

# **COMUNICACIÓN, LENGUAJE Y DERECHO.**

## **ALGUNAS IDEAS BÁSICAS DE LA TEORÍA COMUNICACIONAL DEL DERECHO**

Por el Académico de Número  
Excmo. Sr. D. Gregorio Robles Morchón\*

*Señores Académicos,*

La fortuna y, sobre todo, la generosidad de ustedes han hecho posible que se me abran las puertas de esta venerable institución. En esta para mí hora inicial no quisiera abrumarles declarando la humildad con que a ella llego, habida cuenta de los escasos méritos que poseo, de cuya levedad por otra parte soy bien consciente. Sí deseo, en cambio, transmitirles mi agradecimiento y mi entusiasmo.

Siendo muy joven, en esa edad en la que cada cual se ve forzado a tomar decisiones trascendentes para su propia vida, resolví, no sin cierta temeridad, seguir el camino que me atraía con una fuerza superior a cualquier otra y que solemos darle el nombre solemne de vocación. Si las profesiones son cauces estereotipados, canales que la sociedad ofrece a los individuos para hacer posible su funcionamiento, la vocación es inclinación personalísima rayana en el instinto y en la intuición. El problema reside en encontrar un camino concreto que las haga compatibles.

Desde muy temprano tuve claro que mi vocación me conducía al estudio de las ciencias sociales y de su relación con la filosofía. Tras cuarenta años dedicados sin desmayo a esa labor, les puedo decir que la recepción en esta Academia es para mí no sólo un honor, eso es algo evidente, sino ante todo el reconocimiento de que no me he equivocado o, por lo menos, de que no me equivocado del todo. De ahí mi gratitud hacia todos ustedes y en especial hacia los tres Académicos que

---

\* Resumen del Discurso de Ingreso leído en la Sesión Pública del día 3 de noviembre de 2009.

tuvieron la gentileza de presentarme: Don Jesús González Pérez, Don Dalmacio Negro Pavón y Don Julio Iglesias de Ussel. Asimismo expreso mi reconocimiento a Don Helio Carpintero Capell por tomar sobre sí la tarea de contestar a este discurso. Es éste un momento en el que no puedo dejar de expresar mi gratitud a tantas personas que a lo largo de mi vida me han ayudado, y sin las cuales nada de lo bueno que pueda haber en ella habría sido posible. En primer lugar, a mi familia, sobre todo a mis padres y a mi mujer.

En segundo lugar, a algunos profesores y amigos que me apoyaron en momentos decisivos o me dijeron una palabra de aliento.

Al concedérseme una medalla de nueva creación no tengo predecesor del que glosar su obra y biografía. Séame entonces permitido un breve recuerdo de dos Académicos a los que considero mis maestros, uno de ellos inmediato y cotidiano, el otro indirecto e idealizado pero no por eso menos presente en mis estudios. Me refiero a Don Luis Legaz y Lacambra y a Don José Ortega y Gasset.

Don Luis Legaz tomó posesión en esta Academia el 24 de Mayo de 1964, con un discurso titulado *Socialización*. Había nacido en Zaragoza en 1906 y falleció en Madrid el 4 de Mayo de 1980. Fue mi profesor de Filosofía del Derecho y director de mi tesis de doctorado sobre la Filosofía social, política y jurídica de Ortega. Autor de una ingente obra en el campo de la Filosofía jurídica, me orientó desde el comienzo de mi formación como profesor de la Universidad hacia algunos de los autores que han sido mi guía desde entonces. Junto al admirado Ortega, en sus clases tuve la oportunidad de oír sus inteligentes comentarios sobre Tomás de Aquino y Francisco Suárez, sobre Miguel de Unamuno y Xavier Zubiri, sobre Hans Kelsen, Max Weber y Karl Mannheim. A él además le debo la sugerencia de realizar estudios en Alemania con Arthur Kaufmann, donde pronto tuve la oportunidad de estudiar las obras de Ludwig Wittgenstein y de Hans-Georg Gadamer.

Y respecto a Ortega, aunque por razones de edad no tuve la suerte de conocerlo, desde adolescente fui lