burdo pero no por eso menos cotidiano, de acuerdo a un estilo naturalista habría que reconocer también, ¿por qué no?, el carácter jurídico de la visita periódica que los humanos hacemos al excusado para deponer lo que le sobra al organismo. Ignoro si los defensores de la norma general de clausura estarían dispuestos a sostener que el acto al cual nuestro Quevedo le sacó no poco significado literario, tendría asimismo un claro significado jurídico.

## XV

El tercer tipo de normas jurídicas que contemplan directamente la acción es el de las normas *deónticas*, que son aquellas que establecen deberes y que por eso se expresan mediante el verbo *deber*. De modo paralelo a como las normas potestativas conceden poderes y se expresan mediante el verbo poder, entendido en su sentido estricto, las deónticas imponen deberes y se expresan mediante el verbo deber, también entendido en sentido estricto. Ya hemos analizado antes en qué consiste ese significado estricto del verbo poder. Veamos ahora qué significa el verbo deber en su acepción estricta dentro de un ámbito jurídico.

Nuestro punto de partida es siempre el uso ordinario del lenguaje. En este marco, el verbo deber tiene diversos usos lingüísticos. Adviértase que “deber” es tanto un verbo como un nombre sustantivo: mediante el verbo “deber” se impone el deber. Exactamente igual que mediante el verbo “poder” se concede el poder. Aquí nos centraremos en los significados ordinarios del verbo “deber” en español.

En primer lugar, “deber” se emplea como verbo indicativo de una suposición, hipótesis o sospecha, normalmente con el añadido de la partícula “de”. Así, cuando se dice: “Fulano no contesta al teléfono, debe de haber salido”, en cuyo caso estamos profiriendo una suposición, o en este otro ejemplo: “Detrás de esta difamación debe de estar Mengano”, en este caso se profiere una sospecha. Es evidente que las normas deónticas no emplean el verbo deber en esta acepción, si bien en un debate de abogados ante un juez es muy probable que se utilice el “deber de” para referirse a indicios o suposiciones fundadas en el conjunto de la situación que se enjuicia. Por lo dicho esa acepción también puede tener el sentido de probabilidad: si Fulano no contesta al teléfono y decimos que debe de haber salido, es porque se estima que sea probable esto último, aunque no sea seguro, pues por ejemplo puede ser que no quiera coger el teléfono o que no lo haya oído; en el segundo ejemplo, si se dice que detrás de una difamación debe de estar Mengano es porque se piensa que es probable que lo esté, dados los precedentes conocidos respecto de su comportamiento difamatorio.

En segundo término, se emplea también el verbo “deber” para señalar causas o motivos, como cuando se dice: “La actual crisis económica se debe en gran parte a la impericia del gobierno”. Ésta, la impericia gubernamental, sería, quizás junto a otras, causa de la crisis de la eco-

nomía. Tampoco emplean las normas el deber con este significado causal, aunque, al igual que antes, es muy probable que los operadores jurídicos utilicen esta palabra con significado causalista en sus escritos y en sus manifestaciones orales, como cuando se dice: “el accidente se debió a la imprudencia del acusado”, lo que quiere decir que, según quien profiere esa afirmación, la imprudencia del acusado fue la causa del accidente. Lo característico de este uso causalista del deber es que va en forma reflexiva impersonal con el añadido posterior de la partícula “a”: “se debe a”, “se debió a”.

La tercera acepción del deber, también en forma reflexiva, pero esta vez de tipo personal (y no impersonal, como en el supuesto comentado anteriormente) también es usual en el lenguaje normal. Expresiones como “el soldado se debe a su patria”, “me debo a mi vocación”, “me debo a mis electores”, y similares, expresan un compromiso personal con una idea o con una actividad, o con una o muchas personas, y tiene una significación intimista de carácter moral, que en términos psicólogos supone la presencia de un sentimiento de deber o de abnegación a favor de alguien o de algo. Normalmente este uso lingüístico del verbo “deber”, que podemos caracterizar como reflexivo personal, presupone un sistema normativo de índole moral al que el individuo se adhiere voluntaria y decididamente. Sin embargo, las normas, tanto morales como jurídicas o de cualquier otro género, no se expresan en términos reflexivos, sino impositivos, lo cual supone un sujeto que ordena, o bien (en el caso de la moral) una objetividad ética que se le impone al individuo y que éste debe aceptar. En tal caso, el “deberse a” es una consecuencia de la aceptación de los deberes que un sistema moral impone y que el individuo reconoce y asume con sentimiento íntimo de compromiso personal. Dicho compromiso tiene la característica de que no se refiere a una acción aislada sino a una actitud general o a una dedicación de la vida, ya sea de la vida personal en su plenitud ya de la vida profesional, o similares.

En cuarto lugar, tenemos la acepción condicional del verbo “deber”: “debería”, que implica ausencia de algo y, simultáneamente, anhelo de su presencia. Así cuando se dice: “padecemos sequía, debería llover”; o bien: “el ponente no ha llegado aún, deberíamos haber empezado ya”. En tales expresiones se hace referencia a la situación presente, la cual ostenta determinada carencia que el hablante desearía ver superada. Esta forma del verbo “deber” se emplea mucho para expresar deseos y asimismo ideales, ya personales, ya sociales. Lo pri-

mero cuando me digo a mí mismo: “debería esforzarme por ser siempre una buena persona”, o a otro: “deberías dedicarte más intensamente a la investigación”. Lo segundo, como cuando decimos: “no hay justicia en el mundo, deberíamos hacer algo cada uno de nosotros”; o “por mucho que digan, el aborto destruye una vida humana y por eso debería estar prohibido”.

Por último, el verbo “deber” es el verbo característico de las que hemos denominado normas deónticas, precisamente porque su función intrínseca (esto es, interna al sistema jurídico) es imponer deberes a los sujetos de un determinado orden normativo. Al haber múltiples órdenes normativos, dicho verbo aparece en todos ellos, aunque su significado no sea el mismo por formar parte, en cada uno de ellos de un “co-texto” diferente.

La filosofía jurídica ha distinguido tradicionalmente los siguientes tipos de órdenes normativos: derecho, moral y usos sociales. Algunos autores han añadido a esta lista el orden normativo religioso. Y, por fin, otros han añadido los juegos, pues también éstos son sistemas de normas, algunas de las cuales son impositivas de deberes. Respecto de los usos sociales las opiniones están divididas: unos autores los consideran como pertenecientes a la moral o como derecho *in fieri*, mientras que otros les otorgan autonomía propia como órdenes normativos. Y en cuanto al sistema normativo religioso se tiene la tendencia a hacer de él una prolongación o manifestación peculiar de la moral, aunque sean susceptibles de separación conceptual. Aquí no nos vamos a detener en estos aspectos, que nos llevarían muy lejos de nuestros propósitos, pero sí es conveniente hacer referencia a algunas generalidades que nos permitan entender más cabalmente el significado del verbo “deber” en los ámbitos jurídicos. Para ello parece conveniente vincular estrechamente el verbo con el sustantivo, pues el “deber” se conecta a las normas que se expresan mediante el verbo “deber”, el sustantivo es consecuencia de la existencia previa de la norma deóntica.

El concepto de deber y la concepción de que las normas imponen deberes tienen su origen y desarrollo en la filosofía jurídica propia de la teología moral. Bien es verdad que en la antigüedad clásica se maneja la idea, pero se hace dentro de un marco que podríamos denominar la ética de las virtudes, esto es, en el marco de una antropología general. La conexión del concepto de deber con las leyes morales y jurídicas, como concepto central de ambas, es más el fruto de la Escolástica y de los teólogos. Sobre la base de que el ser humano es la criatura racional

creada por el Gran Hacedor a Su imagen y semejanza, y cuya misión en el mundo es continuar la obra creadora, se establece entre hombre y Dios una relación desigual cuyo centro es el deber de obediencia de aquel a éste. En esta relación interpersonal de Dios-Persona con el hombre-persona la obediencia de éste es la única actitud que le llevará al desarrollo pleno de su ser, mientras que la desobediencia le apartará de dicho ser, degradándolo. La libertad y la felicidad humanas sólo son posibles como resultado de la obediencia a los mandatos divinos. La idea de deber tiene en este marco un significado prioritariamente religioso, en el sentido literal del término “religión” (de *religare*), como denotativo de la “religación” o vínculo del ser humano con su Creador. La religión y sus verdades impregnan toda la filosofía moral y jurídica de los escolásticos, hasta el punto de que son las creencias religiosas las que dotan de su auténtico significado a todas y cada una de las nociones que se utilizan. La filosofía moral y la jurídica no se configuran como disciplinas autónomas sino que sólo adquieren su desarrollo dentro de la teología, y constituyen una prolongación de esta última. Lo moral y lo jurídico no son pensados como categorías independientes, sino como derivadas de los planteamientos teológicos. Éstos no sólo conforman el fundamento legitimador de los contenidos de la ética y del derecho, son asimismo el lugar donde se fragua el núcleo de todos los conceptos. Puede afirmarse que en la Escolástica, en sus diversas versiones, todo es teología, y que en la versión “racionalista” (o tomista) se persigue siempre conciliar la fe y la razón. El razonamiento racional se pone al servicio de la argumentación teológica bajo el supuesto de que Dios no puede hacerlos incompatibles, y en este aspecto la filosofía se convierte en *ancilla theologiae*.

En el asunto que ahora nos ocupa sucede efectivamente así. El deber es prioritariamente deber religioso, cuyo fundamento es la fe y la religación. La naturaleza humana es desfalleciente, y por eso hay siempre en el hombre concreto una tensión entre sus pasiones y sus deberes. Cuando vencen las primeras se infringen los deberes, y aparece en el buen creyente un sentimiento de culpa que le puede llevar a experimentar una pena, un arrepentimiento. Y en el caso extremo de que las pasiones dominen la vida de una persona, transformando su actitud, que debía ser de religación, en una actitud de rebeldía contra el bien, entonces puede suceder que, si no hay conversión aunque sea de última hora, esa persona sea reo de castigo eterno. Dejando a un lado el dramatismo con que suele presentarse este esquema, lo cierto

es que en la teología se acuñan las normas religiosas que han de presidir la vida del buen cristiano en todos sus aspectos, tanto en su vida más personal como en su vida social. A partir del sentimiento religioso se puede contemplar muy bien el vínculo existente entre la norma impuesta por Dios, la conducta del creyente y su “pena” en caso de infracción. La culpa es, en su origen, un sentimiento religioso, y por eso los espíritus auténticamente religiosos poseen una agudizada tendencia a sentirse culpables, mientras que a los no religiosos les sucede lo contrario: para ellos la culpa siempre la tienen los demás. ¿Quién no conoce individuos que se jactan de dormir espléndidamente, lo que según ellos sería síntoma indiscutible de su vida intachable? Parten estos individuos del supuesto de que la conciencia siempre pasa factura, lo cual es prueba fehaciente de que no tienen idea de qué sea la conciencia humana, pues ésta puede llegar a estar tan adormecida, que no sienta otra cosa más allá de los propios trastornos digestivos.

Junto a la idea de deber, de culpa, de infracción y de pena, surge asimismo, como noción religiosa, la responsabilidad. Todos estos conceptos están imbricados en la noción teológica de deber, que se manifiesta en la realidad fenoménica como un sentimiento humano que acepta normas impositivas de deberes respecto a acciones y actitudes, y cuya infracción (el pecado) se vive como una responsabilidad personal y social, consecuencia de la culpa. Todo este entramado conceptual se anuda y adquiere su sentido en relación con la doctrina de las leyes (eterna, natural, positiva) que en el pensamiento escolástico se desarrolla con gran riqueza de matices.

El iusnaturalismo de la Edad Moderna continúa la filosofía escolástica, pero buena parte de él se separa de la misma y lleva a cabo una eficaz tarea de “desteologización”. El difícil equilibrio logrado en el seno de la Escolástica tomista entre *auctoritas* y *ratio* se rompe, y a partir del triunfo de la filosofía cartesiana se implanta un paradigma racionalista que rompe con la *auctoritas* y, por consiguiente, también con la tradición.

Este fenómeno de “desteologización” afecta a todas las esferas del conocimiento, y también, como no podía ser de otra manera, a la filosofía moral y jurídica. Los conceptos de norma y de deber adquieren una dimensión diferente al desprenderse de la teología. Pero aún con esta disección, dichos conceptos (y el resto, cuyo conjunto constituye una filosofía moral y jurídica completa) quedan unidos en el seno de la ética. La filosofía jurídica típica de este periodo es denominada *iuris naturalis*.

*lis scientia*, y su conexión íntima con la ética es más que evidente. El deber es, ante todo, un concepto moral, y los deberes jurídicos son considerados como una especie de deberes morales. La carga emotiva que conlleva este concepto en la Escolástica se conserva ahora también, aunque sea bajo la forma del imperativo de la conciencia, que sustituye a los mandatos divinos. Si el “yo” ha sido elevado a la fuente de todo el conocimiento, no puede extrañar que la conciencia sea erigida como el tribunal definitivo que juzga las acciones. El problema entonces será el de mostrar el camino para dotar de base objetiva a algo cuyo origen y fundamento se encuentra en la conciencia individual. Los intentos de desarrollar una ética *more geometrico* conducen a la postre a las tesis kantianas, que todavía mantienen el vínculo unitivo de derecho y moral.

Será el positivismo la corriente de pensamiento que ponga fin a esa unión, produciéndose así una segunda fase en el proceso de “depuración conceptual”. En efecto, el positivismo se encargará de separar derecho y moral, y por ende, de acuñar los conceptos jurídicos con independencia de los conceptos morales. Si el racionalismo moderno “desteologiza” estos conceptos, el positivismo los “deseticiza”. La desteologización y la deseticización son dos procesos de carácter general que sufre el pensamiento filosófico, y también el jurídico, y que explica lo que ya en el siglo XX ha constituido una finalidad sustancial de la ciencia del derecho, cual es la obtención de conceptos jurídicos *stricto sensu*, es decir, de conceptos que pertenezcan en exclusiva a la ciencia del derecho. Éste es precisamente el cometido de la teoría pura del derecho, la cual se centra en la investigación de los conceptos jurídicos formales, de carácter universal y que, por tanto, son presupuestos por todos los ordenamientos jurídicos. Si se entiende bien el proceso de “depuración” que el pensamiento jurídico ha experimentado desde los tiempos de la Escolástica, salta inmediatamente a la vista que la teoría pura enlaza justamente en ese proceso como el último eslabón depurativo.

Todas estas reflexiones son apropiadas para entender que, aunque la teoría del derecho contemporánea se haya visto depurada respecto de la teología y de la ética, no ha sido capaz, la mayor parte de las veces, de cambiar el lenguaje, esto es, se ha manifestado impotente para acompañar su ruptura epistemológica con una ruptura lingüística. Ha cambiado las ideas, ciertamente, pero ha dejado prácticamente incólume los términos empleados. Esto no sucede en todos los ámbitos del derecho, pero sí en algunos decisivos, tal como el concepto de deber, del que ahora estamos tratando.

Lo que ha hecho el positivismo en este aspecto concreto es separar el deber jurídico del deber moral, pero para ambos ha conservado idéntica palabra: deber.

Si se analiza la teoría pura del derecho con la intención de contrastar moral y derecho, exclusivamente desde el punto de vista lingüístico-formal, se podrá ver muy bien esa vinculación terminológica. El concepto central, el de norma, es tanto moral como jurídico. Y lo mismo sucede con el concepto de deber y con el de responsabilidad. Más dudas puede plantear el concepto de derecho subjetivo, pero no faltan autores que hablan de “derechos morales”. Lo único que, para la teoría pura del derecho, parece diferenciar claramente el derecho de la moral es que aquél prevé sanciones. La sanción prevista en la norma jurídica sería el elemento fundamental distintivo. Para la teoría pura del derecho, éste es un conjunto o sistema de normas de determinadas características, al igual que la moral también es un sistema de normas, si bien la norma jurídica y la moral son diferentes ya que ésta no prevé sanciones sino que se expresa categóricamente como un deber que impone directamente a su destinatario una conducta.

Este fenómeno de vinculación lingüística no tiene lugar tan sólo entre lo jurídico y lo moral, sino asimismo entre lo moral y lo teológico; y, por consiguiente, entre lo jurídico y lo teológico. Por mucho que en la Edad Moderna la ética se desvincule de la teología, las nociones básicas de la primera han sido acuñadas en el seno de la segunda. Y así la carga semántica y emotiva que conllevan los conceptos pasa de la teología a la moral, y de ésta al derecho. No es extraño entonces que Hobbes considere al Estado como un dios (“el dios mortal bajo el Dios inmortal”), ni que el común de los mortales contemplen al poder político como algo sagrado. Es más, cuanto menos religión hay en una sociedad más se percibe la tendencia a divinizar las relaciones de poder, singularmente las de poder político.

Si nos preguntamos ahora qué es lo que significa el término “deber”, habrá que responder que es preciso diferenciar, en primer lugar, el verbo del sustantivo. Como verbo, es característico de las normas. Ahora bien, ¿de todas las normas? Y como sustantivo, ¿tiene algún significado distintivo, según se trate de un deber religioso, de un deber social, de un deber moral, de un deber lúdico o de un deber jurídico? Analizaremos a continuación el “deber” como verbo, para hacer lo propio a continuación con el “deber” como sustantivo.



El neokantismo puso de moda en el siglo XIX y buena parte del XX la idea de la distinción radical, de carácter ontológico, entre dos mundos separados por un abismo infranqueable: el mundo del ser y el mundo del *deber* o del *deber ser* (traducción de los términos alemanes *Sein* y *Sollen*). El mundo del ser lo equiparó al mundo de la facticidad, de los hechos, de lo que sucede en la realidad sensible, mientras que el otro mundo, el del deber o deber ser, lo hizo equivalente al mundo de las normas. Esta distinción ontológica sustentaba la diferenciación entre las ciencias empíricas, cuyo objeto sería la investigación de los hechos de diversa naturaleza, y las ciencias normativas, que tendrán por cometido la investigación de los órdenes normativos. Entre las ciencias empíricas se hallarían todas las ciencias naturales, y además las ciencias sociales dedicadas a los hechos: la sociología, la psicología, la antropología, la historia, etc. Entre las ciencias normativas se encontrarían la estética, la ética, el derecho, y para algunos también la lógica. La distinción entre ser y deber impedía asimismo que se establecieran vínculos entre ambos, pues, siguiendo el argumento avanzado ya por Hume, de una proposición de “deber” no puede extraerse otra proposición de “ser”, ni viceversa, es imposible derivar de un “ser” un “deber ser”.

La filosofía jurídica dominante durante el siglo XIX y buena parte del XX (prácticamente hasta mediados de este último) concibe el derecho como un conjunto de normas de caracteres homogéneos. En concreto, como un sistema de proposiciones o “juicios” que enlazan un supuesto de hecho y una consecuencia jurídica por medio de un deber o deber ser. El ontologismo del deber ser se traslada a la analítica de las normas jurídicas, que se conciben, por la mayoría de los autores, como una expresión bimembre que enlaza un supuesto fáctico (por lo general un hecho ilícito, aunque no sólo) con una consecuencia que la mayoría de las veces es una sanción negativa. Dentro de ese esquema teórico del normativismo dominante, era lógico que se defendiera que todas las normas jurídicas eran expresión del *sollen*, esto es, normas imperativas de deberes y, por consiguiente, que después del concepto de norma jurídica, el de deber jurídico ocupaba el puesto preeminente. Todos los demás conceptos del derecho se obtienen —según este modelo de normativismo homogeneizante— mediante su reformulación en términos normativos, lo que supone conectarlos de modo inmediato con el concepto de deber, el cual constituye la esencia misma de la norma. En el fondo nos hallamos ante un modelo de pensamiento ju-

rídico que deriva del modelo de la ética, si bien se desprende de ésta en cuanto a sus contenidos, a sus exigencias materiales, y admite la posibilidad de que el derecho pueda ser injusto, a pesar de lo cual sigue siendo derecho. Esa prolongación del modelo característico de la ética, disciplina que hace del concepto de deber el centro casi exclusivo de sus reflexiones, conduce a la indistinción lingüística de los principales conceptos jurídicos respecto de los morales, en especial del concepto de deber, que también se erige en el concepto central de la doctrina jurídica.

## XVI

La filosofía analítica posterior al positivismo ha abierto nuevas vías de acceso al análisis de los modelos normativos. En este marco se inserta la que hemos denominado teoría comunicacional del derecho que, como ya ha quedado subrayado a lo largo de este trabajo, adopta como punto de partida el análisis del lenguaje de los juristas.

Ahora bien, la teoría comunicacional no sólo usa del análisis del lenguaje, siendo en este aspecto una derivación o continuación de la filosofía analítica, sino que también concibe el derecho como una realidad construida, para lo cual propone modelos de construcción. Dicha construcción se aparta de la mera descripción en la medida en que opera con modelos constructivos que se justifican por su coherencia interna y por su operatividad explicativa respecto del fenómeno o conjunto de fenómenos que trata de entender. Esta es justamente la pretensión de la hermenéutica: construir modelos cognoscitivos que nos permitan ver mejor el mundo que nos rodea. Por este motivo, la teoría comunicacional se entiende a sí misma como una concepción hermenéutico-analítica del derecho.

El modelo de teoría de las normas jurídicas que propone es precisamente eso, un modelo construido hermenéuticamente, o sea, en base a los significados profundos de los elementos proposicionales que forman parte necesariamente del derecho. Los textos jurídicos se manifiestan, como no podía ser de otra manera, mediante el lenguaje normal, el cual permite múltiples modalidades expresivas para decir lo mismo. Esta diversidad expresiva del lenguaje es reducida por el positivismo normativista al máximo posible con su tesis del carácter homogéneo de las normas del derecho. El modelo homogéneo se en-

cuenta, sin embargo, con verdaderas dificultades para dar cuenta de la complejidad de los ámbitos jurídicos. Y, sobre todo, mantiene la contradicción entre su pretendido descriptivismo y la necesidad, que a la postre tiene, de construir siempre la norma de derecho a partir de los textos parciales que suministra el ordenamiento. Podemos decir incluso que la dogmática positivista ha sido constructivista a pesar de ella misma, pues, en efecto, la construcción del sistema no permite cumplir el postulado de la descripción, que es el postulado fundamental de la postura positivista.

Frente a esas posturas falsamente homogeneizadoras es mucho más razonable admitir la necesidad de un modelo heterogéneo que dé cuenta lingüísticamente de los elementos esenciales del derecho. La teoría comunicacional del derecho propone un modelo de tipos de normas que, independientemente de que pueda ser criticado, completado o modificado, intenta dar respuesta a esa complejidad del objeto “derecho”.

Ese modelo normativo es una simple *propuesta* que apunta en una dirección muy determinada, que no es otra que la multiplicidad de significados profundos de las normas construidas a partir de los textos del ordenamiento. Para resaltar convenientemente esa multiplicidad de sentidos el camino que parece más idóneo es el de atribuir un verbo característico a cada tipo de norma. Esta operación conduce de manera inmediata a la tesis de la heterogeneidad de las normas del derecho. Tesis ésta contraria, como es lógico, a la de la homogeneidad. A su tenor, las normas jurídicas serían “constructos” que aparecen propiamente en el sistema, y la construcción se realizaría tomando los elementos en cada caso necesarios de los textos que componen el ordenamiento. Esta extracción de textos y su puesta en común, conjuntándolos en una labor hermenéutica microscópica en cada caso concreto, sólo es posible si previamente se dispone de una “plantilla” de un “mapa” o “modelo” que indique los tipos de normas jurídicas y sus relaciones recíprocas.

La elaboración y justificación de esta “plantilla”, “mapa” o “modelo” es una tarea que corresponde a la teoría del derecho (o filosofía jurídica), cuya misión es suministrar al jurista dogmático (científico) y al jurista práctico (operador jurídico) esa “guía” que éstos llenarán después, en su labor interpretativa los primeros, y en su labor interpretativa y aplicativa los segundos. La teoría del derecho no opera con contenidos de significado concretos (normas jurídicas concretas, ins-

tituciones jurídicas determinadas, casos y sentencias judiciales concretos), ya que su tarea se reduce a suministrar la red de conceptos y de estructuras lingüísticas implicadas en el derecho. Por mucho que algunos prácticos se jacten de actuar en su profesión prescindiendo de toda filosofía y de toda teoría, es lo cierto que dichos prácticos son como aquel personaje que hablaba en prosa sin saberlo. Pues toda postura ante algo jurídico, por nimio que pueda ser ese “algo”, todo planteamiento doctrinal, toda argumentación justificativa de la posición que se defiende, implican necesariamente, y no pueden no implicar, una concepción del derecho, aunque esa concepción pueda ser muy simple o muy arcaica. La teoría está siempre presente, se quiera o no. De ahí la necesidad de poseer una “buena teoría”, esto es, una teoría a la altura de los tiempos, que es lo mismo que decir al nivel de la teoría del conocimiento y de los debates epistemológicos actuales. Todo esto lo traemos a colación para justificar el modelo normativo heterogéneo que proponemos, el cual, entre otras cosas, reduce el concepto de deber y la consiguiente expresión lingüística del mismo a uno de los tipos de normas de derecho, separándose así de la visión homogeneizadora, que ha entendido el derecho como simplemente un conjunto de normas expresivas de deberes.

Frente al positivismo y al neokantismo, que en buena parte ha sustentado al primero o se ha conciliado con él, la teoría comunicacional no acepta el descriptivismo ni tampoco el axioma de la separación entre ser y deber ser ni, por tanto, la consecuencia de que todas las normas jurídicas sean impositivas de deberes. El modelo presentado por la teoría comunicacional no ontologiza la distinción entre ser y deber ser, como punto de partida para el análisis del derecho, sino que muestra un modelo normativo en el cual la pluralidad de verbos directivos se combina con las funciones intrasistémicas de las normas del derecho. Su método no parte de una premisa que se da por demostrada, cual es la mencionada distinción, sino que se enfrenta con su objeto delimitando, en primer lugar, los elementos necesarios de todo derecho para, a continuación, preguntarse de qué modo esos elementos se establecen lingüísticamente. Así, junto a los verbos *poder* y *deber*, reconocidos para las normas potestativas e imperativas, respectivamente, introduce el verbo *tener que* y el verbo *ser*, ambos con un sentido directivo o práctico, esto es, en relación con la acción humana. De ahí que el *deber* no sea ya el rasgo distintivo de toda norma jurídica.

Lo que distingue a la norma jurídica es su pertenencia a un sistema jurídico. De la misma manera, puede decirse que lo que caracteriza a la norma moral es su pertenencia a un sistema moral, y lo que es propio de la regla de un juego es su pertenencia al sistema de reglas que conforman el juego de que se trate. Ya hemos señalado antes que las normas no existen aisladas, separadas del conjunto al que pertenecen. Esta vinculación entre la norma y el conjunto al que pertenece es tan estrecha, que la naturaleza de la norma individual depende de la propia del conjunto. Pertenencia a un sistema jurídico es, pues, sinónimo de *juridicidad*<sup>41</sup>. No existe algo así como la norma jurídica, sino normas jurídicas, en plural, que pertenecen a conjuntos normativos, siendo cada una de ellas un miembro del todo. La teoría homogeneizadora de las normas se propone como meta una teoría de la norma jurídica, mientras que la teoría que acepta la heterogeneidad parte del concepto de conjunto, bien sea entendido éste como ordenamiento, como sistema, o como ámbito.

Desde esa perspectiva se puede entender muy bien la tesis de que las normas impositivas de deberes constituyen tan sólo una especie, junto a otras, en los conjuntos normativos característicos de los ámbitos óntico-prácticos. ¿Qué es entonces el deber jurídico? Ya no podremos decir que es la esencia de toda norma jurídica, ni tampoco podremos afirmar que es el verbo caracterizador de la norma en general, siguiendo la idea de que el mundo podría ser contemplado en dos sectores separados por un abismo infranqueable, de tal modo que todo lo que no perteneciera a la facticidad y, por tanto, al mundo del ser, pertenecería a la normatividad y, por consiguiente, al mundo del deber o deber ser. Sí podremos decir, sin embargo, varias cosas: Primero, que el verbo *deber* es el característico de *algunas* normas de un sistema de derecho; segundo, que dicho verbo es el propio de un tipo de norma *directa* de la acción; tercero, que el mencionado verbo supone en el sujeto la capacidad o posibilidad de infringir el deber, esto es, supone la infringibilidad de la norma; y cuarto, que para el supuesto de que la norma que lo expresa sea efectivamente infringida (o, mejor dicho, el órgano competente lo aprecie así), está previsto por lo general un acto sancionador.

---

<sup>41</sup> Y no de la validez, como a veces se dice. Ciertamente es que para que, en el derecho, una norma sea válida ha de ser jurídica, esto es, pertenecer al sistema, pero no es suficiente. Así se entiende que una norma jurídica pueda ser declarada inválida.

El mayor problema que existe para lograr la autonomía conceptual del deber jurídico no es otro que la poderosa presencia del deber moral. Al ser el deber el concepto por excelencia de toda ética, y al haber penetrado en la conciencia humana con una fuerza incomparable a ninguna otra (por mucho que múltiples veces se desoiga la voz de aquella), es lo cierto que cuando escuchamos atentamente la palabra “deber” el sentimiento primario que se suscita en nosotros es el que corresponde al deber moral. Hasta el punto de que si una persona exclama “¡Hay que cumplir con el deber!”, es muy probable que a nadie se le ocurra pensar que quien así se pronuncia está pensando en nuestros deberes jurídicos. El deber, así dicho sin más calificativos, el deber a secas, como sustantivo autónomo, no evoca espontáneamente nada jurídico, sino algo que afecta a nuestro ser humano auténtico, esto es, algo moral. Tenemos que hacer un esfuerzo especial para pensar el deber jurídico en términos de auténticos deberes. Sorprendentemente no sucede lo mismo con los derechos, que casi siempre son pensados en relación con las normas jurídicas que los conceden. La explicación de este fenómeno de psicología individual, y también de psico-sociología, creemos que radica en lo que ya hemos señalado: las nociones que tradicionalmente ha manejado la ética, y el lenguaje cotidiano en relación con ella, no han cambiado sus términos al independizarse el derecho de la moral, por obra del positivismo, de modo que la carga histórico-doctrinal y, sobre todo, emotiva pesan sobre esa palabra, deber, de manera prácticamente inescindible en las representaciones mentales propias de la vida cotidiana.

Esta estrecha vinculación semántica y emotiva entre lo moral y la palabra “deber”, que hace que la gente tienda a identificar ambos conceptos, es causa también de que, de manera inconsciente, haya una pronunciada inclinación a identificar lo moral con lo legal. A una primera vista, puede parecer paradójica esa identificación, si se tiene en cuenta que en la filosofía jurídica contemporánea la distinción de ambos conceptos ha sido elaborada y debatida hasta la saciedad. La mentalidad social no se guía, sin embargo, casi nunca por las sutilezas del pensamiento, sino por pautas y prejuicios que tienen hondas raíces en la historia. La conjunción de la moral y el derecho en el concepto de deber tiene una tradición de muchos siglos y ha configurado la percepción que la gente tiene de la realidad normativa y de su actitud personal ante ella. Y si la lectura de dicha conjunción en el pensamiento iusnaturalista ha sido que lo legal debía de ser moral para merecer el

nombre de derecho, en nuestra época es justo la tesis contraria la que se ha impuesto socialmente, al admitir en la práctica que la moral permite lo que la legalidad permite. Si en épocas pasadas el derecho estaba sometido al juicio definitivo de la ética, hoy la concepción moral socialmente dominante tiende a confundir ésta con lo que el derecho establezca. De ese modo, la moral ha pasado a un segundo plano, relativizándose, y su puesto antes dominante ha sido ocupado por el derecho.

El significado del “deber” en la moral y en el derecho es muy diferente. Pero eso sucede, no porque el verbo “deber” sea distinto en cada caso, puesto que no lo es: El verbo es exactamente el mismo, y por eso no puede haber distinción si se considera aisladamente la norma moral y la jurídica. El significado diferente proviene del contexto en que los deberes se expresan en un caso y en otro. Mientras el deber moral es sujeción a mi conciencia, el deber jurídico es sujeción a la comunidad jurídicamente organizada. La base del deber moral es la convicción, la del deber jurídico es la pertenencia a un grupo jurídico y, en definitiva, la convivencia. El deber, en cualquiera de ambos casos, es un vínculo, un ligamen del sujeto destinatario de la norma que lo impone con el conjunto normativo al que ésta pertenece, lo cual a su vez es reflejo de la pertenencia del individuo a la humanidad (interpretada ésta a su vez por una filosofía o una religión determinadas) o de su pertenencia, en el caso del deber jurídico, a la comunidad jurídicamente organizada. Desde un punto de vista lingüístico, puede afirmarse, por tanto, que la diferencia entre deber moral y jurídico proviene de su pertenencia a textos distintos, lo que les otorga un sentido diferente. Esta idea es asimismo aplicable al resto de los órdenes normativos, como los usos sociales o las reglas del juego. En aquellos o en éstas nos encontramos con auténticos deberes (en el primer caso, deberes sociales; en el segundo, deberes lúdicos), cuyo sentido o significado sólo puede comprenderse si se los entiende insertos en el texto al que pertenecen.

Los diversos órdenes normativos pueden coincidir, y de hecho coinciden, con cierta frecuencia, a la hora de establecer determinados deberes. La moral prohíbe matar a otra persona, el derecho generalmente también, y lo mismo hacen los usos sociales y las reglas de los juegos (aunque en estos dos últimos casos normalmente no se haga explícita dicha norma). Ahora bien, el significado de esta prohibición de matar es muy distinto en cada uno de los órdenes mencionados. La

moral prohíbe matar a otro individuo en atención a que todo individuo humano es persona y, por tanto, portador de dignidad, fin en sí mismo y no medio, imagen y semejanza del mismo Dios creador (en la versión cristiana del precepto moral, que afianza aún más el respeto al otro al hacerlo sagrado). El derecho también prohíbe matar a otro, pero puede hacer múltiples excepciones de diverso género, más o menos justificadas (legítima defensa, guerra, ejecución de pena de muerte, aborto, eutanasia), y en determinadas condiciones, normalmente establecidas en la ley. El sentido del deber jurídico de respetar la vida humana es la necesidad de mantener la convivencia y los bienes que dicha convivencia conlleva, entre los cuales el fundamental es la vida. Los usos sociales, o reglas del buen trato entre los humanos, también rechazan producir la muerte ajena, en atención a que matar es un acto censurable por ser, sin ninguna duda, un acto que puede ser calificado de muy mala educación. Por último, las reglas de los juegos por lo general también prohíben la violencia extrema, aunque es posible la existencia de juegos salvajes.

Deberes, por tanto, aparecen en todos los órdenes normativos, y algunos de ellos coinciden en su expresión lingüística. Pero su significado es muy diferente si se atiende al contexto en el que cada uno está inserto. El deber jurídico es aquel que viene expresado en una norma deóntica perteneciente a un sistema jurídico. El sentido profundo de todas las normas deónticas viene expresado mediante el verbo *deber*, que no hay que confundir con *tener que*, propio de la norma procedimental (aunque, como ya hemos señalado, en el uso normal del lenguaje se les haga muchas veces sinónimos). El deber jurídico implica una sujeción o vínculo de un sujeto, cuyo significado es que debe actuar de determinada manera o bien omitir una determinada acción. Toda norma deóntica es una norma directa de la acción, pues contempla en su expresión completa una acción (o una omisión) que el sujeto destinatario debe realizar (o abstenerse de realizar, en el caso de la omisión).

## XVII

La norma deóntica no establece por sí misma en qué consiste la acción a cuya realización obliga al destinatario. La acción viene establecida o constituida por una norma procedimental, como ya hemos analizado. Una vez establecida la acción o, mejor dicho, el tipo de ac-



ción por parte de la norma procedimental, la norma deóntica se limita a establecer el deber de realizarla (o de omitirla), así como las condiciones en que el deber ha de cumplirse. Por tanto, toda norma deóntica presupone otra norma previa que señale los requisitos de la acción, o sea, en qué consiste la acción, reduciéndose el papel de la deóntica a imponer sobre la acción el deber correspondiente.

Cuando afirmamos que la norma deóntica es una norma directa de la acción, al igual que lo decimos de la procedimental, no queremos decir que este carácter directo o inmediato, que vincula la proposición lingüística normativa con la acción, sea idéntico en su significado en ambos tipos de normas. La función lingüística de la norma deóntica y la de la procedimental son muy diferentes. Mientras ésta constituye o crea la acción, aquella la ordena o la prohíbe.

Por ejemplo, una función normativa es establecer en qué consiste el asesinato en un determinado ordenamiento jurídico, y otra función distinta es prohibirlo. Normalmente los preceptos penales unen las dos funciones en su texto (incluso asimismo la función de prever la sanción aplicable). Pero el análisis conceptual que conlleva la interpretación y sistematización de la materia textual bruta en el texto elaborado del sistema, tarea en este caso de la dogmática penal, permite diferenciar claramente estos dos aspectos. Aunque suene extraño, hay un procedimiento genérico del asesinato, que es lo mismo que decir que hay un tipo o acción típica a la cual un ordenamiento jurídico determinado ha dado el nombre de asesinato. Cada ordenamiento jurídico designa los tipos delictivos y establece asimismo el procedimiento que cada uno de ellos supone. La designación de los tipos en los preceptos penales es exigible por el moderno principio de legalidad, pero no sucede lo mismo con la determinación del procedimiento en que cada tipo consiste, que en ocasiones no viene “definido” en el precepto penal, por lo que corresponde a la dogmática penal su determinación. Así, una disposición del Código Penal puede utilizar el término “homicidio” o, refiriéndose al sujeto, el de “homicida” sin especificar en qué consiste exactamente el tipo, y en tal caso el precepto expreso dirá: “el homicidio es castigado con tantos a tantos años de cárcel”, o bien: “al homicida se le impondrá tantos años de prisión”. Desde el punto de vista de la técnica legislativa lo más adecuado para un estricto cumplimiento del principio de legalidad sería que todos y cada uno de los tipos penales fueran claramente “definidos” o, para ser más exactos, fueran objeto de una norma procedimental expresa que señalara níti-

damente el procedimiento genérico, o sea, la acción genérica en que consiste cada delito. Creemos en este aspecto que el argumento de Durkheim de que lo relevante de la norma penal es el establecimiento de la sanción, ya que las acciones prohibidas son por todos conocidas por estar grabadas en la conciencia común que los individuos de una sociedad comparten, apunta a una verdad<sup>42</sup> que, sin embargo, no debe presidir la tarea de la tipificación legislativa.

La afirmación de que cada tipo delictivo se establece mediante una norma procedimental puede parecer extraña, y la razón de ese sentimiento de extrañeza está en que el concepto de procedimiento suele emplearse preponderantemente en el uso normal del lenguaje ordinario para los actos lícitos. Nadie se extraña de que se diga “procedimiento para contratar” (normalmente la civilística usa la expresión “forma” del contrato), o “procedimiento para recurrir” cuando queremos interponer un recurso procesal, o “procedimiento para pedir la baja laboral”. La palabra “procedimiento” va vinculada, en ese uso normal del lenguaje ordinario, a actos que no tienen un especial significado negativo y que, de alguna manera, presuponen o bien una libertad que el derecho concede a quien quiere realizar el acto o incluso una obligación de realizarlo. Ahora bien, los actos ilícitos, por mucho que sean ilícitos, porque así lo quiere quien ha creado el texto jurídico, no por eso dejan de ser actos, y como tales, independientemente de que sean permitidos, prohibidos u obligados, vienen determinados por sus respectivos procedimientos.

Todas estas explicaciones son necesarias para separar lo que es una acción en sí misma considerada, del supuesto de que una norma deóntica la imponga como obligatoria. La norma deóntica establece un deber. Un deber no puede pensarse sin referencia a una acción. La acción genérica de que se trate la determina obviamente un procedimiento, puesto que una acción no es otra cosa que un procedimiento. En conclusión, la norma deóntica precisa de una norma procedimental. Pero no al revés, la norma procedimental no precisa de una norma deóntica. Primero, porque el derecho puede establecer acciones, esto es, procedimientos, para quien quiera realizarlas libremente, lo que im-

---

<sup>42</sup>Una verdad a medias, puesto que si bien es cierto que los individuos suelen llevar impreso en su conciencia la prohibición de cometer los que pueden denominarse grandes crímenes, no lo es para los delitos menos graves, o incluso para aquellos sobre los cuales no ha cristalizado una conciencia colectiva de enérgica repulsa.

plica que esas acciones no son objeto de regulación por otra norma posterior. Así, un ciudadano puede solicitar algo de la administración, y hacerlo libremente, para lo cual necesita seguir el procedimiento previsto para esa clase de solicitudes; pero no tiene en modo alguno el deber de hacerlo. Segundo, porque el derecho establece también acciones, o sea, procedimientos, que conforman en su conjunto el contenido de un derecho subjetivo, sin que esas acciones lícitas y posibles vengan además impuestas por un deber.

En consecuencia, si decimos que alguien tiene un deber jurídico estamos diciendo que ese sujeto está sometido a una norma deóntica de un determinado ordenamiento, la cual a su vez contempla una acción, precisamente la acción debida, y que esa acción es objeto de otra norma, esta vez de índole procedimental. De esta manera queda suficientemente aclarada la relación existente entre la norma deóntica y la norma procedimental o, lo que viene a ser lo mismo, entre el deber y la acción en el campo del derecho.

Tenemos, además, que detenernos un momento en la diferencia que separa a ambos tipos de normas si se atiende al criterio de su incumplimiento. Ya hemos señalado antes que cuando el sujeto que quiere algo relevante en el derecho no pone los medios para conseguirlo, lo que sucede es que simplemente no consigue su propósito. Una norma procedimental, aisladamente considerada, establece los pasos o requisitos necesarios para realizar una acción con significado jurídico, lo cual quiere decir que el sujeto consigue algo a lo que el derecho da relevancia, sea ésta del grado que sea. Si el sujeto no cumple algún requisito esencial, no tiene lugar la acción jurídicamente relevante, y en el caso de que estemos ante una apariencia de haberse realizado uno por uno todos los pasos esenciales del procedimiento, el órgano competente podrá declarar la nulidad de la acción al comprobar que efectivamente no ha sido así. Dicho en términos generales: el resultado de no cumplir los requisitos o pasos necesarios en que el procedimiento de una acción consiste, es que no se produce el fin propuesto inicialmente por el sujeto, esto es, la acción no tiene lugar.

El resultado del incumplimiento de una norma deóntica o, lo que es lo mismo, del incumplimiento de un deber jurídico es la *infracción* de la norma o del deber. La característica de la norma deóntica es que es infringible, lo cual supone la trasgresión del deber jurídico que dicha norma impone a un sujeto. El deber, por su propia naturaleza, es algo susceptible de ser infringido, vulnerado, violado, transgredido. Todas

estas palabras no son aplicables a un procedimiento en sí mismo considerado, sino sólo cuando el procedimiento (esto es, la acción) es objeto de un deber, o sea, de una norma deóntica; en cuyo caso lo que se infringe es la norma deóntica que impone el cumplimiento de un procedimiento. Tan esencial es al deber y a la norma deóntica su infringibilidad, que no tiene sentido alguno imponer un deber cuando se sabe que nadie puede infringirlo. La infringibilidad es una característica esencial de todos los deberes, de cualquier tipo que sean, y asimismo de toda norma deóntica. También, por tanto de los deberes jurídicos y de las normas deónticas del derecho.

### XVIII

Los ordenamientos jurídicos suelen conectar unos deberes con otros, de manera que si el sujeto del primer deber no lo cumple, entonces otro sujeto (p.ej., un órgano del Estado, como el juez) tendrá otro deber de ordenar la imposición de una sanción; lo cual se traduce, a su vez, en un tercer deber dirigido a un órgano de ejecución para que, en el caso de que el trasgresor del primer deber no acceda voluntariamente a su cumplimiento, dicho órgano se encargue de ello, incluso por la fuerza si fuese necesario. El primero de los deberes va dirigido al destinatario normal (si así puede decirse) de la norma deóntica, a todas las personas o a una clase de personas. Si una de estas personas lo infringe, entonces el juez tiene el deber de ordenar el cumplimiento del mismo deber antes incumplido o, en su caso, imponer una sanción. Deber este último que va dirigido al destinatario primero y, en caso de que se produzca su oposición, al órgano ejecutivo cuya función consiste precisamente en ejecutar las sanciones impuestas por los jueces.

Este entrelazamiento de deberes jurídicos se traduce en que, para entender bien un sistema jurídico, es conveniente perfilar tres tipos de normas deónticas: la norma deóntica de conducta, la norma deóntica de decisión y la norma deóntica de ejecución. La primera establece un deber de conducta (en sentido estricto); la segunda, un deber de decisión; y la tercera, un deber de ejecución. En realidad, todas las normas deónticas imponen conductas y por tanto, en un sentido amplio, los tres tipos son normas de conducta (a diferencia de las normas ónticas, potestativas y procedimentales, que no establecerían conductas propiamente dichas). Pero reservamos el término “norma jurídica

de conducta” para aquella norma que impone un deber al destinatario primero, como cuando p. ej. decimos que el Código civil exige al deudor que pague la deuda, o que el Código penal prohíbe atentar contra la vida ajena. “Pagar la deuda” en el plazo convenido sería el objeto de una norma de conducta o norma impositiva de ese deber impuesto por el derecho civil. Y “respetar la vida ajena” sería la conducta impuesta por el derecho penal.

La norma deóntica de decisión establece un deber jurídico que va dirigido a un órgano cuya competencia es decidir cómo responder a la trasgresión de la norma de conducta. Paradigmáticamente el órgano de decisión es el juez, y para simplificar las cosas aquí cuando hablemos de “órgano de decisión” sólo nos referiremos al juez. No hay que olvidar que existen muchos órganos de decisión, y algunos más importantes, desde el punto de vista jerárquico, como es el legislador. Pero en este contexto que estamos analizando ahora suponemos el texto legal como ya establecido, y partiendo de él, nos fijamos en los órganos cuya función es aplicar las leyes a los casos concretos.

El juez, sin embargo, no ejecuta la sanción por sí mismo. Cuando en aplicación de la ley impone una sanción, en realidad lo que hace es decidir el contenido de una norma individual o concreta, dirigida a uno o varios sujetos, para que cumplan una determinada conducta y, subsidiariamente, se dirige al órgano de ejecución competente para el caso de que el infractor no cumpla la sanción impuesta. A veces se dirige de modo directo al órgano de ejecución con el fin de que proceda a realizar las actuaciones que precisa la sanción impuesta.

Desde la perspectiva de la estructura de significado de las normas deónticas, parece acertado contemplarlas como proposiciones de deber condicionadas. En este aspecto, son similares a las normas de procedimiento. Además, dicho carácter condicionado no es una nota esencial tan sólo adscribible a las normas jurídicas de carácter deóntico, sino en general a todas las normas expresivas de deber, sean o no jurídicas.

Tradicionalmente ha sido común presentar la norma jurídica como un deber condicionado, a diferencia de la norma moral, que sería una proposición categórica de deber. Para subrayar esta diferencia se suele afirmar, sin matices, que la norma jurídica es hipotética, mientras que la norma moral es categórica. Ya hemos señalado que, además, ha sido un lugar común considerar a todas las normas, del género que fuesen, como impositivas de deberes; tesis que en el marco de la teo-

ría comunicacional del derecho es rechazada por simplista, sustituyéndola por la concepción heterogénea de las normas jurídicas, heterogeneidad que afecta tanto a la diversa función de los diferentes tipos de normas de derecho, como a su distinta configuración lingüística. Partiendo, por consiguiente, de la tesis de la heterogeneidad normativa en el derecho, y fijándonos ahora en las normas deónticas, vamos a defender que estas normas son siempre condicionadas, pero no sólo en el derecho sino asimismo en la moral.

La tesis que defendemos es ésta: todas las normas deónticas, es decir, impositivas de deberes son condicionadas. Lo cual quiere decir que las expresiones lingüísticas que expresan ese tipo de normas, sean morales, jurídicas o de cualquier otro género, imponen un deber (moral, jurídico, etc.) bajo determinada condición. La condición hace referencia a la situación contemplada por la norma. Ésta no se dirige a su destinatario para imponerle un deber en abstracto, esto es, desligado de toda circunstancia concreta, sino que la imposición del deber sólo tiene sentido en un determinado contexto. Supongamos la norma moral “¡No debes mentir!”, o lo que viene a ser lo mismo: “¡Debes decir la verdad!” En su apariencia externa, bajo esas formulaciones imperativas, se suscita la idea de que ambos preceptos morales imponen un deber incondicionalmente. No obstante, esto es sólo una apariencia. El precepto dice al destinatario que su deber moral es decir la verdad. Pero ¿es correcto pensar que la norma impone el deber absoluto de decir la verdad siempre, con independencia de cualquier circunstancia? ¿Es acertado interpretar ese precepto como si impusiera un deber abstracto y universal? Veamos. El fin de toda moral es que las personas hagan el bien, y a esa finalidad van enfocados todos sus preceptos impositivos de deberes. Puede suceder, sin embargo, que un individuo persiga dañar a alguien precisamente diciendo la verdad. Juan sabe que Pedro ha sido drogadicto, y que hace dos o tres años ha salido de ese infierno. Compiten para un ascenso en la empresa en que ambos trabajan, para lo cual pasan una entrevista con los directivos en la que comentan informalmente diversos aspectos de la empresa y de los empleados. ¿Diríamos que Juan actúa moralmente bien declarando que Pedro es un buen hombre pero que en el pasado fue drogodependiente? ¿No diríamos que Juan actúa inmalmente al revelar una conducta pasada que puede perjudicar en el presente a un competidor, y por tanto beneficiarle a él? Parece más adecuado pensar que el precepto que nos sirve de ejemplo no quiere decir que, en todo caso, haya que decir la verdad, sino tan sólo en determinadas condicio-

nes, que pueden resumirse así: desde un punto de vista moral es obligatorio decir la verdad si diciéndola se persigue la realización de un bien moral (y no, por ejemplo, una ventaja personal). La situación comunicacional en la que se encuentra Juan está determinada por el hecho de competir con un compañero del que sabe algo que puede perjudicar su imagen. Él se limita a comunicar la verdad en relación a otra persona, pero al hacerlo realiza un acto inmoral. Del mismo modo que hemos argumentado en este ejemplo, podríamos hacerlo con cualquier otro. El precepto moral suele formularse de manera categórica, de un modo simplificado, pero esta práctica no debe confundirnos sobre el significado profundo de la norma, que sólo puede ser comprensible plenamente si se conecta el deber impuesto con la situación para la cual se ha previsto. Los deberes, en definitiva, son situacionales, y si lo son en la moral con mayor motivo aún en el derecho.

La norma jurídica de carácter deóntico es condicionada, lo que quiere decir que prevé una situación, normalmente una situación típica, para que los sujetos que se encuentren en ella deban realizar una determinada acción (también típica). Así, en el ejemplo de la norma que impone al deudor el deber de pagar, la norma completa diría algo parecido a esto: “la persona que con capacidad y libremente haya convenido con otra los términos de un contrato no prohibido por la ley, del cual derive una deuda, debe pagar ésta ateniéndose a dichos términos”. La primera parte de la frase concreta una determinada situación, consistente en que una persona plenamente capaz ha celebrado un contrato válido del cual deriva para ella una deuda. Por eso, la formulación más idónea para entender el sentido profundo de esta norma deóntica sería la de expresar claramente la condición con la partícula condicional *si*, diciendo entonces: “si una persona que con capacidad y libremente, etc.”. El deber que la norma establece se encuentra, en efecto, condicionado a que se cumplan las condiciones que la misma norma prevé. Pues si sucediera que la persona no es capaz para realizar el negocio jurídico de que se trate, o es capaz pero no contrata libremente, o contrata libremente pero para realizar una prestación o recibir una contraprestación no permitidas por la ley, o sea, ilícitas, entonces no se cumpliría algún elemento esencial de la condición y, por consiguiente, no habría deber alguno.

El carácter condicional de toda norma jurídica proviene, como sucede con la norma moral, de que no es posible pensar deberes abstractos, sino siempre vinculados a situaciones. Esta condicionalidad

es tanto más palpable en la norma jurídica, si se tiene en cuenta que el derecho contempla en todo caso relaciones interpersonales o, dicho de otra manera, el derecho se manifiesta comunicacionalmente a través de mensajes en los cuales la alteridad u “otridad” siempre está presente. Por eso, los deberes que imponen las normas jurídicas se conectan necesariamente a situaciones en las cuales los demás están presentes, bien en acto, bien en potencia. Si la norma jurídico-penal prohíbe el hurto, el significado de esa prohibición ha de verse en la necesidad de garantizar la convivencia, lo cual exige el respeto de la propiedad ajena. Ahora bien, por encima del respeto a la propiedad ajena está el valor de la vida, también la propia. Y esa es la razón de que la condición que la norma pone para dicha prohibición es que, además de que la cosa sea ajena, la vida de la persona no corra un peligro grave, esto es, no se halle en lo que los penalistas llaman “estado de necesidad”. En la condición de la norma que prohíbe el hurto se juntan varios aspectos: la capacidad penal de la persona que supuestamente ha cometido el hurto, que la cosa hurtada sea ajena, y que no sufra un estado de necesidad. Si se producen en efecto ese conjunto de condiciones, entonces esa persona tiene el deber jurídico de respetar la propiedad ajena, es decir, de no hurtar; pero no en caso contrario.

Si la norma de conducta impone un deber dirigido a una clase de destinatarios que, para simplificar, podemos identificar con las personas que son nacionales de un Estado y en determinados aspectos incluso se extiende a las personas que no siendo nacionales se encuentran en su territorio, la norma de decisión va dirigida a órganos de decisión, esto es, como se suele decir, a aquellos órganos cuya misión consiste en “aplicar” el derecho. Lo que se quiere decir en realidad es que la mayoría de las veces los ordenamientos jurídicos prevén disposiciones para sancionar a los infractores de las normas de conducta, para lo cual el legislador se dirige a órganos de decisión (paradigmáticamente, los jueces) imponiéndoles el deber de decidir si efectivamente ha habido trasgresión de la norma de conducta, y el deber de, en el caso de que decida que efectivamente la ha habido, ordenar la imposición una sanción. En la mayoría de los casos, la norma deontica tiene prevista la sanción, aunque no en su concreción adaptada al caso, sino de un modo genérico y que precisa, por ello, de su determinación, lo que al juez le da un margen de arbitrio.

A la norma ordinaria de conducta, que expresa un deber dirigido a las personas, a todas o una clase de ellas (comerciantes, estudiantes



universitarios, trabajadores por cuenta ajena, etc.), los ordenamientos jurídicos suelen conectar una segunda norma deóntica, la de decisión, con objeto de que, si aprecian infracción de la primera, procedan a decidir una sanción. Por lo general los deberes jurídicos ordinarios se encuentran respaldados por deberes de decisión, pero no siempre ocurre así. A veces el legislador impone un deber sin que prevea una norma de decisión que sancione su trasgresión. Esto sucede con escasa frecuencia, pero sucede. ¿Hay que interpretar entonces que en tales casos no nos encontramos en presencia de un deber jurídico? Algunos autores (sobre todo, los que consideran que toda norma jurídica es necesariamente sancionatoria) consideran que en tales casos no hay un deber jurídico propiamente dicho porque, para que lo haya, dicho deber ha de ir formulado, por decirlo así, “en serio”, lo cual implica que se le conecte con un castigo más o menos severo para el caso de su incumplimiento. Esta postura se defiende sobre todo en el marco de la teoría homogénea de las normas del derecho, pues, como ya hemos señalado, se hace de la norma individual el centro de reflexión de la teoría jurídica, concibiéndola como esencialmente sancionatoria. En ese cuadro simplista de las normas jurídicas parece lógico pensar que un deber jurídico sin sanción es una contradicción en los términos. Para esos autores, no serían deberes sino todo lo más recomendaciones que el legislador emite y cuyo incumplimiento no acarrearía ninguna desventaja especial para el trasgresor. Incluso podría interpretarse que no tienen valor alguno, ni siquiera como consejo o recomendación, y que en definitiva tales “deberes” no son sino papel mojado, un desliz de la pluma del legislador, que ha querido manifestar sus deseos bienintencionados.

Supongamos que la ley en uno de sus preceptos establece que determinada clase de funcionarios tienen el deber de actuar con “la máxima diligencia”, pero deja sin sancionar a quien no actúe de esa manera, previendo sanciones únicamente para los que lleven a cabo sus actuaciones sin “la diligencia mínima”. Probablemente la doctrina que comente el precepto se planteará la cuestión de delimitar con suficiente claridad lo que constituye “diligencia máxima” y “diligencia mínima”, entre las cuales habrá también que especificar el contenido concreto de la “diligencia media”, concepto sobre el cual el precepto no dice nada (y sobre el que recaería evidentemente el calificativo de “laguna de la ley”). Los jueces, ayudados por los autores de la doctrina, y éstos apoyándose a su vez en la jurisprudencia de aquellos, lograrán pasado cierto tiempo una delimitación aproximada de los tres tipos

de diligencia que el supuesto precepto introduce, dos tipos de manera expresa y el tercero implícitamente. Tendrán también que resolver el problema de qué se hace en los casos de “diligencia media”, concepto éste no previsto por la ley, pero que ha de ser presupuesto, dados los términos en que la disposición está establecida. Es probable que, si los jueces tienden a una cierta severidad, acabarán equiparando la diligencia media a la máxima, aplicando entonces el concepto de ésta de manera extensiva, de modo que abarque también a aquella, con la consecuencia de que tan sólo quedará exenta de sanción la diligencia mínima. Según la opinión de los que defienden la concepción homogénea, se interpretaría entonces que el deber de diligencia es exigible jurídicamente, a no ser que se trate de una diligencia máxima, en cuyo caso, al no haber sanción prevista, se estaría ante una norma que no es jurídica, sino en todo caso moral.

Esta manera de argumentar no es, en nuestra opinión, aceptable, pues en el derecho todo es derecho, y no moral ni cualquiera otra cosa. El texto jurídico global, que es un ordenamiento, excluye la posibilidad de que entre sus elementos proposicionales (normas) los haya extraños al derecho mismo (principio de prioridad pragmática<sup>43</sup>). La solución a los deberes jurídicos sin sanción tiene que ser, en consecuencia, diferente a la descrita. En efecto, el deber jurídico existe desde el momento en que una proposición deóntica lo establece en un determinado sistema jurídico. El que el deber establecido se conecte con otro deber, el de un órgano de aplicación que garantice el cumplimiento del primero por medio de la imposición de una sanción, constituye con respecto al deber primero un añadido que el legislador puede introducir, o no. Un deber es jurídico cuando ha sido impuesto por una norma perteneciente a un sistema jurídico, y no cuando hay otra norma

---

<sup>43</sup> El principio de prioridad pragmática es aplicable a los textos. Según dicho principio cada texto tiene un carácter prioritario que condiciona todas las expresiones concretas que en él se contienen, incluso aquellas expresiones que aparentemente tendrían otro carácter. Por ejemplo, una novela es un texto que tiene carácter narrativo y, por tanto, todos sus elementos textuales participan de ese carácter, incluso las frases que en sí mismas consideradas no serían narrativas, como una orden, un consejo o cualquier otra directiva. Pues la orden o el consejo que un personaje de la novela da a otro, no son propiamente ni una orden ni un consejo sino la narración de una orden y la narración de un consejo. Al igual que en la novela todo es novela, y por consiguiente texto narrativo, en el derecho todo es derecho y, por tanto, texto regulativo. Así, en un ordenamiento jurídico no habría definiciones, sino normas que imponen que una palabra determinada se entienda de una manera, y no de otra. Una “definición” contenida en una norma no es una definición, sino el contenido de la norma misma; forma parte de la norma.

que impone la sanción para el caso de su infracción. En el ejemplo propuesto, se supone (razonablemente) que el legislador no ha querido sancionar la falta de diligencia máxima, aunque sí exige este tipo de diligencia en las actuaciones de los órganos a los que va dirigida la norma. Pero no ha querido reforzar dicha exigencia con otro deber dirigido a un órgano decisor que aplique sanciones. El hecho de que no haya querido exigir ese reforzamiento no quiere decir en absoluto que el deber de diligencia máxima en las actuaciones de los destinatarios no sea asimismo un deber jurídico. Lo es, porque pertenece a un conjunto lingüístico-proposicional que es jurídico todo él y, por tanto, asimismo todos sus elementos. El significado de los deberes jurídicos no respaldados explícitamente por sanciones se ha expresado muy bien mediante la alocución de *soft law*, “derecho suave”. El derecho puede ser suave, pero no por eso deja de ser derecho.

Hay que tener en cuenta además que, aunque los preceptos que forman ese “derecho suave” no estén respaldados en el ordenamiento jurídico por otros preceptos que prevean sanciones para el caso de transgresión, eso no quiere decir que ésta no pueda tener eventualmente otros efectos jurídicos. Pensemos, por ejemplo, en una situación en que haya que decidir qué personas serán promocionadas a un puesto superior, para lo cual se prevea un procedimiento en el cual haya que evaluar objetivamente las actuaciones de los candidatos en el ejercicio de sus funciones. Es muy probable que, si no intervienen factores espurios (favoritismo, sectarismo, partidismo, etc.), un criterio muy relevante para el ascenso vendrá determinado por la calificación profesional que se otorgue, y en dicha calificación no puede haber duda de que un aspecto decisivo será el grado de diligencia que se haya observado en el cumplimiento de las obligaciones y de las tareas atribuidas a cada cual. ¿Podrá decir el que sea pospuesto que al final se le ha sancionado por no actuar con la diligencia máxima? Si maneja un concepto riguroso de sanción, evidentemente no podrá decirlo, aunque subjetivamente, desde el punto de vista psicológico, pueda vivir su no-ascenso como un verdadero castigo.

Nuestra tesis es, por consiguiente, que en los ordenamientos jurídicos las normas deónticas imponen por sí mismas deberes jurídicos con independencia de que esos deberes vengan conectados con otros deberes dirigidos a órganos de decisión para que impongan sanciones a los infractores de los primeros. Bien es verdad que, en la inmensa mayoría de las veces, los ordenamientos prevén ese segundo nivel de de-

beres, y por ese motivo la percepción usual que se tiene del deber jurídico es que le es consustancial la sanción.

Esta tesis también resuelve el carácter jurídico de los órganos superiores del Estado, sobre cuyos hipotéticos incumplimientos no recae sanción jurídica alguna. Así, el órgano legislativo tiene la potestad de legislar, lo que supone que tiene junto a la competencia el deber de hacerlo. Si el parlamento no legisla estará incumpliendo su deber jurídico, pero los ordenamientos por lo general no sancionan ese incumplimiento<sup>44</sup>. Del rey se afirma que no es responsable, lo que significa igualmente que no es sancionable, a pesar de lo cual sí tiene deberes jurídicos. Si se admite la tesis contraria, que ya hemos criticado, habría que concluir que ni el rey ni el órgano legislativo están sometidos al ordenamiento jurídico bajo la forma de deberes jurídicos, lo cual es difícilmente comprensible en un Estado de derecho.

En este “derecho suave”, cuyas normas imponen deberes jurídicos sin conectarlos con otras normas que impongan sanciones para el caso de infracción de aquellos deberes, se incluyen también las llamadas por algunos autores “normas de fin”.

No es infrecuente que en las constituciones y en la legislaciones aparezcan disposiciones que, más que imponer conductas determinadas a personas u órganos, se limitan a establecer finalidades generales o metas a alcanzar por parte de los destinatarios de dichas disposiciones. Las fórmulas lingüísticas de estos preceptos varían pero su significado es el mismo. Me refiero a expresiones tales como “los poderes públicos promoverán tal y tal cosa”, “se tendrá como prioritaria tal política”, “se adecuarán las condiciones para”, “el Estado llevará a cabo tal tarea con la finalidad tal y tal”, e incluso bajo la fórmula de derechos, como cuando se dice en la disposición “todos tienen derecho a una vivienda digna”, “todos tienen derecho a un trabajo y a una remuneración suficiente”, y otras similares. La variedad de su formulación lingüística es enorme pero su sentido es parecido: se trata en definitiva de marcar metas o fines que los destinatarios de esas disposiciones —normalmente, los poderes públicos— deben esforzarse en conseguir.

---

<sup>44</sup> El derecho de la UE impone a los Estados miembros deberes jurídicos comunitarios. Muchos de estos deberes van dirigidos a los parlamentos de dichos Estados, por ejemplo para trasponer al derecho estatal interno los contenidos de las directivas comunitarias. En estos casos, cuando el parlamento no cumple su tarea, se dice que el Estado ha infringido el derecho comunitario, con las consecuencias previstas por el recurso por incumplimiento.

Ahora bien, ¿qué sucederá si los poderes públicos no adecuan sus actuaciones a lo exigido por estas disposiciones que podemos llamar programáticas o proyectivas?, ¿acaso sucederá que, si no se realizan las obras públicas pertinentes, deberá dimitir el ministro de fomento; o si no se consigue el pleno empleo sino que, al contrario, el gobierno es incapaz de contener el progresivo desempleo, deberá dimitir por ello todo el gobierno o por lo menos el ministro de trabajo? ¿o acaso sucede que se le impondrán otras sanciones? Como es bien sabido, nada de esto sucederá o, por lo menos, nada de esto está previsto en las normas. La razón de ello es que las disposiciones de este género que comentamos, aquellas que simplemente se limitan a establecer fines o proyectos, pertenecen a la categoría de *soft law*. Son normas que establecen deberes jurídicos, ciertamente, pero se trata de deberes jurídicos débiles, esto es, de aquella especie cuya infracción no acarrea consecuencias jurídicas directas bajo forma de sanción.

## XIX

Recapitulemos un poco lo que venimos exponiendo respecto a las normas deónticas, de las que hemos visto sus dos primeros tipos: la norma deóntica de conducta y la norma deóntica de decisión. La primera puede formularse en los siguientes términos: “si una persona se encuentra en una situación determinada, entonces debe realizar tal acción o abstenerse de realizarla”. La persona es el sujeto al que se dirige la norma de conducta. La situación abarca un conjunto de elementos, que van desde la capacidad de la persona, dependiendo del tipo de acto de que se trate, hasta un acto previo que haya realizado (p.ej., un contrato) pasando por su *status* jurídico (casado, soltero, tutor, etc.) y profesional (funcionario, médico, profesor, etc.). Cuando se cumplen las condiciones establecidas por la norma, entonces surge el deber, ya sea de realizar una acción determinada, ya de no realizarla. En el primer caso estamos en presencia de un deber “positivo”, un deber de “hacer”, y por eso la norma que lo impone puede ser calificada de imperativo positivo. Desde el punto de vista lingüístico la norma se expresa entonces con un “debes”. En el segundo caso, la norma impone una abstención, ya que el contenido de la norma es un “no-hacer”. La norma se expresa negativamente: “no debes”, o bien afirmativamente, en cuyo caso la partícula negativa pasa al verbo de la ac-

ción: “debes no-hacer”. Así, la expresión “no debes matar” es equivalente a esta otra: “debes no-matar”.

La segunda norma deóntica, o norma de decisión, entra en funcionamiento cuando el órgano decisor aprecia que se ha infringido la norma de conducta. Refiriéndonos al juez (aunque lo mismo podría aplicarse a cualquier otro órgano que tenga que decidir si ha habido infracción de una norma de conducta y, consecuentemente, deba imponer una consecuencia jurídica), la norma puede formularse así: “Si el juez aprecia, por la valoración adecuada de las pruebas, que una persona determinada ha incumplido el deber establecido por una norma de conducta, entonces tiene el deber jurídico de imponer una sanción”. Bien miradas las cosas, el juez se enfrenta ante dos deberes jurídicos: Primero, el deber de valorar las pruebas para llegar al convencimiento de que ha habido infracción de la norma de conducta, o bien al convencimiento de que no ha habido tal infracción. Y segundo, una vez establecido el convencimiento de que efectivamente ha habido infracción de la norma de conducta, el deber de imponer la sanción prevista en la ley. Además, junto a esos deberes jurídicos tiene otros que salen del contexto en que tratamos ahora de la función judicial, pero que no por ello son menos relevantes. En efecto, el juez tiene los deberes mencionados, y los tiene dentro del proceso, el cual a su vez le impone el deber de actuar de acuerdo con las reglas procesales. Cada proceso tiene su procedimiento, que establece los pasos concretos que en el decurso temporal que atraviesa el proceso han de cumplirse para que este último sea válido. Pues bien, los jueces tienen el deber jurídico de conocer dichas “reglas del juego procesal”, y además tienen el deber de cumplirlas. De este modo, la función judicial no sólo consiste en cumplir los dos deberes de llegar al convencimiento de que una persona ha infringido una norma de conducta y, en tal caso, imponerle la sanción prevista por la ley o, en caso contrario, llegar a la convicción de que no se ha producido infracción, y por tanto no imponer sanción alguna. Consiste también en aplicar las normas procedimentales y deónticas que acompañan a cada proceso. Ahora diremos algo brevemente sobre los dos deberes centrales que conlleva la norma de decisión que, tras las explicaciones anteriores, habría de formularse del siguiente modo: “Si al juez se le presenta una solicitud (demanda, querrela, etc.) debe decidir, de acuerdo con las reglas del proceso, si ha habido infracción de una norma de conducta, y en caso afirmativo, debe decidir imponer la sanción.”

Aparte de los deberes que le imponen las normas procesales, el primer deber jurídico fundamental que tiene el juez es el de valorar adecuadamente las pruebas para llegar a un convencimiento sobre los hechos aducidos en el proceso. Para ello deberá prestar la máxima atención a las alegaciones de las partes, al valor de las pruebas que presenten y a su relevancia para la resolución del caso. El juez se enfrenta ante un conjunto muy variado de pretendidas pruebas o indicios: documentos públicos y privados, declaraciones de la más diversa especie (de las partes, de los testigos, de los expertos), fotografías, material informático, etc. Ese conjunto contendrá quizás unos elementos que vayan en una dirección, y otros elementos que vayan en otra. A unos habrá que darles mayor fuerza de convicción que a otros. El juez se encuentra ante un *totum revolutum* de pruebas e indicios a los que tiene que dar forma para *construir* los hechos, esto es, para determinar qué es lo que, teniendo en cuenta el conjunto de todos los elementos examinados, ha pasado realmente y asimismo para concretar el problema o los problemas propio del caso. El juez realiza una “lectura” de las pruebas e indicios aportados y esa “lectura” la hace desde la perspectiva del sistema jurídico que tiene el deber de aplicar. Como profesional del derecho, su perspectiva hermenéutica no es la del psiquiatra o psicólogo, ni la del sociólogo, ni la del sacerdote. Entiende el conjunto de datos aportados desde el derecho que ha de aplicar, si bien en determinadas ocasiones el derecho le pueda exigir que en su “lectura” tenga en cuenta los aportes de expertos, como cuando tiene que valorar el grado de responsabilidad de una persona aquejada de una deficiencia o enfermedad psíquica en la comisión de un delito. Para llevar a cabo esa tarea el juez realiza una labor de interpretación del material probatorio e indiciario aportado desde la perspectiva de su texto de referencia, el del sistema jurídico al que pertenece como uno de sus órganos. La construcción de los hechos sólo es posible mediante dicha interpretación. Por medio de ésta consigue dar, en el caso de que sea así, un sentido unitario al conjunto desordenado, y en parte contradictorio, de los elementos que se le han aportado en el juicio. Al hacer la interpretación desde la perspectiva del sistema jurídico, se trata asimismo de una interpretación jurídica, muy diferente quizás de la que se podría hacer desde otras perspectivas. Ante todo, ha de calificar jurídicamente los hechos, esto es, ha de poner nombres jurídicos a las cosas, a las situaciones, a las relaciones, a las personas, a las acciones.

A veces la calificación será inmediata por su evidencia, como cuando se le presenta por una de las partes un contrato de alquiler de vivienda debidamente cumplimentado, y no hay indicio alguno de que dicho contrato no sea válido. El juez dirá entonces: “esto es un contrato de arrendamiento de vivienda”. Otras veces le será más arduo calificar jurídicamente, como cuando haya de determinar si se está ante un homicidio gravemente imprudente o ante un homicidio doloso. O cuando tenga que determinar si el concepto “cosa” que el precepto penal exige en el tipo delictivo de hurto o robo es extensible también a las energías, como la electricidad. O cuando se vea en la tesitura de decidir si la palabra “arma”, utilizada por la ley penal engloba al ácido que el agresor usó contra la víctima para causarle lesiones. La calificación jurídica equivale a dar nombre jurídico al acto, a la situación, para determinar a qué especie legal pertenece, y así poder subsumir esa realidad concreta en el concepto genérico que prevé la ley. Dicha calificación es el resultado de un proceso constructivo de carácter hermenéutico que, a la postre, el juez expresa en un texto.

Una segunda parte de esta labor de calificación de los hechos y aplicación del derecho vigente, es la determinación de las normas aplicables. Tarea ésta que se da simultáneamente con la primera, pues es imposible calificar jurídicamente los hechos sin verlos desde las normas que se consideran aplicables. No sucede que, primero, se determinen jurídicamente los hechos, y después se busquen las normas, sino que ambos aspectos se construyen a la vez, en un “ir y venir de la mirada”, en expresión de Engisch, de los hechos a la norma y de la norma a los hechos. Las normas jurídicas, por lo demás, no aparecen normalmente acabadas y completas en el ordenamiento, sino que se precisa su construcción a partir del texto bruto que aquel representa. El juez, en definitiva, acude al sistema, esto es, al texto elaborado y conceptualmente depurado que refleja el ordenamiento pero al mismo tiempo lo completa.

El deber jurídico del juez es aplicar las normas del derecho vigente a los casos. En el supuesto más característico, eso quiere decir que, una vez concretado y calificado el hecho, lo cual supone su *subsuncción* en el hecho genérico, debe ordenar la consecuencia jurídica, lo que es equivalente a la emisión de una norma individual dirigida al órgano de ejecución, ordenándole justamente la realización de un acto consistente en la ejecución de la sanción. Surge de ese modo la norma deóntica de ejecución, que puede formularse en los siguientes térmi-



nos: “Si el órgano de decisión ha ordenado la ejecución de una sanción determinada, el destinatario de esa orden (el órgano de ejecución) debe ejecutarla”.

## XX

En las páginas precedentes nos hemos propuesto presentar un modelo de teoría de las normas jurídicas que, adoptando el enfoque hermenéutico-analítico, se ha fijado en las diversas funciones que cumplen dentro del sistema los diversos tipos de normas, así como en su distinta configuración lingüística, para lo cual hemos centrado la reflexión en torno al significado de los verbos directivos que les son característicos. El texto bruto, que todo ordenamiento es, viene ordenado en el sistema, y es respecto de éste como tiene sentido plantearse la tarea de elaborar un modelo normativo que refleje la estructura profunda del lenguaje del derecho. Hemos señalado asimismo que un ámbito jurídico no puede equipararse simplemente al ordenamiento jurídico correspondiente, sino que implica un conjunto heterogéneo de procesos comunicativos tanto más variados y complejos cuanto mayor sea el grado de civilización de la sociedad.

Cuanto más primitiva sea una comunidad humana, tanto más tenderá el ámbito jurídico a equipararse al ordenamiento jurídico en ella vigente. Apenas serán necesarias operaciones interpretativas, y las que sean precisas, se resolverán de una manera uniforme y por los mismos agentes de decisión. Por eso puede decirse que en las comunidades tribales primitivas no se conoce algo similar a una “ciencia del derecho” que exponga ordenadamente el texto bruto del ordenamiento. Además de no ser necesario, dada la sencillez de la vida social, ni siquiera es posible, al carecer de escritura. La dualidad ordenamiento / sistema requiere un cierto nivel de diferenciación social y un gran desarrollo cultural. Es en un nivel avanzado de civilización cuando aparece una clase profesional (los juristas) que no sólo se va a ocupar de los procesos de decisión (especialmente funcionarios, jueces y abogados, además de los asesores profesionales del poder legislativo y en su caso del poder constituyente), sino que también van a dar un tratamiento “científico” a la materia jurídica.

Al estudio y exposición sistemática del derecho se le ha dado diversos nombres: jurisprudencia, doctrina jurídica, dogmática jurídica,

ciencia del derecho. A lo largo de la historia de Occidente ha predominado una u otra de esas designaciones, cada una de las cuales conlleva un matiz diferente, aunque en el fondo el *modus operandi* fuera en todas ellas prácticamente el mismo: la interpretación, la conceptualización y la sistematización del material textual en bruto, propio del ordenamiento jurídico, para presentar un texto global elaborado, el propio del sistema.

El matiz diferenciador de la denominación “jurisprudencia” viene dado por la inclusión de la palabra “prudencia”, que es una virtud moral y, al mismo tiempo, una determinada manera de entender el conocimiento práctico, o sea, aquel tipo de conocimiento que no va dirigido a un objeto permanente y general, propio de la matemática y de las ciencias de la naturaleza, sino a los problemas humanos y a la acción. El conocimiento prudencial es el propio de la razón en una de sus funciones capitales, entendida como razón práctica para diferenciarla de la llamada razón teórica.

Mientras la razón teórica es la razón en cuanto que aborda las cuestiones propias de la ciencia, esto es, del conocimiento de lo general, la razón práctica es la razón misma en cuanto tiene un cometido muy distinto al anterior, que consiste en orientar las acciones humanas y las decisiones, las cuales sin ninguna duda constituyen a su vez una modalidad de las acciones.

El término “jurisprudencia” tiene su origen en Roma y atraviesa toda la historia de Occidente hasta llegar a nuestros días. Bien es verdad que el significado principal de este término, que casi siempre acepta varios sentidos, en la actualidad es diverso en los distintos países de Occidente. Así, mientras que en Italia, cuna del derecho romano y de los glosadores, se le sigue utilizando en su acepción principal como sinónimo de ciencia jurídica general, y secundariamente como sentencias de los tribunales, en Alemania *Jurisprudenz* ha caído bastante en desuso, siendo sustituido por el término *Rechtswissenschaft* (ciencia del derecho); en el Reino Unido *jurisprudence* se emplea para designar lo que nosotros llamamos teoría general del derecho, y en Francia y en España es lo más corriente usar la expresión no para hacer referencia a la ciencia del derecho, sino a las decisiones de los tribunales.

Desde el punto de vista teórico este término, “jurisprudencia”, tiene la virtud de llamar la atención sobre un aspecto sustancial de la ciencia del derecho: el ser eminentemente una ciencia práctica, diri-

gida a orientar las acciones de las instituciones y de los individuos en una sociedad organizada por el derecho. Al acentuar ostensiblemente el carácter prudencial del conocimiento jurídico apunta en una dirección correcta en cuanto que en el derecho todo va encaminado, en definitiva, a conseguir una “vida buena” en el sentido aristotélico de la expresión<sup>45</sup>. Por otro lado, esa designación aproxima a la ética el conocimiento propio de los juristas, pues aquella disciplina es la ciencia prudencial (si así se la puede llamar) por excelencia. La jurisprudencia es, por tanto, una forma de conocimiento prudencial sobre los textos jurídicos, que tiene el cometido de hacer éstos más inteligibles y dispuestos para su aplicación de acuerdo a criterios de racionalidad práctica.

El término “doctrina jurídica” tiene su origen en su paralelismo con la teología, en la que se habla (desde la Patrística, por ejemplo en la obra de Agustín de Tagaste) de “doctrina sagrada”. El sustantivo “doctrina” hace referencia a la labor de los doctores de la Iglesia, cuya tarea es explicar los libros de la Biblia, y “adoctrinar” a las gentes en el espíritu religioso para que se conduzcan de acuerdo con los designios de Dios. “Doctrina” es al mismo tiempo teoría o postura, elaborada reflexivamente, y enseñanza que se imparte. En alemán se ha traducido, muy correctamente, como *Lehre*, sustantivo cuyo verbo es *lehren*, enseñar, que es lo que hace el *Lehrer*, el maestro. Hoy día esta expresión goza de excelente salud, siendo constantes las referencias a las doctrinas jurídicas sobre los aspectos más variados que plantea la interpretación de un ordenamiento jurídico determinado, y también se la aplica a las concepciones generales del derecho (así, se dice doctrina jurídica neokantiana, doctrina jurídica positivista, doctrina iusnaturalista, etc.). Este término aproxima el conocimiento de los juristas al propio de los científicos, que también sostienen doctrinas, si bien en el terreno de las ciencias exactas y naturales es menos usual el término. En cierto modo, es equiparable al concepto de “teoría”, y así *reine Rechtslehre* se traduce por “teoría pura del derecho”, cuando algo más exacto sería quizá la traducción de “doctrina pura del derecho”.

---

<sup>45</sup> Aristóteles, *Política*, edición bilingüe y traducción por Julián Marías y María Araujo, introducción y notas de Julián Marías, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1970, p. 3: “La comunidad perfecta de varias aldeas es la ciudad (...) que surgió por causa de las necesidades de la vida, pero existe ahora para vivir bien”. En la *polis* (el Estado), comunidad perfecta por su propia naturaleza, la vida humana adquiere su pleno sentido en todos los aspectos.

“Dogmática jurídica” viene también de la similitud de la ciencia de los juristas con la teología. Según Schönfeld, aparece por primera vez en el título de un libro del profesor de teología luterana Lucas Reinhart, *Synopsis theologiae dogmaticae* (1659), si bien el uso oral es anterior y data de unos veinte años antes<sup>46</sup>. Para Otto Ritschl, sería mucho después cuando la Escuela histórica del derecho introduciría la expresión “dogmática jurídica”, posición que Schönfeld considera errónea a juzgar por la naturalidad con que Savigny la usa en su escrito programático en el primer número de la Revista de la citada Escuela<sup>47</sup> y que según él es prueba evidente de que el uso ordinario de esa expresión es anterior. Mientras el dogma en la teología es la verdad revelada, en el derecho es la doctrina que se desprende de los textos legales. Si el teólogo se refiere siempre a los libros sagrados, el jurista tiene como centro de atención los textos jurídicos que componen el ordenamiento. Tanto la dogmática jurídica como la teológica son ciencias hermenéuticas, ya que ambas se proponen la interpretación, la conceptualización y la sistematización de textos. En un sentido algo diferente se emplea la palabra “dogmática” en la filosofía, pues en ésta no se trata de interpretar textos, sino sobre todo de establecer verdades dentro de un sistema filosófico.

El uso de “ciencia del derecho” se remonta a la mitad del siglo XVIII, si bien tiene su apogeo a partir del triunfo de las tesis historicistas y positivistas en el siglo XIX. Bajo el influjo del prestigio del nombre de la “ciencia” como conocimiento objetivo y verdadero, sustentado en la comprobación empírica, el cientificismo invade todos los campos del saber

---

<sup>46</sup> Walter Schönfeld, *Grundlegung der Rechtswissenschaft*, Kohlhammer Verlag, Stuttgart und Köln, 1951, p. 121. Señala este autor que antes se hablaba de teología tética o positiva, en oposición a teología antitética o polémica. El teólogo católico Scheeben, por su parte, subraya que en la Edad Media tan sólo se conoce “una teología, tal como viene expuesta en las *Sentencias* de Lombardo o en la *Summa* de Santo Tomás”. La designación “teología dogmática” aparece en el siglo XVII, “no para designar una disciplina teológica, sino para designar una forma expositiva especial de la teología, condicionada por las necesidades de los tiempos, en la cual se ponía especial acento en la referencia al dogma formal sin excluir, sin embargo, el llamado tratamiento escolástico (...), por lo que la designación que aparece al principio es *teología dogmática et scholastica*.” Añade Grabmann que es en la segunda mitad del siglo XVIII cuando se produce una fragmentación de la teología en un conjunto de disciplinas independientes, que divide en tres grupos: la teología dogmática, las disciplinas histórico-exegéticas y las disciplinas prácticas (éstas divididas a su vez en tres: la teología moral, la teología pastoral y el derecho canónico). *Vide* Matthias Joseph Scheeben, *Handbuch der katholischen Dogmatik*, Erstes Buch: *Theologische Erkenntnislehre*, zweite Auflage, herausgegeben und eingeleitet von Martin Grabmann, mit einem Vorwort zum Handbuch der Dogmatik von Josef Höfer, Verlag Herder, Freiburg 1948, p.4.

<sup>47</sup> *Zeitschrift für geschichtliche Rechtswissenschaft*, I, 1815, p. 14. Cfr. Schönfeld, *op.cit.* p. 122.

humano y todas las ramas del conocimiento muestran la tendencia a incorporarlo. Tendencia ésta que perdura en nuestros días, en los cuales la ciencia sigue gozando de un gran prestigio social e intelectual. Sin embargo, esta apropiación del nombre de ciencia para el saber de los juristas no ha estado ni está libre de polémica, al haberse puesto en entredicho el carácter científico de la interpretación de textos. El positivismo, en todo caso, ha primado el carácter científico de la sociología jurídica y asimismo de la teoría general del derecho, entendida ésta como una disciplina universal y vinculada por ello al formalismo conceptualista, y ha dejado más en la sombra a la jurisprudencia o dogmática, al tener ésta por objeto no una realidad universal, sino ordenamientos jurídicos concretos.

Llámesese de un modo u otro, lo cierto es que la actividad teórica de los juristas, enfrentados al ámbito jurídico en que están insertos, tiene siempre los mismos caracteres, o muy parecidos. El jurista teórico o bien hace teoría del derecho o bien hace dogmática jurídica, llámesese ésta así, o llámesese ciencia del derecho, doctrina jurídica o jurisprudencia. El jurista teórico o vierte sus reflexiones sobre el derecho en general, o sea, sobre todo derecho posible, o bien las vierte sobre un ordenamiento jurídico determinado.

## XXI

De las expresiones mencionadas, la que preferimos es la de dogmática jurídica, precisamente por su similitud con la dogmática teológica: el jurista es como el teólogo del derecho. ¿Cuáles son sus semejanzas y cuáles sus diferencias?

Ambas se enfrentan a textos, jugando en ellas un papel esencial las ciencias del lenguaje en sus diversas ramas. El texto de la teología cristiana es la Biblia, formado por un conjunto de libros, esto es, de textos parciales que componen el texto bíblico global. El texto de la dogmática jurídica es un ordenamiento jurídico concreto, por ejemplo, el derecho español, o el derecho europeo, o sea, un ordenamiento concreto que asimismo está compuesto por múltiples libros: la constitución, los códigos, las leyes, la jurisprudencia de los tribunales, etc.<sup>48</sup>. De

---

<sup>48</sup> En el caso del derecho europeo los textos tienen nombres distintos: tratados fundacionales, reglamentos, directivas, decisiones, etc. La idea, sin embargo, es la misma: el derecho europeo es un ordenamiento jurídico, es decir, un texto global compuesto por múltiples textos parciales.

igual manera a como el teólogo ha de interpretar unos pasajes en función de otros teniendo en cuenta el todo textual que es la Biblia en su conjunto, así ha de proceder el jurista: su interpretación de tal o cual disposición legal, de tal o cual decreto del gobierno, de tal o cual sentencia del tribunal supremo ha de saber incorporarla dentro del sistema global que refleje el ordenamiento de referencia. El sentido de cada frase sólo es posible obtenerlo si se tiene en cuenta su co-texto y su contexto, tanto textual como situacional. La pluralidad de libros que componen la Biblia tiene su paralelo en la pluralidad de textos que configuran un ordenamiento. El todo o totalidad textual que es la sagrada escritura es semejante al todo o totalidad textual que representa un ordenamiento jurídico, como puede ser el derecho español. En estos aspectos no hay diferencias ostensibles entre la teología dogmática y la dogmática jurídica. Ambas son ciencias de textos, y sus textos son totalidades compuestas a su vez por partes textuales o textos parciales que poseen cierto grado de independencia.

Las diferencias, sin embargo, existen respecto a la naturaleza del texto bíblico y del texto jurídico. El primero, en efecto, es siempre el mismo, o básicamente el mismo (dejamos ahora de lado la cuestión de los textos no canónicos, como puedan ser los Evangelios apócrifos), mientras que los textos que componen un ordenamiento jurídico están en perpetuo cambio, en continuo fluir. Hubo un tiempo en que los textos sagrados estaban haciéndose en la historia, teniendo cada uno de ellos un autor diferente, un autor personal transmisor de la revelación. La Biblia empieza con el libro del Génesis, y se cierra con el libro del Apocalipsis. A partir de haberse concluido la generación de textos toda la tarea se reduce a la exégesis de esos libros, no hay ya ningún libro más. En el derecho el libro que equivale al Génesis (en el sentido de que es el primero) es la constitución de un ordenamiento, a partir de la cual se suceden los demás libros jurídicos (códigos, leyes, etc.) pero, a diferencia de los textos sagrados, este sucederse es continuo en el tiempo, de modo que cada día van incorporándose al ordenamiento nuevos textos parciales. Por eso puede afirmarse que la sagrada escritura constituye un texto ya concluso, mientras que todo ordenamiento jurídico vigente es un texto sustancialmente inconcluso, abierto. La naturaleza del derecho es texto que está siempre en cambio. Por eso el derecho es, en sí mismo, texto abierto. Sin embargo, los ordenamientos jurídicos que no están ya en vigor, como el derecho romano, pueden ser considerados como textos cerrados.

Cada ámbito jurídico, como ya hemos subrayado, se despliega en su seno en una pluralidad multiforme de procesos de comunicación, los cuales en su conjunto van evolucionando a lo largo del tiempo, sobre todo porque cambian las normas del ordenamiento y las respectivas construcciones sistémicas, que constituyen las referencias básicas de todos los operadores. Ese continuado fluir de los textos que forman el ordenamiento y, consiguientemente, el cambio del texto propio del sistema, constituyen el factor más relevante para que se modifiquen también los procesos comunicativos que tienen lugar en el ámbito jurídico.

Algunos autores han llamado la atención sobre este hecho diciendo que el derecho antes que nada es una “práctica social”, para desmarcarse de las teorías que lo conciben como una realidad estática. No creemos, sin embargo, que haya ningún autor tan torpe que piense que el derecho vigente en una sociedad no vaya cambiando a lo largo del tiempo y que, en este aspecto, el derecho no sea un fenómeno esencialmente mutante y dinámico. Cuando en las teorías se propone un modelo “estático” hay que interpretar que esa propuesta tiene una significación especial, la de conseguir la fotografía del fenómeno en un momento determinado, lo que puede llamarse la sincronía de dicho fenómeno. Sostener que el derecho es una práctica social es algo demasiado evidente. El problema radica en si sólo es eso, y sobre todo en cómo ordenar las diferentes perspectivas epistemológicas y metodológicas a la hora de delimitar la investigación de sus diversos aspectos. La tesis de que el derecho es una práctica social me recuerda a otras, como la que afirma que el derecho es un orden social coactivo, que encarna determinados valores, que es organización de la vida social, que es historia, que es emanación de la sociedad, que es experiencia, o ideas similares. Todas ellas son válidas por obvias, y participan del problema de llegar a saber exactamente lo que significan. También podemos decir que la moral (social) es una práctica social, e igualmente la religión, e incluso la mayoría de los juegos. ¿Acaso los órdenes normativos sociales no se manifiestan en la realidad como prácticas sociales, o sea, como acciones de los individuos y de los grupos que componen una sociedad?

La dinamicidad productiva de textos jurídicos de una manera incesante es, sin duda alguna, un carácter esencial del derecho moderno. El derecho antiguo de las sociedades con un cierto nivel de desarrollo civilizatorio también evoluciona pero lo hace más lentamente que el actual. A mayor complejidad social, tiene lugar un cambio social más rápido y, como consecuencia, también cambian más los textos jurídi-

cos. El derecho primitivo, propio de las sociedades que se han quedado estancadas y que en sentido propio carecen de historia, se caracteriza, por el contrario, por su carácter estático. Las generaciones se suceden unas a otras a lo largo de los siglos sin que cambien un ápice los modos de vida ni tampoco las costumbres, base de los ordenamientos jurídicos primitivos.

Los ordenamientos jurídicos de las sociedades que conocemos son ordenamientos abiertos, en perpetuo cambio. Esto quiere decir que el derecho español vigente en el día de hoy no es exactamente el mismo que estará vigente mañana, y el de mañana difiere del que estará vigente pasado mañana. El cambio en el derecho actual es incesante. Esto se refleja de manera directa, como decimos, en la producción textual. Los textos que componen el ordenamiento jurídico, el texto global ordinamental, se transforma cada día, y también el texto del sistema que lo refleja y perfecciona. En nuestro caso, ya no sólo se manifiesta abundante la legislación propia del Estado y no sólo los tribunales estatales se encuentran desbordados para resolver los asuntos. Los Estados miembros de la Unión Europea se ven ahora invadidos por un cúmulo de normas que proceden de las instituciones de ésta y que, en virtud del pacto interestatal, por lo general tienen efecto directo y ostentan la primacía sobre las normas internas en aquellas materias propias de la integración. Además están los tratados internacionales y otros fenómenos propios de la globalización. Este “*tsunami* textual” que nos invade y que no hay manera de contenerlo es propio del derecho actual, y en ello se diferencia ostensiblemente del texto bíblico, que a diferencia del jurídico, es un texto cerrado. Ahora bien, aunque la Biblia sea un texto cerrado, el sistema que lo refleja, esto es, el sistema teológico es un texto abierto. Tenemos, pues, que mientras en el derecho los dos polos, esto es, ordenamiento y sistema, son abiertos, en la religión cristiana uno de los polos (la Biblia) es cerrado, mientras que el otro (sistema teológico) es abierto. ¿Por qué razón el sistema teológico es abierto si su referente, el texto bíblico, es cerrado?

El conjunto de los libros que componen la Biblia tiene una función pragmática básica: orientar las creencias y las conductas de los hombres. Los mensajes se han ido produciendo a lo largo de un lapso de tiempo determinado, es decir, en el decurso de un proceso histórico, lo que tiene su reflejo en que los libros se dividen en dos partes: el antiguo y el nuevo Testamento, separados ambos por el hecho histórico deci-



sivo de la venida al mundo del Mesías. Esos mensajes orientadores de la fe y de la vida de los hombres, una vez “encerrados” en los versículos del texto bíblico, han de adaptarse a las diferentes sociedades y a las distintas etapas de la historia en cada una de esas sociedades. La doctrina teológica, cuya tarea es interpretar los contenidos textuales de los libros bíblicos, es la que se encarga de esa continua adaptación. Por eso, mientras el texto bíblico permanece inmutable, el sistema propio de la teología experimenta cambios continuamente, al compás de las realidades sociales. Por este motivo, el teólogo ha de tener una formación muy amplia, y no sólo teológica. De otro modo no podrá captar la realidad social a la que se dirige. Deberá comprender en sus líneas generales los fundamentos de las ciencias naturales de su época, y asimismo de las ciencias sociales. Lo primero, para adaptar a la mentalidad actual las “teorías” del cosmos y de la creación que aparecen en la Biblia. No hay que olvidar que ésta no es un libro científico sino religioso y que, por tanto, los autores expresan las ideas contemporáneas en cuanto a cosmología, biología y ciencia en general se refiere, y no verdades científicas propiamente dichas. Lo segundo, la necesidad de conocer las ciencias humanas, porque en caso contrario su interpretación de los libros sagrados será infértil al caer en un terreno en el que no prende la palabra revelada interpretada sin consideración al contexto histórico-social. La teología como constructora del sistema, si tiene un sentido, es precisamente éste: conseguir una “lectura”, una interpretación de los libros sagrados que, en cada momento de la historia, sea semilla eficaz para convertir a los seres humanos. Ese es su reto, un reto ciertamente muy difícil, sobre todo en períodos en los cuales la aceleración histórica es descomunal y en los que la heterogeneidad social tiende a acentuarse progresivamente. Pero a la teología no le queda otro remedio que abrirse valientemente al mundo. La dificultad con la que se enfrenta es, sin embargo, muy superior a la propia de la dogmática jurídica, precisamente porque el texto de referencia no cambia en aquella.

En el derecho el texto central de referencia es el ordenamiento. Sobre él actuarán los juristas para construir el sistema que refleja y presenta de manera más acabada (en el límite tendríamos que decir “perfecta”) los contenidos de significado de las proposiciones lingüísticas que componen el texto ordinamental. A diferencia de la teología, cuyo texto de referencia está contenido en la Biblia, esto es, en un conjunto ya establecido de textos concretos, en el derecho el objeto de referencia es múltiple y además variable.

Es múltiple porque no hay un solo ordenamiento jurídico en el mundo en el presente ni lo ha habido en el pasado. Las distintas comunidades humanas se han dotado y se dotan de instituciones propias y de normas jurídicas reguladoras de dichas instituciones y de las acciones humanas. Frente a la unidad del texto bíblico destaca la pluralidad de textos ordinamentales. El objeto de los juristas es plural. Además, es variable, y lo es de tal modo que varía cada día; los ordenamientos jurídicos modernos poseen una variabilidad textual muy acentuada. ¿Cómo enfrenta la dogmática jurídica esa realidad plural y cambiante? Es evidente que no puede enfrentarla de la misma manera en que la teología se hace cargo de su tarea.

No hay una dogmática jurídica universal. La dogmática jurídica se centra en un ordenamiento jurídico determinado. Por esta característica de verter su labor en un objeto histórico individual, y no general y abstracto, se ha dicho que la dogmática jurídica es una “ciencia idiográfica”. El sistema que construye la dogmática sobre la base de un ordenamiento jurídico de referencia sólo se adapta a dicho ordenamiento, y no a ningún otro, por muchos que sean los caracteres similares entre ellos. Por tanto, los conceptos de la dogmática jurídica son reflejo de las palabras que utiliza el texto ordinamental, debidamente depuradas en su significado, y en ocasiones debidamente corregidas, por ejemplo por atender al sentido profundo de lo que en la legislación tiene superficialmente otra apariencia.

Esto quiere decir que los conceptos jurídicos de un ámbito jurídico son propios de ese ámbito, y no de otro, aun cuando en una misma “familia” los campos semánticos de los términos utilizados puedan ser semejantes e incluso puedan coincidir en ocasiones. Así pues, en un momento histórico dado habrá tantos sistemas jurídicos como ordenamientos de derecho. Cada sistema pretenderá ser el reflejo textual más completo del ordenamiento de referencia, y ninguno tendrá la pretensión de reflejar otros ordenamientos jurídicos que no sean el propio. Los juristas como profesionales del derecho, sean teóricos o prácticos, sirven tan sólo a un ordenamiento, y si en algún momento han de servir a otro, eso sucede porque el propio les remite a un ordenamiento ajeno. Tan sólo se eleva el jurista a un plano más elevado y general cuando se remonta al nivel de la teoría del derecho o de la filosofía jurídica, que son asimismo disciplinas jurídicas pero no menos filosóficas.

Cuando la dogmática jurídica no sólo se centra en la investigación semántica de las expresiones de lenguaje que conforman su ordena-

miento, sino que además tiene como tarea comparar aquellas, y las soluciones que representan, con las de otros ordenamientos, surge una derivación de la dogmática que suele llamarse “derecho comparado”. En el marco de la comparación de unos ámbitos jurídicos con otros se rompe la vinculación exclusiva de la dogmática a un solo ordenamiento, pero no hay que perder de vista que la comparación sólo es posible realmente si se contrastan los diversos sistemas jurídicos que, a su vez, reflejan los ordenamientos respectivos de referencia, por lo cual la comparación sólo se podrá llevar a cabo sobre la base de las dogmáticas jurídicas diversas. Por ejemplo, si pretendemos hacer un estudio de derecho constitucional comparado con el objetivo de poner en relación, y comparar, las instituciones constitucionales básicas de los países occidentales, o al menos de los más significativos desde el punto de vista de su idoneidad constitucional, no nos quedará otro remedio que acudir a la dogmática constitucionalista de dichos países. Nuestra labor no podrá reducirse a leer las constituciones que pretendemos comparar, sino que tendrá que extenderse necesariamente al análisis de la jurisprudencia de los tribunales superiores y a la elaboración doctrinal de los constitucionalistas. No estaremos comparando tan sólo los textos ordinamentales, es decir, las constituciones tal como aparecen redactadas en los documentos constitucionales, sino que nuestra tarea será más ardua, pues la complejidad del derecho constitucional contemporáneo nos exige que penetremos en el texto elaborado de la dogmática constitucionalista.

Al fenómeno de la pluralidad de ordenamientos jurídicos que han existido en la historia y que existen en la actualidad se le une, como segundo carácter que indica la enorme complejidad a la que se enfrenta la dogmática, la historicidad del derecho. Cada ordenamiento jurídico, y su sistema respectivo, tiene una vida temporal, a veces corta, a veces de siglos o incluso milenios. A lo largo de ese decurso en el tiempo los ordenamientos van cambiando sus textos parciales, y lo propio de nuestra época es que ese cambio es sumamente intenso. Todos los días cambia el texto en bruto del ordenamiento y, como consecuencia, es preciso adaptar el sistema que lo refleja. Todo buen jurista sabe que su vida profesional está marcada por el estudio continuo de nuevas normas, y que su actividad práctica le exige “estar al día”. Naturalmente, esto sucede en todas las profesiones. Pero en las jurídicas se da la peculiaridad de que es el objeto el que cambia, no sólo la manera de concebirlo. En esto la dogmática no se diferencia de las demás ciencias

humanas o sociales, ya que la sociedad cambia y por ejemplo la sociología, la psicología y la economía tienen que adaptarse al cambio de su “objeto”.

El cambio jurídico es una consecuencia del cambio social. El derecho es una respuesta, a veces acertada y otras veces errónea, a las necesidades sociales. La primera necesidad de una sociedad es la conservación del orden, a la que se une en un segundo momento todas aquellas necesidades que, cuando son cubiertas adecuadamente, permiten a los hombres disfrutar de una “vida buena”, en el sentido que da Aristóteles a esta expresión a la que antes hemos hecho referencia. Además de a las necesidades materiales, propias de la subsistencia, la “vida buena” exige una respuesta a las necesidades humanas más profundas que sólo pueden proporcionar la libertad y la justicia. Ahora bien, orden, libertad y justicia constituyen ideales políticos, o sea, propios de la *polis*, que tienen que adaptarse a los caracteres de cada sociedad. La sociedad moderna es como un gran río en permanente fluir. El cambio es incesante pero el cauce es básicamente el mismo. Las sociedades sanas cambian manteniendo sus tradiciones esenciales, y su derecho refleja esa dualidad de cambio y permanencia. Pero también hay sociedades enfermas, incapaces de evolucionar armoniosamente dentro del cauce de sus tradiciones históricas. Lo patológico también se refleja en el derecho, de igual modo a como se refleja lo normal. El jurista, como profesional del derecho, se encuentra que vive en una sociedad determinada y que sirve a un ordenamiento jurídico concreto. Los textos jurídicos ordinamentales que maneja a lo largo de su vida van cambiando sus contenidos de modo más o menos intenso. Al cabo de una generación es probable que muy buena parte de los textos ordinamentales que estudió durante sus años de licenciatura hayan cambiado bastante. Es esa una experiencia que posee todo profesional del derecho. Los que fuimos estudiantes en la facultad de derecho antes de la Constitución de 1978 somos testigos privilegiados de cambios jurídicos profundos, podemos afirmar que muchas áreas del derecho son hoy muy diferentes a lo que eran entonces.

La experiencia jurídica es cambiante al compás del cambio social, que se refleja de manera inmediata en el cambio de los textos legales y jurisprudenciales, y a veces también en el texto constitucional. Es ésta una diferencia sustancial con la teología, cuyos textos de referencia permanecen los mismos a lo largo del tiempo, por mucho que la sociedad cambie. Mientras que el objeto textual de la teología es fijo, el de la cien-

cia jurídica está en permanente cambio. Esto genera dificultades, obviamente, pues la interpretación ha de adaptarse constantemente a los nuevos textos, pero también tiene sus ventajas. La misión del teólogo es adaptar al lenguaje de la actualidad unos textos que en sí están muy alejados en el tiempo y que por eso mismo están imbuidos de unas concepciones muy distintas a las del presente. El literalismo respecto de la Biblia es una actitud que en la práctica se torna imposible, por irrazonable, y lo que importa rescatar es el mensaje de fondo, la idea transformadora del ser humano a través de la conversión. Esta labor exige un enorme esfuerzo de investigación y de imaginación creativa, junto a una sensibilidad muy desarrollada para saber transmitir el mensaje religioso liberado de la ganga que no forma parte de su esencia. A diferencia de esa difícil situación del teólogo, obligado a la reformulación creativa sobre la base de unos textos idénticos, el jurista dogmático se encuentra en una posición más cómoda, pues su tarea de adaptación a los tiempos suele venir facilitada por la labor previa de creación de los mismos por los operadores que deciden sus contenidos.

Además, el jurista dogmático no es ajeno a la producción de los textos ordinamentales. Aunque el parlamento sea el órgano legislativo, todo el proceso de creación de leyes se encuentra arropado desde el principio por asesores con esmerada preparación científico-jurídica. El jurista dogmático no decide, pero coadyuva a la decisión de un modo muy relevante. El ordenamiento jurídico actual no es sólo el resultado de decisiones tomadas por los órganos creadores de texto, sino que en los procesos de creación se tienen en cuenta las aportaciones de la dogmática jurídica, esto es, las propuestas del sistema. Éste es el resultado de los esfuerzos de la comunidad de los juristas dogmáticos que sirven a un ordenamiento jurídico, el cual se transforma en gran parte gracias a las doctrinas y a las conceptualizaciones que idea la doctrina. Se genera así un verdadero círculo hermenéutico entre los dos polos comunicacionales básicos de todo ámbito jurídico.

## XXII

La relación entre ordenamiento y sistema, esto es, entre el trabajo del “legislador” (nos referimos con este término al conjunto de los operadores jurídicos que generan texto bruto, ordenamiento) y el propio del jurista dogmático (científico) es una relación compleja y del má-

ximo interés, ya que constituye el centro comunicacional que permite comprender cómo funcionan los ámbitos jurídicos de las sociedades avanzadas. Esta relación es diferente a la que existe entre el texto bíblico y el texto propio del sistema teológico, aunque tengan aspectos comunes, como ya hemos destacado.

El sistema es el resultado (“idealizado” por las razones que enseguida diremos) de la labor científica de la comunidad de los juristas dogmáticos. El trabajo de éstos consiste en la profundización y exposición de los contenidos semánticos del texto ordinamental, al que hemos denominado texto “bruto” o texto “en bruto”. En realidad, como vamos a ver a continuación, llamar así al ordenamiento es un modo muy simplificado de decir las cosas, pero nos sirve para el propósito de entender la relación entre ordenamiento y sistema. Lo normal es que los juristas dogmáticos se dividan la tarea pues hoy es prácticamente imposible el conocimiento de todo el ordenamiento jurídico. El mero hecho de tener que leer los documentos textuales que produce cada día el “legislador” haría imposible la tarea. De ahí la especialización en las diversas disciplinas jurídicas. Esta especialización llega al extremo en España, ya que no es posible profesar en la Universidad pública dos asignaturas diferentes. Así, a quien es catedrático de derecho constitucional le está vedado explicar en las aulas derecho administrativo, y al profesor de derecho administrativo no se le permite que imparta lecciones de derecho constitucional. Entre nosotros la habilitación oficial para la enseñanza del derecho está presidida por una rígida noción de la especialización. Y no sólo se trata de una cuestión oficial, burocrática, sino que se impone como una práctica universitaria que genera una mentalidad de feudos acotados. Así, si alguien “se extralimita” y se atreve a realizar alguna investigación sobre un campo que no sea el propio, se le considera un advenedizo en el mejor de los casos, un osado casi siempre, y una persona molesta siempre. En España, en suma, se ve con buenos ojos al profesor que no se sale de su programa, sobre todo si dice prácticamente lo mismo durante decenios. La situación no es tan unilateral en otros países en los cuales se permite la habilitación para varias materias y hay una gran flexibilidad para adaptar el trabajo a la evolución de los gustos. Esta circunstancia favorece la interdisciplinariedad y la consolidación de versiones del sistema más entrelazadas, más coherentes.

Cuando las disciplinas están tan separadas unas de otras como sucede en España es más difícil entender la idea de sistema y la relevan-

cia que esta idea tiene en el derecho moderno. Es verdad que, en sí misma, la idea de sistema es un modelo, un ideal, ya que la doctrina suele estar dividida en muchos aspectos y a veces no existe una doctrina dominante, o al menos claramente dominante, pero se trata de una idea que, aunque tenga algo de ficticia, expresa con bastante claridad lo que sucede en los ámbitos jurídicos, si se toman las cosas en su conjunto.

Es muy frecuente que las ciencias operen con modelos ficticios que, elaborados por el pensamiento con la conciencia de que no responden a la realidad con perfección, sirven sin embargo para explicar dicha realidad, para hacer ésta más comprensible. Las ciencias teóricas, sobre todo las que tienen por cometido la investigación de los fenómenos sociales, proceden así muchas veces. La teoría económica se inventa el modelo de mercado, como si éste se diera en la realidad en su estado puro, sabiendo no obstante que no es así, ya que siempre está intervenido o distorsionado por una multiplicidad de factores y en un grado mayor o menor. La sociología también introduce sus modelos explicativos y piensa la sociedad en su conjunto como un “sistema social”, con el fin de analizarlo conceptualmente en sus elementos componentes, y lo hace a sabiendas de que las sociedades realmente existentes poseen un grado de complejidad que no permite que el científico pueda tener en cuenta todas las variables ni todos los detalles. Puede decirse que las ciencias sociales funcionan sobre la base de construir modelos ideales cuya función cognoscitiva está presidida por el pragmatismo. Esto lo supo ver muy bien Max Weber con su tesis de los “modelos ideales”, y también Hans Vaihinger, con su idea de la función de las ficciones en las diversas ciencias. En el asunto que nos ocupa ahora procedemos de manera parecida. Sabemos que no existe propiamente, en la realidad de los hechos, *un* sistema doctrinal que refleje a la perfección la opinión unánime o dominante de los juristas científicos de una comunidad de derecho. Sabemos también que dentro de la dogmática jurídica tienen lugar debates que no acaban en un consenso unánime. Sabemos que incluso la terminología empleada varía de escuela a escuela, e incluso de autor a autor. A pesar de todo eso, sin embargo, manejamos el concepto de sistema jurídico *como si* fuera un texto coherente, carente de lagunas y deficiencias, y como si fuese aceptado por el conjunto de la comunidad de los juristas.

A diferencia del ordenamiento jurídico, que constituye un “texto en bruto” absolutamente real, formado a su vez por una gama muy amplia

de textos concretos, el “texto elaborado” que es el sistema es una idea construida por la teoría del derecho para entender mejor el funcionamiento de los ámbitos jurídicos. No hay, en efecto, en la realidad de los hechos una doctrina jurídica unitaria. Pero sí hay en dicha realidad algo que se le aproxima, si bien imperfectamente. La doctrina jurídica expuesta por los autores puede en ocasiones manifestarse como prácticamente unánime, pero otras veces tiende a expresarse en términos de acuerdos y desacuerdos. Cuando hay unanimidad se puede afirmar que ya estamos instalados (al menos en el punto o aspecto sobre el que recae la unanimidad) en el sistema jurídico y que la dogmática ha conseguido un éxito rotundo. La vieja figura de la *doctorum communis opinio* expresa esta idea de uniformidad doctrinal. Pero no deja de ser infrecuente el segundo de los supuestos, esto es, que los autores se muestren disconformes en su construcción interpretativa y que manifiesten sus opiniones contrastándolas unas con otras. A la postre, sin embargo, casi siempre se impone una de las versiones en liza, bien porque la mayoría de los autores se inclinen por dicha versión, bien por la relevante autoridad de algún jurista que la defiende. El peso de la *autoritas* se hace notar en la doctrina jurídica que conforma el sistema. Pero la única manera de concretar cuál sea en definitiva la opinión dominante consiste en verla reflejada efectivamente en la jurisprudencia de los tribunales. Esto significa que el control que permite decir que una determinada doctrina jurídica forma parte indudablemente del sistema no es un mecanismo del sistema mismo, sino del ordenamiento. Esta singular circunstancia es una prueba más de la estrecha unión que existe entre ordenamiento y sistema. Éste se construye hermenéuticamente sobre aquel, lo aclara, lo explica, lo conceptualiza, lo completa, lo expone sistemáticamente, pero las doctrinas concretas que lo forman, referentes a las distintas materias del ordenamiento (derecho civil, penal, mercantil, administrativo, constitucional, etc.) sólo alcanzan la categoría de doctrinas propias del sistema cuando reciben el “visto bueno” de ciertos órganos creadores de texto ordinamental, en especial de los jueces.

Las doctrinas jurídicas, propias del sistema, siguen en su propia vida la trayectoria de los textos propios del ordenamiento, ya que éstos son el referente continuo de aquellas. Si el texto del “legislador” varía, tendrá que variar también el texto del sistema, es decir, el respectivo tratamiento doctrinal. Se da, pues, un gran paralelismo entre ordenamiento y sistema, siendo la evolución conjunta de ambos un fenómeno que



puede comprobarse fácilmente en la historia del derecho. Ésta no sólo debe centrarse en la evolución de los textos ordinamentales sino también en la de los textos sistémicos, en torno a los cuales podrá explicar mejor, desde un punto de vista interno al derecho mismo (intrahistoria o historia immanente del derecho), todo el amplio panorama de procesos comunicativos que se da en el ámbito jurídico que investiga<sup>49</sup>.

Este decurso evolutivo de naturaleza paralela que se da entre ordenamiento y sistema experimenta con frecuencia el fenómeno del contacto, que es cuando el ordenamiento recibe en sus textos lo manifestado en el sistema. En este fenómeno hay dos aspectos que van unidos pero que conviene separar para su análisis. El primer aspecto es que la dogmática jurídica no sólo tiene por misión reflejar el ordenamiento y completarlo, sino también criticarlo y hacer propuestas. Este aspecto se refiere, como es obvio, a las funciones de la dogmática jurídica. El segundo aspecto, consecuencia de lo anterior, es que el “legislador” aprovecha el trabajo doctrinal y las propuestas que este trabajo conlleva para mejorar el texto ordinamental, esto es, para actualizarlo, mejorarlo en su expresión, llenar lagunas, corregir defectos, suprimir contradicciones o malentendidos, etc.; en definitiva, para cambiar el derecho vigente. Nos encontramos aquí obviamente ante una faceta sumamente relevante de la relación intertextual existente entre el texto ordinamental y el texto sistémico. Para explicar los aspectos mencionados me referiré a una experiencia personal, por lo que pido disculpas al lector.

Hace años, por circunstancias que no vienen al caso, empecé la tarea de elaborar una monografía sobre el derecho español de marcas y su adaptación al derecho comunitario europeo<sup>50</sup>. La situación ordinamental de la que partía era la siguiente: había entrado en vigor una Ley de Marcas en 1988, con la idea por parte del legislador español de que estaba plenamente adaptada a una Directiva de armonización le-

---

<sup>49</sup> Esta es la historia interna del derecho, que estudia la evolución de éste fijándose en los textos que van componiendo el ordenamiento y el sistema; o, dicho de otra forma, las fuentes jurídicas y la ciencia del derecho. Junto a esta historia internalista también es necesaria una historia externalista, que centre su foco de atención en explicar aquella evolución desde fuera de los textos jurídicos, para lo cual pondrá en relación estos textos con el medio social del que proceden y al que tratan de dar respuesta. La historia externalista se guía sobre todo por el método sociológico convirtiéndose en historia social del derecho.

<sup>50</sup> *Derecho español de Marcas (Adaptación al Derecho Comunitario)*, Civitas, Madrid, 1995.

gislativa que desde hacía años se estaba preparando por los servicios jurídicos de la Comunidad Europea, pero que, cuando apareció en el *BOE* la Ley española, aún no se había publicado. Cuando la Directiva vio la luz en el (entonces llamado) *DOCE* (*Diario Oficial de las Comunidades Europeas*) se pudo comprobar que muchos de los preceptos de esta norma comunitaria no se habían incorporado convenientemente a la Ley española. Ésta, pues, había aparecido antes de tiempo, había sido un “parto prematuro”, si se me permite la expresión. Lo que me propuse entonces en la mencionada monografía fue investigar en qué puntos concretos la Ley no estaba adaptada (por lo cual España, mientras no la cambiara, podría estar incumpliendo sus obligaciones comunitarias).

Lo primero que hice fue leer la Ley de 1988, así como las obras doctrinales sobre marcas que la comentaban. Estas obras me remitieron a su vez a escritos anteriores, que tenían como referente a otra legislación (concretamente el Estatuto de la Propiedad Industrial de 1932), y a la legislación y bibliografía jurídica de otros países (sobre todo los de la Unión Europea, pero no sólo, ya que eran frecuentes las alusiones a la legislación de los Estados Unidos de Norteamérica). En suma, los trabajos doctrinales contemporáneos a la Ley que yo trataba de entender a fondo me remitían a la historia del derecho y al derecho comparado. Reconozco que tuve que hacer un singular esfuerzo de trabajo minucioso, acostumbrado como teórico que soy a ir directo a las ideas. Comprendí entonces muy bien por qué razón Savigny recomienda dividir la exposición doctrinal en dos partes: historia y sistema. También me di cuenta enseguida de la enorme importancia que tiene el estudio comparado de las instituciones, máxime cuando de lo que se trataba era de entender cabalmente el sentido de una Directiva que iba dirigida a todos Estados miembros de la Unión Europea, que a la sazón eran doce. Me encontré así ante un material textual enorme: junto a la Ley española, y la Directiva comunitaria, las Leyes de marcas de los países miembros de la Unión, además de algunas sentencias sumamente relevantes (tanto españolas como extranjeras y del Tribunal de Justicia de la UE). Además me encontré ante un cúmulo inacabable de escritos doctrinales, algunos (muchos, diría yo) de indudable agudeza. Procedí a leer todo este ingente material, tomando notas de múltiples puntos concretos, comparando unas legislaciones con otras, unas opiniones doctrinales con otras, tratando en definitiva de poner orden en aquel *puzzle* endiablado de pequeñas piezas que tenían, al final,

que acompañarse en un todo armonioso. Luego escribí la monografía y en ella hice propuestas *lege ferenda*, que era en definitiva la finalidad que tenía mi libro, y al hacer estas propuestas me empeñaba en fundamentarlas con argumentos jurídicos, teniendo como guía lo que me parecía que constituía el modelo de legislación sobre marcas que implantaba o intentaba implantar la Directiva comunitaria.

Todo este trabajo, que puede ser calificado de “jurídico-artesanal”, suponía por una parte la comprensión de la Ley española y su exposición sistemática y, por otra, la crítica de la misma a la luz de la Directiva. Al mismo tiempo que se publicó mi libro sobre las marcas y su adaptación al derecho europeo, aparecieron otros trabajos sobre el mismo problema, e inmediatamente después la doctrina se siguió planteando la misma cuestión. Puede decirse que la dogmática se había enfrentado al problema concreto de adaptar la legislación española al derecho europeo y que en su conjunto ofrecía una serie de propuestas para solucionar esa cuestión. Propuestas que en muy buena parte fueron incorporadas a la nueva Ley de marcas de diciembre de 2001. Habían pasado nada menos que trece años desde la anterior Ley. Durante esos años la legislación española en materia de marcas permaneció inadaptada al derecho europeo. Pero a la postre la dogmática había cumplido una de sus tareas esenciales, como es la de proporcionar al legislador soluciones debidamente estudiadas.

La función de la dogmática es, pues, más amplia de la que en un principio podría parecer. Al construir el sistema no sólo “refleja” el ordenamiento (y además lo completa, lo perfecciona, lo explica), sino que también tiene la misión de criticar las leyes vigentes. El jurista dogmático no puede cambiar las leyes pero sí puede contribuir a su modificación. Es ésta una tarea que, obviamente, diferencia su labor de la propia del teólogo, pues éste no puede proponer que se modifique el texto sagrado. Puede decirse que para el jurista el texto legal no alcanza ni mucho menos el carácter de sagrado, aunque a veces se emplee ese adjetivo de modo metafórico con la intención de expresar que el jurista, por sí mismo, no puede modificar el texto legal.

La dogmática en el derecho es abierta, esto es, ejerce la crítica en dos sentidos. Por un lado, cumple esta función respecto del derecho vigente. Por otro, la ejerce respecto de las demás doctrinas. Ambas tareas marcan aspectos sustanciales de su naturaleza comunicacional. La primera caracteriza la comunicación entre la ciencia del derecho y el “legislador”. La segunda es típica de los procesos comunicacionales

que se dan en el seno mismo de la dogmática: los autores debaten entre sí para, a través de un diálogo permanente, llegar a los máximos consensos doctrinales posibles, o, en el caso de no llegar al acuerdo, dejar bien perfiladas las posturas respectivas. Por su parte, la crítica teológica no tiene por qué ser cerrada, pero su apertura sólo es posible con respecto al diálogo interno, no en referencia al texto bíblico, el cual permanece siempre inalterable.

Al igual que en la teología los teólogos son los mediadores entre el libro revelado y los hombres, a los cuales va dirigido el mensaje, en el derecho los juristas dogmáticos, esto es, los científicos del derecho, tienen una labor de mediación comunicativa entre el “legislador” y los destinatarios de las normas. Ésta es una de las funciones prácticas de la dogmática. Mas, a diferencia del teólogo, el jurista no tiene necesidad de adoptar una actitud interna de acatamiento. Parece razonable exigir al teólogo la fe en lo que predica, la sumisión a la verdad revelada que él intenta desvelar y adaptar a la circunstancia histórica. El teólogo, por decirlo así, tiene un compromiso no sólo epistemológico y metodológico sino asimismo personal: es su persona la que está implicada en el proceso interpretativo de la Escritura, y lo está de un modo completo, no sólo desde un punto de vista que podemos llamar profesional. No ocurre lo mismo con el jurista. Su labor como constructor del sistema no implica necesariamente el acatamiento de la “verdad jurídica” (dudoso es además que pueda hablarse de tal “verdad”), ni por tanto su acuerdo con las órdenes emitidas por el “legislador”, y ni siquiera con la organización general del Estado o de la comunidad jurídica de que se trate.

### XXIII

A tenor de lo expuesto podemos afirmar que tanto la dogmática jurídica como la teología son ciencias hermenéuticas y prácticas.

Son hermenéuticas porque en ellas prima, sobre cualquier otro aspecto metódico, su carácter interpretativo y constructivo. Y son prácticas porque su finalidad última es aplicarse a la realidad, a la vida, y esta finalidad preside de tal manera su hacer que está presente en todo momento, como el horizonte que no se puede perder nunca de vista. El elemento aplicativo, junto al interpretativo y al constructivo, constituyen aspectos esenciales de ambas disciplinas.

La interpretación es una actividad omnipresente en todos los procesos comunicativos que tienen lugar en un ámbito jurídico. Toda expresión de lenguaje jurídico, independientemente de quién sea el sujeto que la pronuncie o la escriba (texto oral, texto escrito), en cuanto que va dirigida a un interlocutor (destinatario), o a varios, precisa para su comprensión de una actividad interpretativa, por sencilla que ésta pueda ser. Esto, obviamente, constituye un rasgo consustancial a cualquier contacto comunicativo, sea del género que sea. Una simple conversación entre dos personas sobre un asunto trivial requiere necesariamente de una actividad mental de comprensión, para lo cual los participantes en la misma llevan a cabo, aunque no sean conscientes de ello, un conjunto de actos interpretativos. Una conversación es exitosa desde un punto de vista comunicacional cuando los interlocutores se entienden recíprocamente, en el sentido de que cada uno comprende con acierto las expresiones proferidas por el otro. El carácter exitoso de una conversación no depende de que los partícipes en ella estén de acuerdo en cuanto al fondo, por ejemplo, no requiere que coincidan en sus valoraciones, ni que sus propósitos sean comunes. Pueden estar en desacuerdo en todo lo que dicen, pero entender perfectamente cada cual lo que el otro expresa. Desde la perspectiva comunicacional diremos que un diálogo fracasa cuando ninguna de las partes dialogantes, o una de ellas, no entienden bien lo que afirma, niega, ordena, aconseja, etc., la otra parte.

La incomunicación puede producirse por muchas causas: por el ruido ambiente, que impide percibir con claridad suficiente lo que habla el otro, por la escasa capacidad auditiva, por el desconocimiento total de la lengua o el conocimiento insuficiente de la misma, por el empleo de los términos con distinto significado, por el encuadre del diálogo en una estrategia comunicacional divergente, lo que hace que cada uno dé por presupuestas determinadas condiciones o situaciones previas que no son las mismas que los presupuestos del otro, etc. La diversidad estratégica, a su vez, puede ser plenamente inconsciente o, por el contrario, es posible que responda a un propósito de engañar al interlocutor con la intención de obtener ventajas. Todo proceso comunicativo es un complejo fenómeno en el que se entrecruzan aspectos plurales tanto físicos como psíquicos, algunos de los cuales se manifiestan al exterior y otros no. Pues bien, acompañando a todas estas facetas, se hace presente siempre la interpretación, actividad que consiste en traducir a pensamiento propio lo que se me transmite

como ajeno en la comunicación. Todo acto de interpretación es, en el fondo, un acto de traducción.

*Traducere* significa hacer pasar de un lugar a otro, llevar de un lado a otro lado, trasladar de una parte a otra parte, y eso es precisamente la interpretación. Cuando el traductor realiza su trabajo pasa del texto que traduce al texto traducido, del texto en una lengua al texto en otra lengua. Este tránsito les parece sencillo a los que nunca han traducido, pero se trata de un acto sumamente delicado en el cual confluyen no sólo el conocimiento cabal de las dos lenguas, sino asimismo otras funciones intelectuales de gran finura: la comprensión del texto traducido en la lengua original, lo cual es sólo posible merced a la interpretación de los vocablos que componen el texto a la luz del conjunto que forman y asimismo teniendo en cuenta el contexto del que son parte. Una vez que se cree entender el texto original gracias a la interpretación del mismo, con lo cual se ha hallado su sentido, es preciso realizar el “salto” que constituye propiamente la traducción.

Este “salto” consiste en trasladar a otra lengua exactamente el mismo sentido del texto original con unas palabras que sean en su campo semántico lo más ajustadas posibles a los vocablos del texto en lengua original. Para lo cual el traductor precisa de un conocimiento muy preciso de la lengua a la cual vierte su traducción y asimismo de una capacidad de traslado de una lengua a otra que no poseen todos los mortales. Además, no sólo ha de trasladar el sentido, lo que dice el texto original, de modo que el texto traducido diga lo mismo, sino que ha de lograr otra cosa más difícil aún, que consiste en hacer ese traslado al mismo nivel estilístico del autor del texto original. La traducción no debe rebajar el estilo literario del autor, pero tampoco debe elevarlo. El estilo del texto traducido tiene que reflejar con la mayor precisión posible el estilo propio del texto original. Un texto original confuso ha de ser confuso también al traducirlo. Un texto original caótico ha de ser caótico en el texto traducido. Un texto original terminológicamente desapacible, como pueden ser muchos textos filosóficos y de las ciencias sociales, ha de dejar en su traducción ese carácter. La traducción que no cumpla estas condiciones descritas será una mala traducción. Para enjuiciar una traducción con conocimiento de causa no basta con conocer sólo el texto ya traducido sino que es necesario compararlo con el texto original o, en su caso, con el texto desde el cual se ha llevado a cabo la traducción. No es infrecuente que, por ejemplo, se juzgue a primera vista una traducción como “mediocre” simplemente porque

el texto se ofrece confuso o de difícil comprensión, dando así por supuesto que el original no posee esas características sino que, por el contrario, se trata de un texto ordenado y luminoso. Ese juicio, sin embargo, puede estar absolutamente equivocado y ser muy injusto, cosa que sucede con gran frecuencia. Para juzgar adecuadamente una traducción es necesario comparar los textos, dejar a la mirada que penetre en su círculo hermenéutico de un texto a otro, y así podrá comprobarse que no faltan ocasiones en que lo oscuro, confuso o desordenado en la traducción está oscuro, confuso o desordenado en el original.

En toda conversación “traducimos” lo que nos dice el otro, aunque si hablamos en la misma lengua materna, no tenemos la dificultad que supone hablar en otra que no dominamos. La conversación ordinaria en la misma lengua materna (o, en su defecto, en una lengua que dominamos casi como la materna) supone un acto de traslado de lo que oímos (o leemos en el caso de que el diálogo se lleve a efecto por escrito) a nuestra mente. Lo que oímos o leemos es un texto (si se trata de lo que oímos podemos ponerlo por escrito literalmente, para ello es conveniente usar una grabadora, como hacen los periodistas) y lo que hacemos al trasladarlo a nuestra mente es interpretarlo para comprenderlo. Igual que en la traducción, nos encontramos aquí ante una labor creativa y no meramente reproductiva. Y lo mismo que en la traducción hay errores y confusiones, así sucede en todo género de diálogo. El error, la confusión o el malentendido forman parte de nuestra experiencia cotidiana en las conversaciones que mantenemos con los demás. Esto es debido a que el traslado de los contenidos comunicacionales de un sujeto a otro supone unas condiciones externas de diálogo que a veces no se cumplen y también exige que la actividad interpretativa y la comprensión que resulta de ella estén en consonancia con el sentido de lo oído o leído.

En la bibliografía jurídica resulta en este contexto del máximo interés el tratamiento de los negocios jurídicos. En efecto, la dogmática, sobre todo en el campo del derecho civil, ha hecho de la figura del negocio jurídico un campo de reflexión sobre el fenómeno comunicativo. Se suele definir esta figura como la declaración de voluntad de uno o varios sujetos a la cual el derecho otorga efectos jurídicos. La división más simple de negocios jurídicos es la que los clasifica en unilaterales (p. ej., un testamento), bilaterales (ej., un contrato entre dos personas) y plurilaterales (ej., un contrato de sociedad en el que intervengan más de dos

personas). También ha hecho uso de ella la dogmática del derecho público, sobre todo en el derecho administrativo, pero con un alcance mucho más limitado, ya que al negocio se le considera ordinariamente la expresión más genuina de la autonomía de la voluntad de los particulares. Los debates sobre el fenómeno comunicativo que entraña el negocio jurídico comienzan a manifestarse ya en Roma con una intensidad que ya no se abandonará. Recuérdese la disputa entre las dos escuelas de los sabinianos y los proculeyanos en torno a si prima lo declarado sobre lo querido o lo querido sobre lo declarado. El debate se extenderá también a si se consuma el negocio cuando se acepta la oferta o si hay que esperar a la recepción de dicha aceptación por el oferente. Aquí no es lugar apropiado para engolfarse en estos debates que, para una teoría comunicacional del derecho, son ricos en enseñanzas, sin ninguna duda. Tan sólo queremos destacar la idea, escasamente tratada, salvo por algún autor (y con ello nos estamos refiriendo a uno de los teóricos del derecho más sobresalientes de todos los tiempos, hoy escasamente citado, Rudolf Ernst Bierling), de que el tratamiento del negocio jurídico, aislado tradicionalmente en la dogmática del derecho privado, es extensible no sólo a las relaciones horizontales (entre particulares) sino también a las relaciones verticales (esto es, las establecidas por un ordenamiento jurídico entre el Estado y los entes públicos que lo componen, entre ellos, y entre ellos y los particulares). De este modo, Bierling teoriza el concepto de *Rechtsgeschäft* también para analizar el fenómeno legislativo o cualquier otro en que se dé una declaración de voluntad y el correspondiente fenómeno de comunicación<sup>51</sup>. Bajo esta

---

<sup>51</sup> E.R. Bierling, *Juristische Prinzipienlehre*, volumen 2º, 2ª reimpression de la edición de Tübingen 1898, Scientia Verlag Aalen 1975, p. 117 y ss. "Denominamos negocio jurídico (*Rechtsgeschäft*) a toda imposición de normas jurídicas subordinadas". Bierling es consciente de que el concepto de *Rechtsgeschäft* que propone es muy diferente al que es usual en la doctrina jurídica, la cual reserva el término para el derecho privado, haciéndolo así más angosto de lo que la palabra significa. El término lingüísticamente está vinculado al verbo *schaffen*, de múltiples significados, destacando "producir", "crear", "determinar", "ordenar", que en su conjunto hacen prácticamente sinónimos *Rechtsgeschäft* y *Rechtsschöpfung*, creación o generación de derecho (*op. cit.*, p. 125). *Rechtsgeschäft* es un tipo de acción jurídica, dice Bierling, en concreto, la acción jurídica impositiva o generadora de derecho (*Rechtssetzungshandlung*), pero siempre de normas jurídicas subordinadas (pp. 131-132). Véanse las explicaciones de Federico de Castro y Bravo sobre el término "negocio jurídico", de escasa tradición tanto en Francia como en España, hasta que en nuestra doctrina lo incorpora Valverde y lo consolida Castán (*El negocio jurídico*, Instituto Nacional de Estudios Jurídicos, Madrid, 1971, pp. 19-21). En Francia no ha arraigado, utilizando los autores el término "acto jurídico" (*acte juridique*), lo cual también tiene sus inconvenientes.



perspectiva comunicacional se unifican en un tratamiento unitario, respetando obviamente las diferencias, de todos aquellos fenómenos que basculan o se articulan en torno a las declaraciones de voluntad, cosa que ahora no vamos a hacer, pero sí apuntar algunos aspectos.

¿Qué tienen en común, por ejemplo, un testamento y una ley, en el marco de los problemas de los que estamos tratando ahora? Aparentemente, constituyen realidades muy dispares ya que al primero lo enmarcamos dentro de la vida privada de las personas, y en concreto en sus relaciones familiares y patrimoniales, mientras que a la segunda la consideramos como la manifestación propia de la soberanía del Estado. En una mirada superficial, se nos presentan como fenómenos propios del derecho pero muy alejados entre sí en todos los aspectos. Sin embargo, si usamos la lupa de la teoría comunicacional, enseguida veremos que ambos fenómenos tienen en común algo muy relevante: el ser, antes que otra cosa, fenómenos comunicativos. Y como tales fenómenos comunicativos se asemejan mucho más de lo que uno podría pensar desde la perspectiva de los encuadramientos tradicionales. Veámoslo con la brevedad requerida.

Tanto la ley como el testamento presuponen una voluntad. Pero en ambos casos se trata de una voluntad construida hermenéuticamente. En el caso de la ley esto se ve con fácil claridad: es una construcción del derecho atribuir una voluntad a la cámara de representantes parlamentarios que votan una ley. Como se ha puesto de manifiesto en numerosas ocasiones, no es preciso que los miembros del parlamento se hayan leído siquiera la ley que votan para presuponerles dicha voluntad. Además, no todos votan en la misma dirección, sino que es frecuente que la minoría vote en contra del proyecto de ley porque “quiere” otra cosa. Por otro lado, la ley puede haber sido votada favorablemente por partidos políticos distintos, que normalmente “querrían” cosas diferentes, en atención a que ha habido un pacto entre ellos con finalidades que muchas veces no tienen nada que ver con la ley en cuestión. En el caso del testamento se ve menos evidente esta construcción hermenéutica pero también tiene lugar. Cuando el *de cuius* declara al notario cuál es su voluntad en lo que respecta a la transmisión de sus bienes, se supone que esa voluntad es libre y que responde a lo declarado de hecho. Se supone además que, si el causante no cambia su testamento, es debido a que mantiene su voluntad primera. Suposiciones ambas que el derecho da por buenas, habida cuenta de que no hay medio humano de penetrar en las intenciones

últimas de las personas ni tampoco en sus cambios de voluntad. Si por algo se caracteriza el ser humano es que hoy quiere una cosa y mañana la contraria o, por lo menos, algo diferente a la primera voluntad. Pero el derecho tiende a hacer estables esas voluntades variables en aras de la seguridad jurídica y porque, de otro modo, apenas sería posible un orden social perdurable.

Un segundo aspecto de la similitud entre ley y testamento es que ambos son declaraciones, o sea, en términos lingüísticos, actos comunicativos. La ley se promulga por el parlamento para conocimiento de todos, o de una categoría de personas físicas y jurídicas (profesores universitarios, militares, empresarios, agricultores). Por eso se publica en un órgano de difusión oficial, con objeto de que los interesados puedan conocer sus contenidos. Entra en vigor al cabo de un cierto tiempo (*vacatio legis*), transcurrido el cual comienza a surtir efectos. El testamento tiene un alcance obviamente muy limitado, al ir dirigido a un grupo reducido de personas concretas, pero también conlleva esos aspectos comunicacionales. La declaración del testador adquiere forma escrita en el documento llamado testamento, que se eleva a la categoría de documento público gracias a la intervención notarial. Se archiva en el registro de últimas voluntades a la espera de que tenga lugar el fallecimiento del causante (equivalente a la *vacatio*), entrando en vigor a continuación sus contenidos, que podrán ser conocidos entonces oficialmente por sus destinatarios (herederos).

Tanto la ley como el testamento están limitados por un marco normativo previo en el cual se insertan. La ley viene limitada por la constitución, que la condiciona no sólo en los aspectos procedimentales sino asimismo en cuanto a sus contenidos. Formal y materialmente la ley ha de ser constitucional, lo que implica que no contradiga o sea incompatible con ningún precepto de la “carta” fundamental del Estado. El testamento está limitado por la ley (Código civil y, eventualmente, leyes especiales), de modo que si tiene alguna cláusula ilegal, esa cláusula carecerá de validez y por tanto no tendrá efectos jurídicos.

Vemos, por tanto, que desde la perspectiva de la teoría comunicacional del derecho, figuras jurídicas que tradicionalmente se conciben como muy alejadas entre sí, tienen en común aspectos muy relevantes, tanto que sorprende que la teoría del derecho no se haya empeñado en suministrar una visión de conjunto del derecho que permita contemplar los distintos fenómenos que encierra desde un

ángulo unificador. Pues bien, lo que hemos dicho de la comprensión y la interpretación como aspectos de la traducción, es perfectamente aplicable tanto a la legislación como al acto testamentario.

El acto legislativo es un acto comunicativo cuyo emisor es el legislador, ya sea éste unipersonal o colegiado. El órgano legislador emite un conjunto de proposiciones lingüísticas conjuntadas bajo un mismo rótulo (“ley”, “código”, “estatuto”, etc.) y por lo general ordenadas para su mejor comprensión. El acto testamentario es también un acto comunicativo siendo su emisor una persona física que, en previsión de su propia muerte, expresa en un conjunto de disposiciones (“cláusulas” del testamento) su mensaje. El contenido comunicacional del acto legislativo tiene como destinatario normalmente a todas las personas o a una categoría general de ellas, mientras que el contenido propio del testamento va dirigido a personas muy concretas (en ambos casos, físicas y/o jurídicas). Tanto en el acto comunicativo propio de la legislación como en el propio del testamento tiene lugar un proceso comunicacional que va acompañado de la traducción del mensaje desde la mente de su emisor a la del destinatario. Este traslado va acompañado necesariamente por la interpretación del texto en que los respectivos actos de comunicación se han concretado. En la práctica los jueces se verán en la situación de construir los contenidos de sentido de las leyes que aplican, y asimismo de los testamentos cuando se encuentren ante un pleito en relación con ellos. Y en esas dos situaciones se verán arropados por la dogmática jurídica, que recogerá en forma ordenada no sólo los contenidos constitucionales y legales sino asimismo la doctrina establecida por los tribunales, y en los supuestos en que todos estos materiales precedentes no sean suficientes expondrá las opiniones doctrinales de los autores.

La dogmática jurídica (ciencia del derecho), por tanto, se erige en una instancia de mediación comunicacional entre el emisor y el destinatario de los procesos comunicativos que se dan dentro de un ámbito jurídico. Cumple así una tarea simplificadora del trabajo que corresponde a los prácticos, pues ayuda a éstos a no perderse en la maraña de preceptos positivos, no siempre claros, no siempre coherentes entre sí, no siempre completos en su formulación.

## XXIV

Igual que en el lenguaje ordinario, el que usamos todos los días en nuestras conversaciones, en el derecho las cosas pueden decirse de muy diversas maneras, y todas ellas correctas. La riqueza lingüística de una lengua desarrollada plenamente, y que es reflejo de la necesidad comunicativa de la sociedad avanzada, constituye sin ningún género de dudas un patrimonio cultural y espiritual de primer orden, pero al mismo tiempo, precisamente por su enorme complejidad, requiere instrumentos interpretativos y hermenéuticos que desvelen los significados profundos de los textos y los ordenen de manera sistemática.

Ahora bien, al igual que hay buenas y malas traducciones, hay buena y mala dogmática del derecho. Una traducción es buena cuando traslada de una lengua a otra los contenidos significativos con los caracteres que ya hemos señalado, y que en su aspecto negativo, implica que la traducción no puede crear nuevo texto, sino que ha de limitarse a trasladar los significados fielmente, y respetando el mismo estilo, de una lengua a otra. La dogmática, por el contrario, implica algo más que esto. Es, por decirlo así, una traducción creadora. En ella no se trata simplemente de trasladar un texto de una lengua a otra, pues lo normal es que la lengua del sistema coincida con la del ordenamiento<sup>52</sup>. De lo que se trata es de explicar interpretativamente el texto ordinamental y, sin traicionarlo (en este deber de fidelidad se parece a la traducción), ampliarlo dentro de su propio espíritu. Como ya hemos señalado, el sistema, que es el resultado de la tarea dogmática, refleja y al mismo tiempo completa el ordenamiento, lo presenta en una forma materialmente más acabada y conceptualmente más depurada. Esto nos lleva a plantear una de las cuestiones más debatidas de la teoría de la ciencia jurídica, cual es si esta última ha de estar abierta a otras disciplinas, como la sociología, la psicología social o la criminología o si por el contrario el sistema debe centrarse exclusivamente en un análisis inmanente del texto jurídico ordinamental. La cuestión es semejante a la que se puede plantear en la teología respecto al modo en que hay que adap-

---

<sup>52</sup> Así, la dogmática del derecho español se hace en español. Problema aparte, del que no trataremos aquí, es el de la relación entre textos ordinamentales y textos sistémicos en los Estados plurilingüísticos, como es precisamente el caso en España, en la cual, dependiendo del territorio concreto, los textos ordinamentales pueden venir expresados, al menos en parte, en las demás lenguas oficiales propias de dichas partes del territorio nacional.

tar la exégesis bíblica a las realidades histórico-sociales. Aunque esta problemática se presenta con una faz similar en ambas disciplinas, la respuesta no tiene por qué ser idéntica, pues, como ya hemos destacado, el derecho, esto es, el objeto sobre el cual se vierte la interpretación y la construcción hermenéutica de la dogmática, cambia constantemente, lo cual permite aceptar la idea de historicidad desde el objeto mismo que se va a investigar, y no sólo respecto de la forma de hacerlo. Aunque el objeto sea diverso en cada caso en ese aspecto del cambio textual, no nos cabe duda de que una buena dogmática ha de ser abierta en todo caso. El problema radica en aclarar que significa exactamente esto y cuáles son los presupuestos metódicos desde los cuales es posible esa comunicación. En lo que sigue nos referiremos únicamente a la ciencia del derecho.

Para centrar un poco el problema lo concretaremos en uno de sus aspectos, conscientes de que es ampliable a otros distintos. Me refiero a la cuestión, debatida en los dos últimos siglos de pensamiento jurídico, sobre si la dogmática ha de ser meramente conceptualista (o, como a veces se prefiere decir, formalista) o si, por el contrario, tiene que estar abierta a la realidad incorporando a su tarea el conocimiento que proporcionan las ciencias sociológicas, en cuyo caso se suele hablar de una ciencia jurídica “no formalista”. Esta cuestión refleja un amplio debate, que se prolonga en el tiempo con altibajos, cuyo centro básico viene condicionado por la tensión que tradicionalmente se ha producido entre el método jurídico y el método sociológico, que a su vez es un reflejo de la falta de entendimiento entre juristas y sociólogos.

En torno a la determinación de qué sea lo que constituye la esencia de cada uno de estos métodos se debate si son conciliables o si, por el contrario, son incompatibles. Se discute igualmente si el jurista ha de ser también sociólogo y, si lo es, hasta qué punto y con qué límites. El problema merece un tratamiento más amplio del que aquí podamos hacer, comenzando con el estudio de la historia de la tensión mencionada, que de alguna manera viene a coincidir con la historia del positivismo jurídico y que, en nuestra opinión, sólo podrá resolverse trascendiendo los estrechos límites de esta corriente del pensamiento, lo que implica —creemos— la aceptación de los métodos propios de la hermenéutica y del análisis de los textos.

En el fondo de la cuestión late toda una manera de entender la naturaleza y función de la dogmática jurídica en el seno de las ciencias y en su relación con la práctica del derecho. Según que se sea partida-

rio de una dogmática cerrada o de una dogmática abierta, se estará ante una disciplina por completo autosuficiente o en cierto modo dependiente. El papel del jurista teórico cambiará de un modelo a otro. Se trata a la postre de delimitar la misión comunicacional de la dogmática. ¿Tiene la dogmática que comunicarse con otras ciencias, o no? ¿Cuáles son los límites de esa comunicación? ¿Ha de construirse el sistema centrándose exclusivamente en la exégesis del texto ordinal y prescindiendo de la comprensión del contexto social? Éstas son las preguntas a las que hay que dar una respuesta fundamentada.

Siendo estudiante de derecho, uno de los libros de texto que con más gusto estudié, y que todavía hoy leo de vez en cuando, fue el *Curso de derecho mercantil* de Joaquín Garrigues. El rigor de la idea y la exactitud de la expresión se mezclaban en él sabiamente con la exposición sistemática organizada desde una misma perspectiva. La ley era el centro de la reflexión pero sin descuidar la jurisprudencia. El resultado era un edificio bien construido en el cual sus partes se ensamblaban formando un todo armonioso. Un excelente libro de derecho, en definitiva. Sin embargo, desde el principio de su lectura me llamó la atención una cosa que aún hoy me sigue sorprendiendo. En las lecciones preliminares el autor se planteaba el problema del método en el derecho mercantil, y tras una exposición crítica de algunas posturas concluía declarando que el método idóneo para el estudio de esta rama de la ciencia del derecho era “la atenta observación de la realidad económica”<sup>53</sup>. Recuerdo que, cuando leí por primera vez esta afirmación, me entró cierto temor, pues supuse que en lo que quedaba de libro (nada menos que el noventa y cinco por ciento de sus páginas, aproximadamente) me las iba a ver moradas para adentrarme en sus razonamientos, habida cuenta de mis escasos conocimientos de economía. Pero mis temores se fueron disipando paulatinamente a medida que iba leyendo el libro, puesto que no encontraba en él los análisis que reflejaran la observación de la realidad económica, como no fuesen generalidades prácticamente obvias que el autor presentaba con lla-

---

<sup>53</sup>Joaquín Garrigues, *Curso de Derecho Mercantil*, séptima edición, revisada con la colaboración de Alberto Bercovitz, Madrid, 1976, pp. 15-28: “El método de observación de la realidad económica”. En páginas posteriores dicho método viene a identificarse prácticamente con el propio de la jurisprudencia de intereses, defendido por Rudolf von Jhering. Cfr. *op.cit.* p. 43 y ss. Cfr. también Joaquín Garrigues, *Tratado de Derecho Mercantil*, tomo I, vol. 1º, Revista de Derecho Mercantil, Madrid, 1947, pp. 51-61.

mativa brevedad al comienzo de los capítulos. En suma, pude respirar tranquilo al comprobar que para asimilar el derecho mercantil no me eran precisos conocimientos especiales de economía. Esta experiencia me hizo pensar, años después, sobre la idiosincrasia de la ciencia jurídica, y sobre la necesidad de entender bien su propio método.

Una cosa son las modas, y otra bien distinta es la realidad que, tenaz, no se pliega a aquellas tan fácilmente. En la ciencia también hay modas y lo mismo sucede en la filosofía. Cuando Garrigues se formó como jurista se había puesto en boga una crítica, en ocasiones sumamente severa, contra la llamada “jurisprudencia del conceptos”. Esta expresión fue ideada por Rudolf von Jhering, en la segunda fase de su pensamiento, precisamente para poner en solfa el método que él mismo había defendido como idóneo en la ciencia del derecho. La expresión tiene un matiz crítico, negativo, algo despectivo. Viene a significar que la ciencia jurídica, la dogmática, ha procedido tradicionalmente, y sobre todo a partir de las codificaciones, como una disciplina formalista que centra su investigación en los conceptos (en el “cielo de los conceptos”, dijo Jhering) y no en las realidades. Ahora bien, en pleno dominio del positivismo, una ciencia que se preciara de tal no podía mirar al “cielo”, sino que tenía que volver sus ojos hacia la “tierra”, hacia los hechos, para observarlos y extraer de esa observación el conocimiento que mereciera la calificación de “científico”. La observación de la realidad, a la que se refería Garrigues en sus palabras preliminares de su excelente *Curso*, hay que interpretarla justo en este sentido, bajo la influencia del ambiente dominante. En el último tercio del siglo XIX y buena parte del siglo XX, la bibliografía sobre el método jurídico experimenta un giro hacia la observación de la realidad, giro que se traduce en direcciones metodológicas variadas (jurisprudencia de intereses, movimiento del derecho libre, sociologismo jurídico, psicologismo jurídico) cuya característica común es, en el aspecto negativo, la crítica al formalismo, y en el positivo, su llamada de atención hacia los hechos y las ciencias empíricas que los investigan. En los últimos decenios del siglo XX la vista se torna hacia los valores y los ideales de justicia y se plantea entonces la cuestión de si la dogmática ha de limitarse a “describir” el derecho vigente o si por el contrario tiene que orientarse desde los valores que el derecho debe encarnar. Surge entonces con fuerza lo que se ha dado en denominar “jurisprudencia de valores”. Parecería como si la consigna de todo este prolongado período fuera ésta: intereses o valores contra conceptos. La polémica, sin embargo, tenía bastante de artificial.

En primer lugar, es preciso dejar claro que no existe ciencia alguna que no maneje conceptos. Es más, puede decirse que el rigor de una ciencia se mide, sobre todo, por el rigor con que usa sus propias palabras. Bajo esta perspectiva, toda ciencia es conceptualista y no puede dejar de serlo. Lo es la matemática en cualquiera de sus ramas, y lo son la física y la química y las ciencias biológicas. ¿Por qué no habrían de serlo también la ética, la ciencia política y la ciencia del derecho? Las ciencias sociales se enfrentan ciertamente ante una dificultad superior para conceptualizar, pero esa dificultad no les exime del cometido.

Por otra parte, la dogmática jurídica, por sus especiales características, se enfrenta a los conceptos de una manera muy singular debido a que su objeto de investigación es un texto —el texto ordinamental— en el cual ya se están usando conceptos. Esta característica no la comparte con las demás ciencias como no sea con las que podemos llamar “normativas”, tal como la ética, cuyo objeto de conocimiento es una moral o, si se quiere, la moral, pero en cualquier caso un texto en el que se manejan ya los conceptos éticos. La ciencia del derecho o dogmática tiene como referente un texto ordinamental en el cual se usan términos denominativos de conceptos (nacionalidad, usufructo, propiedad, compraventa, acto administrativo, demanda, etc.) cuyo campo semántico no siempre coincide exactamente con el propio de otros ordenamientos, incluso cuando empleen estos últimos los mismos términos. Los conceptos jurídicos ordinamentales son *relativos* al ordenamiento jurídico del que se trate, y así sucederá igualmente con el sistema jurídico que tiene por misión reflejar y exponer aquel en un texto más complejo, coherente y completo. El significado de los nombres jurídicos, representativos de conceptos jurídicos, en cada sistema sólo es operativo en dicho sistema; lo que no significa que eventualmente no pueda ser similar e incluso igual al significado que se otorga al mismo término en otro ordenamiento jurídico.

Tan sólo son susceptibles de teorización general aquellos conceptos que no van referidos en principio a ordenamiento alguno, sino que su marco de referencia lo constituye todo derecho posible. Éste es precisamente el campo propio de la teoría del derecho, que no es una disciplina dogmática (esto es, no explica ni expone ni interpreta un ordenamiento jurídico determinado) sino que se propone únicamente la investigación de los conceptos jurídicos formales o universales. El objeto de la teoría del derecho no es, pues, una realidad existente (entendiendo por tal la que tiene realidad empírica) sino una realidad



ideal para cuya teorización, sin embargo, se precisa tener ante los ojos las realidades empíricas, esto es, los ordenamientos jurídicos que han existido como vigentes o que tienen vigencia actualmente. La teoría del derecho tiene como cometido, entre otros, la investigación de aquellos conceptos necesarios para entender la estructura profunda de un sistema jurídico y que, por tanto, son presupuestos por la dogmática a la hora de ordenar su materia y a la hora de teorizar sus propios conceptos. Hay, pues, una relación entre teoría del derecho y dogmática jurídica que, en el aspecto que tratamos ahora, se concreta en la relación entre los conceptos jurídicos universales, es decir, los conceptos del derecho que no son relativos a un ordenamiento determinado, y los conceptos jurídicos que sí tienen esta característica.

La ciencia del derecho, por tanto, no puede prescindir de los conceptos jurídicos, y por eso puede afirmarse que es “conceptualista”. Hay que preguntarse, no obstante: ¿Acaso Jhering quiso decir con su famosa expresión, “jurisprudencia de conceptos”, que una dogmática jurídica a la altura de los tiempos, o sea, del positivismo coetáneo, debía abandonar los conceptos? Probablemente no quiso decir esto simplemente. Es razonable pensar que, debido a su estilo apasionado y retórico, cargó las tintas en la idea crítica, dirigida no tanto a suprimir los conceptos de la dogmática jurídica cuanto a orientarla en la dirección psico-sociologista de la investigación de los intereses y de las realidades subyacentes en la sociedad. En definitiva, Jhering, con sus diatribas contra la jurisprudencia tradicional, no habría pretendido otra cosa que abrir sus ventanas para que penetrara el aire fresco de la vida. Creo que su mensaje puede resumirse así: la ciencia de los juristas no tiene por qué abandonar los conceptos, pero ha de saberse que dichos conceptos son tan sólo instrumentos para conocer la realidad del derecho, siendo éste ante todo un fenómeno social. El problema era cómo conciliar un método tradicionalmente encerrado en sí mismo y que tenía como referente los textos, como era el usual entre los juristas, y otro método, el propio de las ciencias empíricas, entre las cuales sobresalían la psicología y la sociología, cuyos referentes eran los hechos psíquicos y sociales.

La historia de esta tensión es rica en argumentos y en lances dialécticos. No la vamos a estudiar aquí por razones de brevedad. En parte lo hemos hecho ya en otros lugares. Tan sólo conviene decir que, en el marco del positivismo, no era posible la conciliación. Los juristas tradicionales buscaban refugio en lo que siempre habían hecho, interpretar

textos y sistematizarlos, mientras que los sociólogos pretendían o bien sociologizar la ciencia del derecho (construyendo de ese modo una jurisprudencia sociológica) o bien sustituir esta última por la sociología jurídica. Max Weber, con su concepción de la sociología comprensiva<sup>54</sup>, abriría el camino hacia la conciliación, si bien —creo— no consumó el proceso.

Sólo puede lograrse la conciliación entre ciencia del derecho y sociología si se acercan sus métodos respectivos hasta tal punto que no resulten incompatibles. Esto es posible si se entiende la acción como texto. En ese punto pueden coincidir dogmática jurídica y sociología del derecho, y ello aunque sus respectivos objetos y algunas peculiaridades de sus correspondientes métodos no puedan coincidir nunca. Nuestra propuesta puede ser formulada en los siguientes términos: la ciencia del derecho es una disciplina hermenéutica que tiene por objeto la construcción de un sistema proposicional que refleje y complete un ordenamiento jurídico determinado; su objeto lo constituyen los textos parciales que conforman el texto global ordinamental. Por su parte, la sociología del derecho puede ser entendida asimismo como una disciplina hermenéutica que, en relación con la sociedad en la que está vigente un ordenamiento, se propone “explicar interpretativamente”, como diría Weber, las causas, efectos y funciones de los diversos elementos institucionales del ordenamiento en cuestión; su objeto lo constituyen los hechos sociales o, mejor dicho, las acciones sociales (ya sean individuales o colectivas), y las acciones han de ser entendidas como realidades textuales susceptibles, por tanto, de ser objeto de las mismas operaciones que cualquier otro texto: lectura (observación de los rasgos externos), interpretación y comprensión de su significado.

La acción, en general, puede definirse como el significado o sentido de un movimiento o conjunto de movimientos de carácter físico-psíquico. No distinguimos acto y acción, aunque sí acción y actividad. Ésta está constituida por un conjunto de acciones de la misma especie y que normalmente tienen lugar sucesivamente a lo largo de un lapso de tiempo más o menos prolongado. Actividades típicas son las propias de las distintas profesiones. Hay ramas del derecho que hacen de determi-

---

<sup>54</sup> Para Weber la sociología es “una ciencia que pretende comprender interpretativamente el actuar social, y de esta manera explicarlo por sus causas en su transcurrir y en sus efectos.” (Max Weber, *Wirtschaft und Gesellschaft-Grundriss der verstehenden Soziologie*, 1922, 5ª ed. a cargo de J. Winckelmann, J.C.B. Mohr (Paul Siebeck), Tübingen 1976, p. 1).

nadas actividades el centro de sus análisis; así, el derecho mercantil se ha definido tradicionalmente como la parte de un ordenamiento jurídico que regula la actividad comercial, los “actos de comercio” en expresión del Código de Comercio, y el derecho del trabajo se construye sobre el concepto central de la actividad laboral propia de los trabajadores por cuenta ajena. Otras ramas jurídicas se orientan más por el concepto de acto o acción, como el derecho civil o el derecho penal. Y, por fin, existen otras en que tan relevantes son los actos como las actividades, así sucede en el derecho administrativo o en el derecho procesal. No obstante, en todo caso, una actividad está compuesta por actos o acciones singulares, por lo cual la unidad de análisis necesariamente corresponde a este último concepto. Este planteamiento conduce obviamente a la necesidad de desarrollar una teoría hermenéutico-analítica de la acción.

Queda así apuntada la dirección correcta que abre las puertas de la dogmática a la sociología en las partes de aquella en que esto sea posible. La perspectiva sociológica proporcionará al jurista conocimientos sobre la realidad social y psico-social del ámbito jurídico en el que aquél trabaja, y permitirá de ese modo que entren en su consideración interpretativa aspectos que no pueda encontrar en el texto ni en el “contexto” pero que, al pertenecer al contexto social, forman una referencia ineludible del primero. Una buena dogmática será aquella que esté abierta a los aportes de las ciencias sociales sin que por ello tenga que transformarse en una “jurisprudencia sociológica”<sup>55</sup>. Pues su centro de trabajo viene acotado por el texto global del ordenamiento jurídico concreto y el conocimiento del contexto social sólo será una “ayuda” en la interpretación y explicación de los textos concretos. En unas partes del ordenamiento esa ayuda será más eficaz que en otras, dependiendo de su naturaleza respectiva. Así, por ejemplo, en la teoría de la obligación y el contrato, en la cual se abordan los conceptos generales del llamado derecho de obligaciones, la sociología sólo puede suministrar alguna idea demasiado poco concreta como para servir de ayuda a la interpretación de unos textos que muchas veces recuerdan el desarrollo de los teoremas matemáticos. Por el contrario, en campos como el derecho de familia o el derecho de sociedades los conocimientos que suministre

---

<sup>55</sup> Se denominan así aquellas tendencias del pensamiento jurídico inspiradas por el sociologismo más o menos intensamente. Que la ciencia del derecho pueda tener en cuenta —e incluso deba hacerlo— los resultados de las ciencias empíricas, en especial de la sociología, no autoriza a asimilar el conocimiento jurídico al sociológico.

la sociología serán probablemente de más utilidad a la hora de acertar en la interpretación de los textos jurídicos.

Conviene detenerse un momento para explicar esta idea. La dogmática jurídica tiene su propio método, desarrollado a lo largo de muchos siglos. Es verdad que ha tenido, y tiene aún hoy, una fuerte tendencia a aislarse respecto de las demás ciencias. Pero esta característica ha de entenderse como una prueba de su madurez. ¿Qué puede pensarse de una ciencia que dependa de otra u otras para hacer posible su propio desenvolvimiento? ¿No es cierto que toda forma de conocimiento científico aspira a esa independencia que suele concretarse en la delimitación clara de un objeto de investigación y en la determinación de un método para llevarla a cabo? Nadie puede poner en duda el impresionante nivel conceptual que ha alcanzado la dogmática del derecho en todos sus campos, y de modo muy particular en aquellos sectores regulativos de las estructuras básicas que presupone todo ordenamiento jurídico. Por mucho que el derecho sea un fenómeno socio-histórico, y en último término la génesis de todos sus elementos sea explicable en términos empíricos, no deja de ser verdad que el nivel de autonomía conceptual alcanzado por la dogmática permite precisamente aquella independencia. Otra cosa es la conveniencia de que, como ciencia interpretativa que es, tenga en cuenta las aportaciones de otros campos del saber, singularmente de la sociología, la economía y la psicología. Pues el “dato social”, entendido en su sentido más amplio y por tanto abarcador de realidades múltiples, forma parte del contexto situacional en que las normas han de ser aplicadas y, consiguientemente, entendidas.

El positivismo no permitía la comunicación entre ambos métodos, el dogmático y el sociológico, sino que o bien impulsaba a sustituir el primero por el segundo, o bien ponía entre ambos un abismo infranqueable. La filosofía hermenéutica y la analítica del lenguaje ordinario, por una parte, y la concepción de la sociología como una ciencia comprensiva, por otra, han abierto la vía para una fructífera comunicación. Con la superación definitiva del positivismo se da carta de naturaleza a un fenómeno comunicacional que antes apenas era posible: ciencia jurídica y sociología del derecho han dejado de contraponerse como dos concepciones antagónicas de la realidad. Ambas participan en definitiva de un mismo carácter, el ser ciencias comprensivas e interpretativas. Bien es cierto que una va dirigida directamente a interpretar y comprender textos, los textos jurídicos, mientras que la otra está orientada a interpretar y comprender hechos o acciones. Pero su punto de

unión metódica proviene de la posibilidad de entender esos hechos y esas acciones como textos. Por decirlo de un modo abreviado: la concepción textual de la acción, superadora de la concepción descriptivista de la misma, ha hecho posible encontrar el punto de unión. Si los hechos y las acciones son realidades sociales hermenéuticamente construibles, puede decirse que su naturaleza no es antagónica de la propia de los textos jurídicos normativos. Comprender acciones se transforma en una tarea similar a la de comprender normas.

## XXV

La concepción hermenéutico-analítica de la acción concibe a ésta como texto, desmarcándose así de la concepción causalista o, en términos generales, naturalista, de la que la teleológica es tan sólo una reformulación.

El causalismo, en este terreno de la teoría de la acción, deriva directamente del pensamiento positivista, cuyo norte es comprender todos los fenómenos en términos fisicalistas. Al igual que en la naturaleza física los fenómenos han de ser explicados atendiendo al principio de causalidad, o sea, en términos de cadenas de causas y efectos, las acciones humanas, precisamente por pertenecer a la naturaleza (o sea, por pertenecer a las realidades fenoménicas), han de recibir el mismo tratamiento. Para la teoría causalista una acción no es sino un fenómeno natural que se desglosa en dos aspectos: la causa y el efecto causado.

Contemplemos algunos casos. Alguien (el sujeto de la acción) pone en marcha intencionadamente una causa y, como consecuencia de ello, se produce el efecto correspondiente a dicha causa. Por ejemplo, el sujeto de la acción rocía con gasolina una construcción y a continuación le prende fuego, generándose así el efecto del incendio de la casa. La causa del efecto que es el incendio aparece muy clara: el prender fuego a la gasolina desparramada. En términos teleológicos se reformula esta acción de la siguiente forma: El sujeto de la acción se propone quemar la casa y con ese propósito realiza las operaciones pertinentes (rociar con gasolina y prender la misma con fuego) logrando su finalidad, que se identifica con el efecto producido, el que la casa arda. En la descripción teleológica de la acción la causa se transforma en el medio del sujeto que se propone la finalidad del incendio, y ésta, la finalidad o propósito, se identifica con el efecto producido. Vemos claramente cómo esta acción con-

creta es comprensible tanto en su formulación causalista como en su formulación teleológica. Se trata además, en ambos casos, de descripciones de lo acontecido. Ahora bien, si nos preguntamos si esta acción es lícita o ilícita, no podremos encontrar la respuesta en la descripción realizada, sino que tendremos que acudir a un sistema de normas desde el cual se pueda enjuiciar la acción como lícita o como ilícita. La mera descripción del fenómeno causal en cualquiera de las dos formulaciones (causalista o teleológica) no nos da respuesta a esa pregunta. De la descripción podemos concluir que Fulano quemó una determinada construcción, pero no podemos decir nada acerca del significado jurídico de dicho fenómeno. No nos quedará otro remedio que interpretar esos acontecimientos a la luz de un sistema normativo, que si es el propio del derecho vigente puede tener una “lectura” diferente a la que se extraería de su interpretación desde otro derecho. Por tanto, lo que esa acción *significa* es algo que no puede obtenerse desde ella misma, esto es, desde el conjunto de eventos naturales que la componen, sino que será necesaria su interpretación a la luz del sistema jurídico vigente.

Segundo ejemplo. Un individuo atraviesa un pequeño pueblo a una velocidad desmesurada, pongamos 140 km/h, cuando a la entrada de la población puede verse una señal que prohíbe circular a una velocidad superior a 60 km/h. La mala suerte hace que un peatón despistado atraviese en ese momento la calzada, siendo atropellado por el vehículo y muriendo poco después como consecuencia del atropello. En términos causalistas la acción es fácilmente describable: La excesiva velocidad impide el control del vehículo por su conductor y el golpe produce la muerte del viandante. Causa y efecto están perfectamente delimitados. Sin embargo, la formulación teleológica plantea algunos problemas. ¿Quiere el conductor la muerte del transeúnte? Suponemos que no, ya que no tenemos motivo alguno para pensar lo contrario. El sujeto de la acción, por tanto, no se ha propuesto la finalidad de conseguir el resultado de la muerte del atropellado. Entre su voluntad o propósito y el efecto de su acción no hay, pues, una conexión directa. Sí se ha propuesto ir deprisa, incluso muy deprisa, y por eso ha apretado el acelerador. Habría por tanto que diferenciar dos efectos: el efecto de la velocidad alcanzada como consecuencia de apretar el acelerador, y el efecto de la muerte del peatón como consecuencia del golpe recibido. Podemos pensar que el sujeto ha querido el primero de los efectos, pero no el segundo. Desde el punto de vista causal existe una clara conexión entre sus movimientos dentro del vehículo y la muerte producida, pero

no así desde el punto de vista teleológico. Vemos de este modo cómo lo causal no siempre puede reformularse en términos finalistas. Es muy probable que en el juicio el juez aprecie homicidio imprudente, con imprudencia grave, además de, quizás, delito de peligro por sobrepasar desmesuradamente el límite de velocidad permitido. Esa apreciación de nuevo no será posible sino mediante la interpretación de los hechos desde la perspectiva de los textos jurídicos de un ordenamiento o, para ser más exactos, de un sistema de derecho vigente.

En el primer ejemplo existe una vinculación directa entre la causa y el efecto, así como entre la intención del sujeto al actuar la causa y el efecto producido por éste. El sujeto quería efectivamente quemar la construcción, cosa que consiguió mediante un medio adecuado. En el segundo ejemplo, por el contrario, si bien hay una relación directa entre la causa de apretar el acelerador y el efecto de la muerte del peatón, no existe esa misma conexión entre la intención del sujeto agente y el resultado producido. Por ese motivo, mientras en el primer ejemplo la relación causal es expresable en términos teleológicos no sucede lo mismo con el segundo ejemplo. La conclusión que deriva de comparar ambos casos es que la intención de conseguir un resultado no siempre es elemento esencial de la acción, como sostiene la doctrina finalista.

El tercer ejemplo se refiere a la omisión, o sea, al no hacer. Una persona convive con otra, gravemente enferma, a la que no le suministra el medicamento necesario para mantenerla en vida, y como consecuencia de esa omisión, muere. En este caso parece muy claro que no se puede aplicar la concepción causalista de la acción, pues de nada (y eso es el no hacer, una “nada”) no puede provenir efecto alguno. El no hacer, o sea, la nada como causa no tiene existencia efectiva, no es un fenómeno, y por tanto no puede entrar en la cadena causal. La omisión no puede ser explicada en términos causalistas, aunque paradójicamente sí puede explicarse en términos teleológicos. Quien cuida del paciente, por ejemplo, le deja de suministrar el medicamento con la intención de conseguir el resultado de muerte, y aunque dicho resultado no es absolutamente seguro lo tiene por probable, de modo que juega esa carta de la probabilidad. La omisión precisa de una “lectura” especial desde el marco de los textos normativos, y sólo de ese modo se encuentra solución a su verdadera naturaleza.

El problema con el que tradicionalmente se ha encontrado la teoría de la acción radica en que la pluralidad de componentes de la misma hace muy fácil el fracaso de las doctrinas naturalistas, esto es, de aque-

llas que están inspiradas en los principios positivistas, ya fueran éstos sociólogos o psicólogos. Además, una concepción naturalista o descriptivista del fenómeno de la acción no puede diferenciar, por la propia naturaleza de lo que es el descriptivismo, los movimientos en que la acción se expresa y lo que la acción en sí misma es. Pues la acción es algo distinto a los movimientos, aunque éstos puedan ser un componente esencial. Y mucho más difícil aún se presenta la explicación de la omisión, pues lo que consiste en un no hacer sencillamente no puede ser descrito.

Estas dificultades se subsanan si se abandona el punto de vista naturalista y positivista y se acepta una concepción hermenéutico-analítica de la acción, que es la propugnada desde la teoría comunicacional del derecho. Ya he hecho referencia al punto de partida: la acción no es un movimiento o conjunto de movimientos, sino el sentido o significado de un movimiento o conjunto de movimientos.

Un mismo movimiento físico puede tener distintos significados y, por consiguiente, constituir diversas acciones. Lo que determina la acción no es el movimiento en sí mismo, sino el significado que se le adscribe. Quien levanta su brazo hace un movimiento, pero con ese único movimiento puede estar realizando distintas acciones: puede estar saludando a un conocido que pasa por el lado contrario de la calle, puede llamar a un taxi, puede estar despidiéndose de alguien, puede realizar un saludo político (el fascista, si tiene la mano abierta, el comunista o socialista, si tiene el puño cerrado), puede estar tratando de comprobar si llueve, puede que esté haciendo un ejercicio gimnástico, puede que como árbitro de fútbol esté emitiendo un mensaje determinado, puede que como guardia de la circulación esté prohibiendo el paso de los vehículos, puede que esté prestando juramento como testigo en un juicio, o puede sencillamente que esté estirando el brazo... En todas estas acciones el movimiento físico es exactamente el mismo, o prácticamente el mismo, hasta el punto de que es imposible diferenciarlos externamente. Si no tuviésemos otra referencia sino lo que vemos, diríamos que todos esos individuos están haciendo lo mismo: levantar el brazo. Sin embargo, sabemos que en realidad están haciendo cosas muy diferentes; o, mejor dicho, están haciendo acciones muy distintas.

¿En qué radica la diferenciación de las distintas acciones si todas ellas tienen el mismo componente externo, el mismo movimiento? Si aplicamos un criterio naturalista (positivista, descriptivista) es imposible dar respuesta a esa pregunta, puesto que el fenómeno meramente externo es



exactamente el mismo. Sólo podemos responderla si a lo externo, al movimiento físico, le atribuimos un sentido, un significado.

Ahora bien ¿cómo es posible la operación que consiste en atribuir sentido o significado a un acontecimiento meramente externo como es un movimiento corporal? No podemos extraer dicho sentido o significado del mero movimiento. Por decirlo de otra manera: el mero movimiento no tiene, por sí solo, otro sentido o significado que ser mero movimiento. Como movimiento sin más significa eso, movimiento, y podría decirse que ese es su significado básico. A la pregunta ¿qué hace usted al levantar el brazo? puede contestarse: al levantar el brazo lo único que hago es levantar el brazo. Realmente es posible que sea así; alguien levanta el brazo y al hacerlo tan sólo hace eso, levantar el brazo. Diríamos que en tal caso el sentido de ese movimiento no va más allá que lo que el movimiento mismo es.

Pero podríamos seguir preguntando a nuestro hombre: ¿Siempre que usted levanta el brazo se limita a eso, a levantar el brazo, o suele hacer además otras cosas? Si es sincero (no tenemos motivo para dudar de la sinceridad en una pregunta tan simple, a no ser que se trate de un teórico que trate de defender su tesis, en cuyo caso habrá que ponerse en guardia respecto de sus posibles argucias), repito, si es sincero responderá: Naturalmente hago muchas cosas levantando el brazo. Y entonces nos relatará las otras cosas que hace, que serán las mismas o similares a las que ya hemos mencionado antes. ¿Qué es en esos casos lo que se añade al simple movimiento? Evidentemente se añade un significado. La cuestión está en saber cómo se realiza ese añadido, en virtud de qué operaciones, cuál es su origen.

Un individuo puede dar un significado particular a un movimiento o conjunto de movimientos que él mismo realice y que, sin embargo, no sea el sentido que otorgan otras personas al mismo movimiento o conjunto de movimientos. Los significados estrictamente particulares no funcionan en los ámbitos de comunicación. Por este motivo, no nos interesan especialmente aunque puedan interesar en otras esferas del saber, como puede ser la psicología. Los sentidos que adscribimos a los diferentes movimientos de modo que aparecen como estereotipos sociales de comportamiento tienen un origen social. Si alguien llama a un taxi levantando el brazo, es porque la gente lo hace ordinariamente así. Levantar el brazo para demandar los servicios de un taxista es una forma social de comportamiento que podemos ver todos los días en las calles. Con el mismo gesto vemos a veces que una persona saluda a otra, y

cuando presenciamos un partido de fútbol y vemos que el árbitro levanta el brazo sabemos muy bien que ni está llamando a un taxi ni tampoco está saludando a nadie, sino que está sancionando una falta. Un simple gesto físico es susceptible de una pluralidad de significados; o, lo que viene a ser lo mismo, un mismo movimiento puede ser una acción u otra dependiendo del sentido que se le atribuya.

Pongámonos ahora en la posición del observador. ¿Cómo puede saber la persona que observa el movimiento que realiza otro individuo de levantar un brazo, que se trata de esta acción y no de otra? ¿Cómo puede saber, por ejemplo, que está llamando a un taxi y no saludando a otro? Obviamente, el observador llega a la conclusión de que se trata de esta acción, y no de otra, por todo lo que sucede alrededor del movimiento observado. Resulta que un taxi se para junto al individuo y éste se sube al vehículo. El observador sabe entonces que aquella persona, al levantar el brazo, estaba llamando a un taxi. En suma, sabemos qué acción es la que realiza una persona porque comprendemos su movimiento en un contexto determinado, dentro del cual el movimiento adquiere su sentido, esto es, se convierte en una acción determinada.

Si se miran bien las cosas, las operaciones que realiza un observador de una acción son similares a las que lleva a cabo el lector de un texto escrito.

El lector se enfrenta ante un conjunto de signos gráficos, que en sí mismos son tan sólo garabatos; por convención esos garabatos representan algo. Aprender a leer exige como tarea primera llegar a conocer el significado convencional de cada signo y después el significado de la unión de unos signos con otros al formar los fonemas. Pasamos nuestra vista por encima de los garabatos y así leemos en voz alta las palabras, cada una de las cuales representa algo: un objeto material, una idea, un adjetivo posesivo, etc. Del conjunto de las palabras de una frase deriva un sentido que comprendemos porque damos sentido a cada uno de los términos. Seguimos leyendo, y entonces unas frases se enlazan con otras y llegamos a comprender el significado de cada una gracias a que vamos comprendiendo el significado del conjunto. Y así seguimos hasta leer el párrafo entero, y después otro párrafo, y otro, y así hasta acabar el libro, por ejemplo, una novela policíaca. La lectura ha ido llevando a nuestra mente por las calles estrechas del antiguo Madrid, nos ha hecho sentir el estremecimiento del crimen, nudo de la novela, el misterio que se esconde en los personajes, y después la lupa del detective nos ha conducido suavemente al descubrimiento de la verdad, una verdad que

ni siquiera habíamos sospechado. Al final de la lectura, una lectura intensa que nos ha tenido en vela toda la noche, tenemos por fin clara toda la trama, el misterio ha desaparecido, los personajes han sido descubiertos, todo queda a la luz, y ya cuando alborea podemos descabezar un breve pero profundo sueño.

Pues bien, esas mismas operaciones, o análogas, son las que realizamos al enfrentarnos ante las acciones. Una acción es como un texto. Vemos sus caracteres externos, o sea, el movimiento o conjunto de movimientos, e insertamos esos movimientos en el contexto de situación en que se realizan para acabar comprendiendo qué tipo de acción encarnan. El significado del movimiento es algo convencional, atribuido por la sociedad, igual que el significado de las palabras. Con las acciones hacemos lo mismo que con los textos: vemos sus rasgos externos, los leemos, y los comprendemos en virtud de la comprensión de su contexto situacional. La única diferencia esencial es que en un caso se trata de un texto escrito mientras que en el otro estamos ante un texto “actuado”.

Del mismo modo que para comprender un texto escrito hemos de saber previamente la lengua en que está escrito y conocer el significado de sus palabras, así como los contextos situacionales a las que éstas se refieren, para lo cual es ineludible la interpretación, así sucede cuando nos enfrentamos ante las acciones. Una acción es el resultado de un proceso interpretativo, en virtud del cual, tras “leer” los movimientos físicos, los comprendemos teniendo en cuenta la situación en que éstos tienen lugar, para lo cual necesitamos ejercer una labor interpretativa que abarca igualmente el contexto en que los movimientos se han producido.

Con el análisis precedente vamos un poco más allá de la postura de Paul Ricoeur, para el cual la acción *tiene* un significado<sup>56</sup>. Nuestra idea no es que la acción tiene un significado, sino que toda acción es un sig-

---

<sup>56</sup> Paul Ricoeur, *Hermeneutics and the Human Sciences*, edited and translated by John B. Thompson, Cambridge University Press/Éditions de la Maison des Sciences de l'Homme, New York etc., 1981, p. 203: “My claim is that action itself, action as meaningful, may become an object of science, *without losing its character of meaningfulness*, through a kind of objectification similar to the fixation which occurs in writing” (cursivas mías). Ahora bien, la acción no puede perder su carácter de significado, ya que ella misma es un significado. Asimismo *op. cit.* p. 208: “(...) the *meaning of human action* is also something which (...)” (cursivas mías), lo que parece que da a entender que la acción es algo distinto al significado. La acción es, en sí misma, un significado. Lo que tiene significado es el conjunto de movimientos físicos y psíquicos que conforman el soporte natural de la acción, la cual no es otra cosa que el significado de dicho soporte natural.

nificado o sentido; lo cual es una tesis cercana a la de Ricoeur, pero fundamentalmente distinta. Lo que tiene un significado es el conjunto de movimientos que conforman el soporte natural de la acción. Para simplificar algo las cosas solemos referirnos a los movimientos físicos, pero en realidad éstos incluyen también los psíquicos, por ejemplo, la intencionalidad o falta de intención, la buena o mala fe, la negligencia, la imprudencia y aspectos similares.

La adscripción de sentido a un conjunto de movimientos y, por tanto, la comprensión de dicho conjunto como una acción, sólo es posible porque conocemos el lenguaje que expresan dichos signos externos. Todo lenguaje que sirva como vehículo de comunicación es social, no sólo el lenguaje hablado, escrito o mímico; también el lenguaje de los movimientos psíquico-físicos. La comprensión de éstos como acciones sólo es posible porque se los interpreta dentro de un marco lingüístico determinado, que se puede llamar cultura, medio social, o como se quiera, pero cuya naturaleza es el constituir un ámbito de comunicación en cuyo seno las convenciones tienen un sentido determinado o casi determinado.

Las diferencias de cultura explican que muchas veces unos individuos no entiendan muy bien, o ni siquiera entiendan en absoluto, el significado de algunas acciones (o mejor sería decir movimientos físico-psíquicos) de otras personas. Cada sociedad se caracteriza por poseer un conjunto de “códigos”, cuyo conocimiento permite a sus miembros interpretar los movimientos ajenos correctamente, así como conducirse de acuerdo con las pautas establecidas. Puede afirmarse, por tanto, que el sentido de los movimientos, es decir, lo que son las acciones, es algo que sólo puede determinarse manejando adecuadamente dichos códigos sociales. Uno de estos códigos, quizás el más relevante en las sociedades avanzadas, es el derecho. Pero obviamente existen además otros códigos. Cada uno de los que hemos llamado órdenes normativos constituye sin duda alguna un código desde el cual se pueden interpretar los movimientos, y así se hace posible distinguir entre acciones con significado moral, jurídico, social (en el sentido de educado), lúdico, religioso, etcétera.

Volvamos a nuestro sencillo ejemplo del movimiento de levantar el brazo. ¿Cómo sabemos que se trata de un saludo? Porque la gente usa ese gesto para saludarse cuando lo hace de lejos (en la proximidad no se usa ese movimiento, siendo el más usual el chocar las manos); estaríamos en ese caso ante un acto social de saludo. Ahora bien,

vemos a otro individuo que levanta el brazo y para un taxi, se sube en él y el vehículo sigue su marcha. En este supuesto no estaríamos ante un acto social de saludo sino ante un acto jurídico se solicitar los servicios de un taxista y por tanto celebrar con él un contrato de arrendamiento de servicios; entonces el movimiento de levantar el brazo tendría el significado de un acto jurídico, no meramente social (aunque obviamente un acto jurídico también es un acto social), y en concreto tendría la significación de la celebración del contrato mencionado. También tiene significado jurídico, y por consiguiente constituye una acción jurídica el movimiento de levantar el brazo que realiza un testigo al prestar juramento, aunque ese significado es muy diferente al del supuesto anterior. Un cuarto caso nos mostraría a un individuo que levanta el brazo para comprobar en su mano desnuda la intensidad de la lluvia, diremos entonces que ese acto no es ni social ni jurídico ni tampoco moral, sino que pertenece por decirlo así a los actos que realiza el hombre como ser natural y precisamente en relación con un acontecimiento de la naturaleza. Y así podríamos continuar aludiendo a los restantes significados que puede tener el movimiento de levantar el brazo, a los que ya hemos hecho referencia antes.

El punto sobre el que quiero llamar la atención es que la calificación de la acción como natural, social, jurídica, moral, lúdica, o lo que sea, sólo es posible porque en cada caso aplicamos a la interpretación y comprensión de los movimientos un código lingüístico determinado. Se produce en cada caso algo así como una “lectura” de los movimientos físico-psíquicos desde la perspectiva del código lingüístico de que se trate.

Para averiguar qué tipo de acción jurídica ha tenido lugar al realizar un conjunto concreto de movimientos no queda otro camino que “leer” esos movimientos en su situación concreta y hacerlo a la luz de los textos jurídicos en los que se tipifican las acciones con sentido jurídico.

La dualidad ordenamiento/sistema adquiere de nuevo la relevancia que le corresponde. Las acciones jurídicas vienen determinadas en sus caracteres esenciales, bajo forma de tipos, en los textos jurídicos ordinamentales, y su configuración definitiva aparece perfilada en el sistema. Siendo así las cosas, siempre que pretendamos saber qué tipo de acción jurídica ha realizado un sujeto no tendremos otro camino sino el de comprobar si los elementos esenciales del tipo de acción que sea se dan efectivamente en la acción concreta. Esto es posible, como

hemos visto, gracias a que en los textos jurídicos ordinamentales y sistémicos se establecen los tipos de acción mediante normas jurídicas procedimentales. La acción concreta que ha realizado un individuo no es sino el procedimiento concreto que corresponde a un procedimiento genérico propio de una acción típica. Esa operación, que usualmente se llama subsunción, es posible porque se relacionan dos textos: el texto del procedimiento genérico o, lo que viene a ser lo mismo, del tipo de acción y el texto del procedimiento concreto, propio de la acción efectivamente realizada. La acción concreta ha sido “traducida” y de ser, en su soporte básico, un conjunto de hechos (movimientos) ha pasado a ser un sentido o significado, o sea, una expresión de lenguaje. Todas estas operaciones son posibles si se comparte una concepción hermenéutico-analítica de la acción, concepción que permite la compatibilización de la sociología jurídica con la dogmática del derecho. Disciplinas ambas independientes la una de la otra, pero entre las que puede haber una relación estrecha si se las entiende como disciplinas comunicacionales.

\* \* \*

Con esto llegamos al final de mi Discurso de Recepción en esta Real Academia. He querido presentar ante Ustedes, señores Académicos, algunas ideas sobre las que he venido reflexionando en los últimos lustros y cuya exposición no ha pretendido ser otra cosa que una breve carta de presentación de mi manera de entender la filosofía jurídica. Espero que en el futuro pueda ir completando el cuadro de esta concepción global que he denominado teoría comunicacional del derecho, lo que sin duda alguna se verá favorecido por las sugerencias y observaciones que Ustedes tengan la generosidad de hacerme.

Muchas gracias por su atención.

# DISCURSO DE CONTESTACIÓN

POR EL

**EXCMO. SR. D. HELIO CARPINTERO CAPELL**

ACADÉMICO DE NÚMERO

SESIÓN DEL DÍA 3 DE NOVIEMBRE DE 2009  
MADRID

REAL ACADEMIA DE CIENCIAS MORALES Y POLÍTICAS







Sr. Presidente, Sras. y Sres. Académicos, autoridades, señoras y señores:

Bien lejos estaba yo, al comenzar mis días veraniegos, de imaginar la tarea que en ellos se me iba a presentar: la de dar reglamentaria, y ojalá adecuada, contestación al discurso de ingreso de nuestro nuevo compañero, el Excmo. Sr. D. Gregorio Robles Morchón, por imposibilidad de hacerlo mi admirado y querido compañero, y eminente jurista, el Excmo. Sr. D. Jesús González Pérez, por una inesperada contingencia personal.

No podía negar mi aceptación a la petición recibida, y debo agradecer a ambos el haber confiado en mi modesta persona, y su nula significación en el ámbito jurídico, para hacer ver que no se trata de una sustitución de competencias, cosa imposible para mí en ese ámbito del saber, sino de servicio a la Academia, cuyas razones, para mí prioritarias, asumo y acepto.

Al aceptar, no calculaba yo con la precisión conveniente la tarea a que iba a tener que hacer frente, dados el volumen y significación de nuestro nuevo compañero. Debo confesar que me ha sorprendido e impresionado encontrar una obra ya tan amplia, redonda, y sistemática, tan conocida y estimada por los especialistas, sobre la que solo me será posible hacer algunas consideraciones generales de orden intelectual.

Nuestro nuevo compañero es ya, en efecto, una figura consolidada en el campo de la Filosofía del Derecho, especialidad que cultiva desde hace ya muchos años, y a la que dedica también su actividad académica desde la cátedra correspondiente de la Universidad de las Islas Baleares.

Permítaseme, primero, recordar brevemente los principales datos de su biografía.

Nacido en Bilbao en 1948, tras brillantes estudios de enseñanza primaria y bachillerato decide seguir la carrera de Derecho en la

Universidad de Madrid. Su inquietud y curiosidad intelectuales le llevaron a realizar amplias lecturas, seguir libremente cursos de profesores distinguidos —Luis Díez del Corral, Paulino Garagorri, Antonio Millán Puelles, son nombres que recuerda con estimación—, y, sobre todo, llega a establecer un contacto sólido con el profesor Luis Legaz Lacambra, al que ha dedicado esta tarde en su discurso sentidas palabras, que no necesito repetir ahora.

De esta suerte, desde octubre de 1970 le encontramos ya como Profesor, siquiera sea como Profesor Ayudante de Filosofía del Derecho, al tiempo que da los primeros pasos en la vida pública, con una breve adscripción a un partido político, luego terminada para poder concentrar sus esfuerzos en el ámbito del trabajo científico. Amplía el radio de sus conocimientos filosóficos, estudiando con interés la obra de Ortega y Gasset, así como los autores con que nuestro filósofo guarda estrecha relación: el existencialismo, sobre todo Heidegger, el neokantismo de autores como Kelsen o Stammler, la filosofía de la vida de Dilthey, o autores liberales, como Tocqueville. Trabaja también las obras clásicas del marxismo, y los autores españoles Recaséns Siches, Legaz Lacambra, González Vicén o García Maynez.

Como consecuencia de estos estudios, surge su tesis doctoral, *Sociedad, historia y derecho en la obra de Ortega y Gasset*, de 1975, que constituye una crítica a la filosofía orteguiana raciovitalista desde la perspectiva de un marxismo inspirado en las ideas de G. Lukács sobre la filosofía del siglo XX. Calificada con la máxima calificación, su autor ha confesado en algún lugar que, tras conversaciones con algunos especialistas en la obra orteguiana, decidió revisar a fondo el trabajo, y, aunque ha publicado algunos artículos relacionados con este, mantiene inédita la obra.

Tras asistir a un curso sobre derechos humanos en Estrasburgo en 1973, orienta sus esfuerzos hacia un mayor conocimiento del mundo jurídico germánico.

Tras un breve periodo como profesor contratado en la UNED, desde 1977 es ya profesor adjunto de Filosofía del Derecho en la Universidad Complutense. Y busca el modo de continuar su formación en el ámbito alemán, obteniendo al año siguiente una beca para ampliar durante un año sus conocimientos en la Universidad de Munich, como becario del *Deutscher Akademischer Austauschdienst (DAAD)*. Allí colabora con el equipo de Arthur Kaufmann y comienza a estudiar la filosofía hermenéutica de Gadamer.

Luego vendrán sus análisis sobre la norma jurídica en la obra de Kelsen, que le hacen merecedor de un amplio apoyo del gobierno Austríaco, para continuarlos en el marco del Instituto “Hans Kelsen” de Viena. Allí precisamente es también donde sus preocupaciones filosóficas hallarán nueva luz en la obra de Ludwig Wittgenstein, al que también ha dedicado hondas páginas reflexivas.

Recordaré aquí dos mínimos datos biográficos, que a mi ver ayudan a comprender la personalidad de nuestro nuevo compañero. El primero es que en 1976 contrajo matrimonio con Virginia Martínez Bretones, que es profesora titular de Filosofía del Derecho, y colega por tanto de su misma especialidad. Con ella viene compartiendo tanto su vida personal como su vocación académica y universitaria. Y el segundo es que, desde un cierto momento, en previsión de la meta a que aspiraba, dedicó sus esfuerzos a elaborar lo que sería su “Memoria” para futuras oposiciones sobre “Concepto, método y fuentes de la Filosofía del Derecho”, realizando “sin prisa pero sin pausa”, como recomendaba Goethe, una obra en tres volúmenes, rasgo indicativo de la meticulosidad, perfeccionismo en el trabajo y firmeza de propósitos a largo plazo que parecen ser un rasgo del fondo de su personalidad.

En fin, en junio de 1983, gana la cátedra de Filosofía del Derecho de la Universidad de Palma de Mallorca, como ya he dicho, donde viene impartiendo sus clases con toda regularidad y precisión en los últimos veintiséis años.

En este tiempo ha publicado numerosos libros, manuales, monografías, multitud de artículos científicos, e incluso algunas novelas. Ha dado cursos en ambos lados del Atlántico, en congresos internacionales de su especialidad, en universidades europeas y americanas.

Su primer libro, *Epistemología y Derecho*, con prólogo de Antonio Hernández Gil, apareció en 1982, y en el se dibuja ya con claridad la peculiar orientación que ha impreso a buena parte de su investigación, buscando una convergencia entre el ámbito del derecho y el de la reflexión filosófica sobre el conocimiento científico, esferas que en su conjunción han hecho posibles muchos de los desarrollos más personales de la obra de nuestro autor.

Su interés por el análisis de los procesos normativos, y el reconocimiento de la variedad de formas que éstos adoptan, le llevó a estudiar comparativamente el mundo jurídico y la actividad lúdica humana en su libro, luego traducido y ampliamente divulgado, sobre

*Las Reglas del Derecho y las Reglas de los Juegos. Ensayo de Teoría analítica del Derecho* (1987), obra que ha tenido una importante presencia en el mundo latinoamericano.

Poco después da a luz uno de sus libros más divulgados y leídos, su *Introducción a la Teoría del Derecho* (1988), que ha conocido ya numerosas reediciones hasta el presente. Y fruto de sus reflexiones en el terreno propio de su especialidad, es también sin duda su interesante escrito sobre *Las limitaciones de la teoría pura del derecho* (1989), así como el más reciente de *El Derecho como texto. Cuatro estudios de Teoría comunicacional del Derecho* (1998), cuyo título dice bien a las claras cuál es la preferencia teórica de nuestro autor, acerca de la cual hemos oído valiosas reflexiones en el discurso que terminamos de escuchar. Y no quiero omitir la mención a su *Teoría del Derecho*, (1998-2006) libro escrito pensando en el estudiante, con el que se dialoga a través de todas sus páginas, y al que se estimula con cuestiones y sugerencias.

También le han interesado temas directamente relacionados con los recientes desarrollos políticos europeos, y así, debemos mencionar su monografía de dogmática jurídica titulada *Los derechos fundamentales en la Comunidad Europea* (1988), así como otra referida a *Los derechos fundamentales y la ética en la sociedad actual* (1992).

La lista se alargaría de no mediar el imperativo de brevedad a que esta contestación debe por fuerza someterse. Mencionemos, con todo algunas obras en que se manifiesta su interés por el mundo doctrinal jurídico del presente (es el caso de su obra *El Pensamiento Jurídico Contemporáneo*, 1992), así como por el ámbito interdisciplinar de la *Sociología del Derecho* (1993), con páginas muy interesantes acerca del tema.

Nuestro autor ha desplegado muchas otras actividades académicas, como conferenciante, organizador de reuniones, y promotor de espacios para el intercambio de ideas y de doctrinas. Así, con varios colegas, fundó en 1991 un Seminario de Filosofía del Derecho (SFD), de cuya asociación promotora es actualmente presidente.

Es, además, miembro correspondiente del Instituto "Hans Kelsen" de Viena y del "Advisory Committee" de las *Hans Kelsen-Werke* como gran conocedor e investigador de la obra del gran teórico del mundo jurídico contemporáneo. Igualmente lo es del Instituto Europeo de Psicología Jurídica de Zúrich (Suiza), de la Asociación Alexander von Humboldt de España, y de la Asociación Fulbright. Pertenece al comité

editorial de importantes revistas especializadas —*Ars Interpretandi. Annuario di ermeneutica giuridica*—, y, en definitiva, mantiene una intensa actividad docente e investigadora que ha logrado muchos reconocimientos internacionales de primer orden.

Pero vengamos a cuestiones más doctrinales.

### Sobre su obra

En su juventud, en las primeras décadas del siglo pasado, Ortega formuló un principio general para la actividad intelectual de sus contemporáneos: “o se hace literatura, o se hace precisión, o se calla uno”.

Como anillo al dedo, estas palabras vienen a ajustarse a la obra de nuestro nuevo compañero. Porque, como creo haber dicho ya, figuran en su curriculum varias novelas, de aventura y misterio, junto a muchos trabajos que son pura faena de “precisión”. Porque, en el campo de su especialidad, como ya lo vió hace años con perspicacia el gran jurista Antonio Hernández Gil, en el prólogo a uno de los libros de nuestro autor, éste “coloca en primer término la reflexión epistemológica. Por eso, aunque temáticamente el contenido de su obra es heterogéneo, hay en él unidad de discurso y de sentido” (Hernández Gil, 1982). Esas palabras me parece que valen para la totalidad de su obra intelectual.

En el campo de su especialidad, nuestro nuevo académico ha dejado claro, en repetidas ocasiones, cuál es su objetivo y cuál es su objeto. No se ha andado con medias tintas. Distinto y distante de lo que han venido siendo el iusnaturalismo y el positivismo jurídico, como jalones extremos que definirían de modo contrapuesto su campo, su “propuesta sustitutoria” la resume a mi entender en estas palabras: “La Filosofía del Derecho —o, como preferimos llamarla, la Teoría del Derecho— es análisis del lenguaje de los juristas” (Robles, 2003, 34). A fines del siglo XVIII, el filósofo Condillac, gran figura del sensualismo, dijo ya, en su libro sobre *La Lengua de los Cálculos* que “estudiar una ciencia no es más que aprender una lengua bien formada” (Condillac, 1805, 135). De ahí que el objeto que busca nuestro compañero en sus análisis es, justamente, aquella condición del Derecho como lenguaje bien hecho, esto es, el Derecho como ciencia y no sólo como norma. El puede repetir, haciéndolas suyas, las palabras de Kant: “una doctrina jurídica únicamente empírica es (como la cabeza de madera en la

fábula de Fedro) una cabeza que puede ser hermosa pero que lamentablemente no tiene seso” (Kant, 1989, 38).

A reflexionar científicamente sobre el derecho, precisamente, ha dedicado su discurso. Consideremos brevemente lo que en él se nos termina de decir.

### **Análisis del discurso**

El discurso contiene en su título tres conceptos. Comunicación, lenguaje, derecho. Los tres marcan la perspectiva original del pensamiento de nuestro autor. Y, para su comprensión correcta, creo que hay que empezar del revés.

El sentido de esta doctrina consiste en atender a la realidad factual del derecho. Este se presenta, para los ojos del investigador, como un “texto”, esto es, como un sistema de normas, formalizadas y expresada mediante lenguaje, que regulan la sociedad, y que, por su condición intrínseca de “lenguaje” son susceptibles de análisis e interpretación o hermenéutica. Es claro que todo lenguaje entraña un acto y un marco comunicativos, como proceso de decir alguien algo a algún otro. De ahí que ese marco último y general haya de ser, precisamente, el de la comunicación.

Para nuestro autor, un ordenamiento jurídico es un conjunto de textos que conforman un texto global. Los textos que lo componen se generan, dice en muchos lugares de sus escritos, y nos lo ha recordado aquí esta tarde, se generan, repito, “a golpe de decisión”, cada una de las cuales es en sí un proceso comunicacional. De ahí la denominación que ha buscado para su doctrina, de *teoría comunicacional del derecho*.

El derecho, como la ciencia, son “espíritu objetivo”, como diría Hegel. Contienen ambos una carga hondísima espiritual de sentido y conceptualización relativa a la realidad ; pero ambos son algo objetivado, puesto ahí, ante los hombres, con sustantividad propia que hace de ellos una “res”, una “cosa” con estructura, sentido y configuración propios. Pero son también, en una dimensión básica, saber publicado o publicitado, o como llamó Ziman a la ciencia, “public knowledge”, conocimiento público (Ziman, 1968). Es justamente una realidad publicada y pública, a la que cabe siempre recurrir para fundamentar nuestra vida en sociedad.

Su publicación es posible mediante un lenguaje. Será un lenguaje específico, que cultivan y manejan los juristas, aunque trascienda en mayor o menor medida al cuerpo social, y que esencialmente establece preceptos, reglas, mandatos, deberes, con que se ordena la convivencia de la comunidad.

Permítaseme traer aquí de nuevo algunas palabras del discurso que acabamos de escuchar:

“Todas las directivas se caracterizan por tener una estructura formal similar, consistente en que un emisor emite un mensaje dirigido a un receptor en una situación determinada con la intención de que algo sea de determinada forma o de que el receptor haga algo”.

Al asumir esta estructura situacional, y esa dimensión esencial imperativa o normativa, el gran trabajo que se extiende ante los ojos del científico del derecho va a ser la construcción del más completo y correcto “corpus” de normas, hallando en cada caso precisamente las expresiones que más ajustadamente se refieren a la situación, experiencia o vivencia que en cada caso se pretende regular. Semejante tarea constructiva tiene una base social. Como ha escrito en una ocasión, comienza a haber un “ordenamiento jurídico”, que genera decisiones y crea un sistema de normas, “cuando se acuerda en una sociedad quién manda, quién tiene el poder supremo”, esto es, cuando “se genera una nueva constitución” (Robles, 2008, 56).

Nuestro filósofo del derecho, que prefiere a sí mismo verse como un científico del derecho, pone en el centro de su preocupación la construcción de “una lengua jurídica bien hecha”. Tal propiedad sobrevendrá cuando sus decires sean precisos, sin ambigüedad ni anfibología algunas, cuando las acciones preceptuadas sean cumplibles, y además sean aquellas que pueden permitir obtener los resultados sociales deseados. Y, en fin, cuando se extienda su ámbito semántico al ámbito de la acción interpersonal significativa dentro de la convivencia humana, de modo que no se produzcan lagunas ni espacios vacíos de regulación.

El decir jurídico se inserta de pleno derecho en una situación humana de convivencia y comunicación. Ordena y organiza esa convivencia; impone, llegado el caso mediante el uso de la fuerza, determinadas acciones, y abre un campo de libertad, donde el primer deber propio es el del respeto al derecho del otro, y ambos bajo una norma común. Kant lo dijo muy bien: “el derecho es el conjunto de condiciones bajo las cuales el arbitrio del uno puede conciliarse con

el arbitrio del otro, según una ley general de libertad (*nach einem allgemeinen Gesetze der Freiheit*, Kant, 1997, 46)". Pero, ¿cuántas de tales condiciones no serán "pre-jurídicas", si se ha de establecer primero la situación de comunicación que el profesor Robles contempla como escenario para que surjan los decires imperativos ?

Debo confesar, ante esta obra por tantos sentidos admirable, y tan sólidamente construida, mi personal sentimiento de melancolía, al recordar que nuestro nuevo compañero, como ha declarado en su discurso, inició su andadura en el campo de problemas de su especialidad con una tesis sobre el derecho según el pensamiento de Ortega y Gasset, y, en base a su personal sentido crítico, decidió mantenerla inédita, produciéndose así, a mi entender, una cierta laguna que algún día estoy seguro de que habrá de ser llenada.

Mi sentimiento no entraña censura ni crítica alguna a la obra que ya es. Apunta, más bien, al complemento intelectual que pienso que podrá sin duda recibir de un pensamiento como el de Ortega, centrado sobre la vida humana y su condición histórica.

La situación de comunicación, en efecto, a que aquí se apela para situar en su debido contexto interpretativo al conjunto de decires que forman un ordenamiento jurídico, es siempre una situación vital, y la comunicación un proceso que acontece en la vida humana, a una cierta altura histórica de creencias, y desde una cierta cosmovisión o *Weltanschauung*.

El ordenamiento jurídico, se nos dice, comienza cuando hay, dentro de esa situación histórica, vital, un poder vigente, y por lo tanto, una cierta creencia acerca del poder. Por consiguiente, no podemos dejar de pensar que los decires jurídicos se apoyan y sostienen, de alguna manera, en las convicciones o creencias que son vigentes en una sociedad, y cuya evolución histórica impondrá, forzosamente, la necesidad de cambio en el ordenamiento hasta entonces dominante. Al igual que Thomas Kuhn (1971) mostró con evidencia que en la ciencia el modelo explicativo vigente en un cierto período para un campo de fenómenos, el paradigma dominante, hace posible el desarrollo normal científico en ese campo mientras no surge una discrepancia empírica incompatible con los supuestos del modelo, que fuerce a una "revolución" y ascenso de un nuevo paradigma, también en el orden histórico cabe ver distintos 'paradigmas' o modelos de derecho, que han cruzado por el horizonte histórico, mostrando con su variación la radical historicidad del ser humano que los genera, obedece y luego abandona y olvida.



Hay, en la obra orteguiana, una honda preocupación por el derecho, visto desde su dimensión histórico-social, sobre todo abierto al hondo problema de aquellas horas históricas donde el derecho parece entrar en crisis. Permítaseme, brevemente, recordar algunas de las ideas orteguianas al respecto.

A propósito de unas reflexiones sobre el Imperio Romano, incitadas por el admirable estudio de Rostovtzeff sobre esa época que apareciera entre las dos guerras mundiales, nuestro filósofo pone ante nuestros ojos, a cámara velocísima, la sucesión de situaciones por donde discurrió la creencia sobre el poder y el mando en el mundo romano, en los siglos que precedieron al Imperio. Así hace ver que la gran construcción del mundo del derecho romano, que tiene lugar durante la República, entre los siglos VIII al I a C., habría estado dominada por el rechazo de las formas de poder personal que imperaron durante la monarquía, y la radical convicción de que el poder impersonal de la “ley” debía dominar a todos sin restricciones. Ortega recuerda la tesis de Cicerón, según la cual “la ley es el magistrado mudo, y el magistrado, la ley que habla”; la vida de los hombres está así ordenada por un poder sobreindividual, que no es personal, en torno al cual hay una esencial ‘concordia’ o acuerdo, y que crea así un orden de libertad. “Para el romano el Derecho no es Derecho porque es justo, sino al revés: lo justo es justo porque es Derecho” (Ortega, OC, IX, 220). En la Roma clásica, republicana, sostiene Ortega, el derecho vino a ser “justo” porque era ‘derecho’, porque era “vigencia invariable de cuyo cumplimiento y permanencia el individuo podía estar seguro” (Ibid.). La ley, inamovible, impersonal, soberana, había sido establecida por el poder social legítimo y era vivida como la realidad básica sobre la que era posible fundar la vida de cada cual.

Frente a esa situación de creencia compacta en la ley y el derecho en ella fundado, nuestro filósofo no duda en contraponer la situación vivida en Occidente desde el siglo XVIII. “Pues hacia 1750 en Francia y media centuria después en las demás naciones se dió en la manía de creer que el Derecho es Derecho *porque* y *si* es justo, donde justo significa ciertos *desiderata* de orden moral y ético, utópico y místico, por sí ajenos totalmente al Derecho como tal” (Ortega, OC, IX, 223).

Poco después de aquella fecha, se me ocurre pensar, Rousseau publica su *Contrato Social*. Allí hace ver cómo sobre el estado de naturaleza, en que se impone la fuerza, y donde las limitaciones y la

inseguridad reinan por doquier, los hombres se han asociado, han generado una nueva entidad, la comunidad política, mediante un pacto social, y con ello ha nacido un poder que no viene de la fuerza bruta, sino del acuerdo de los ciudadanos para crear la sociedad. Ese derecho está sometido a la voluntad general, y no puede invadir los límites de los contratos generales, esto es, no puede invadir el círculo inalienable del individuo como tal. Como en su *Filosofía del Derecho* comentó Recasens Siches, valiosa figura del primer círculo orteguiano, en la obra del ginebrino “el orden jurídico positivo podrá articularse de múltiples y variadas maneras justas; mas para que sea justo, deberá de ser de tal suerte que pueda ser pensado como si se basara en un contrato social consagrador y garantizador de la libertad” (Recasens, 1959, 438).

La suposición de la existencia del hombre en un estado de naturaleza previo al estado de vida social había de convertir todas las instituciones sociales en realidades “artificiales” (Simon, 1973), instrumentos al servicio de la vida, pero rectificables y modificables en todos sus extremos. De ahí que el nuevo derecho no sea ya la ley inamovible e inmutable que encontraba ante sí el romano, sino la norma que debe respetar y promover la libertad, y sostener y proteger la condición de ciudadanos iguales y libres, como el ciudadano ginebrino Rousseau postulaba para el género humano. En cambio, en la Revolución Francesa, la lengua del poder buscará “convertirse inmediatamente en la lengua del Derecho” (García de Enterría, 2001, 31). Así es la historia de maleable.

La razón histórica, afirmaba Ortega, nos permite comprender las realidades humanas, constituídas dentro de la vida de cada cual. Así advertimos aquí que la realidad del derecho, esencial en la construcción de la convivencia social y factor central en todo proceso de socialización, se ha de situar en el marco cambiante y fluyente de las creencias de las sociedades, susceptibles de cambio a través de los hondos procesos de crisis históricas.

Podría ayudarnos tal vez a comprender las grandes actitudes sobre el derecho recién mencionadas, la inmovilista y la reformista, por así llamarlas, la aguda caracterización que, atribuyéndola a V. Steffle, ofrecen los psicólogos sociales Shweder y Miller (Shweder y Miller, 1985, 41) sobre los modos de categorizar las realidades. Según estos autores, habría “teorías realistas”, que categorizan el mundo de cierto modo “porque creen que el mundo es como es”; habría otras innatis-

tas, que subrayan un modo de ver las cosas “porque los hombres son como son”; y, en fin, habrá quienes lo categoricen de una manera propia, porque piensan que los individuos “han participado en prácticas sociales, instituciones, y otras formas de acción simbólica... que presuponen o hacen que destaquen” las categorías que emplean.

Esta última visión transaccional de los procesos de pensamiento y categorización se nos viene imponiendo crecientemente, desde que las investigaciones sobre la génesis biosocial de la mente nos permiten comenzar a entrever los procesos de construcción social de la personalidad, incluida su dimensión interiorizante de normas, reglas y valores.

Nuestro tiempo contempla en las naciones civilizadas un inquietante proceso de ascenso de las formas de violencia y conflicto sociales. Se va convirtiendo en tópico propio de los medios de comunicación la idea de que muchos de los adolescentes y jóvenes hoy carecen de modelos interiorizados de figuras de respeto, así como de sensibilidad empática que les permita compadecer y consentir con personas de su inmediato entorno. Son jóvenes que, en razón de las dimensiones emocionales de su personalidad, fruto de un desarrollo evolutivo en circunstancias poco o mal estructuradas, no han asumido sentimientos de respeto hacia personas de autoridad, ni les repugna el dolor y el padecimiento de los otros, que en muchas ocasiones representa sólo la satisfactoria confirmación del propio poder con que el individuo se produce respecto del círculo de sus interacciones personales.

Nada de esto afecta directamente, bien lo sé, a la doctrina rigurosa de análisis lingüístico que a propósito del ordenamiento jurídico acabamos de oír. La investigación científica es siempre una actividad que comienza por establecer niveles operativos bien diferenciados, para evitar confusiones entre los elementos a los que hace referencia en cada caso, y para posibilitar la descripción de los fenómenos interactivos dentro de los distintos niveles.

Pero también se nos ha dicho esta noche, al caracterizar la teoría comunicacional que nuestro colega ha venido elaborando con tanto fruto, que es propósito central de esa teoría “construir modelos cognoscitivos que nos permitan ver mejor el mundo que nos rodea” (Disc. 61). Y para cumplir con ese propósito, se hace preciso dar razón de estas nuevas actitudes ante la justicia y ante la ley, que parecen ir creciendo entre las generaciones más recientes. Tal vez estos

problemas surgidos en nuestras sociedades nos obliguen a buscar un nuevo lenguaje regulativo si hemos de ser capaces de transmitir a quienes nos suceden, de un modo vivaz y eficiente, una conciencia de respeto y a la vez de apropiación personal de la ley. Los juristas clásicos decían: “*Leges ab omnibus intellegi debent*”, las leyes deben ser comprendidas por todos. Nuestro mundo se está moviendo mucho y en muchos planos, y entre ellos, muy significativamente, en el de las relaciones entre las personas y la ley. Necesitamos, por ello, de los científicos del derecho, y de los expertos en el lenguaje de las normas, orientaciones que nos iluminen y nos permitan dar nueva vida al derecho en el fondo de todos los espíritus, encontrando tal vez palabras nuevas que vengan a mantener el espíritu de la tradición. Lo sabe muy bien nuestro nuevo colega, cuando acertadamente ha escrito: “la investigación sociológica de los valores es imprescindible para conocer la situación real del sistema jurídico y su implantación social. Aquí la sociología empírica del derecho se enfrenta ante un campo prácticamente inexplorado...” (Robles, 1993, 245).

Aquel propósito de “ver mejor el mundo que nos rodea” es además una expresión feliz que viene a explicitar el sentido profundo que constituye la razón de ser de nuestra Academia. Esta, en efecto, entiende que el conjunto de disciplinas que en ella están representadas, y que tienen al hombre y a la sociedad por objetos centrales de su atención, aspiran, indudablemente, a construir modelos cognoscitivos, doctrinas y conceptos, con que poder cumplir la vieja aspiración que Augusto Comte asignara a todo saber científico: saber para prever, y prever, para poder, en el orden de nuestro mundo circundante, histórico y social.

Debo terminar.

Me siento personalmente ilusionado al pensar que llega a esta Casa una persona que posee un tan alto y amplio bagaje de conocimientos sobre la realidad humana y social del Derecho, y que ha desarrollado en sus investigaciones una metodología de análisis tan fecunda como viene siendo desde hace décadas el análisis lingüístico de la ciencia.

Estoy seguro de que con su llegada, la Academia se enriquece con una personalidad que ha probado reiteradamente en sus trabajos y sus obras su singular competencia en los ámbitos de la filosofía, el derecho, y la filosofía del derecho, y tiene además imaginación y sen-

sibilidad de novelista, todo lo cual le pone en admirable posición para contribuir, de modo fecundo, a esa tarea de comprender nuestro mundo histórico y social que esta Casa viene desarrollando desde su fundación.

Permítaseme, pues, decir, de modo a la vez sincero y reglamentario: ¡Bienvenido sea a esta Real Academia de Ciencias Morales y Políticas el Excmo. Sr. D. Gregorio Robles Morchón!

He dicho.



- CONDILLAC, E.: *La lengua de los cálculos*, Madrid, Imprenta de Ruiz, 1805.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, E.: *La lengua de los derechos: La formación del Derecho Público europeo tras la Revolución Francesa*, Madrid, Civitas Ediciones, 2001.
- HERNANDEZ GIL, A.: Prólogo a Robles Morchón, G., *Epistemología y Derecho*, Madrid, Pirámide, 1982.
- KANT, I.: *Introducción a la teoría del derecho*, ed. F. González Vicen, Madrid, Marcial Pons, 1997.
- *La metafísica de las costumbres*, ed. de A. Cortina, Madrid, Tecnos, 1989.
- KUHN, T.: *La estructura de las revoluciones científicas*, México, Fondo de Cultura Económica, 1971.
- ORTEGA, J.: *Obras completas*, 1ª ed., Madrid, *Revista de Occidente*, vols. I-XI, vol. VI, “Del Imperio Romano”; vol. IX, “En Torno a Toynbee”, 1947.
- RECASENS SICHES, L.: *Filosofía del Derecho*, México, Porrúa, 1959.
- ROBLES, G.: *Sociología del derecho*, Madrid, Civitas, 1993.
- *Introducción a la teoría del derecho*, Madrid, 6 ed. Debate, 2003.
- *El derecho como texto. Cuatro estudios de teoría comunicacional del Derecho*, 2 ed. Madrid, Thomson, 2006.
- *Teoría del Derecho. Fundamentos de teoría comunicacional del Derecho*, vol. I, reimp Madrid, Thomson, 2008.
- SHWEDER, R. y MILLER, J.G.: “The social construction of the Person: How is it possible?”, en Gergen, K.J. y Davis, K., eds. *The social construction of the person*, New York, Springer, 41-69, 1985.
- SIMON, H.A.: *Las ciencias de lo artificial*, Barcelona, A.T.E., 1973.
- ZIMAN, J.: *Public knowledge. The social dimension of science*, Cambridge, Cambridge U. Press, 1968.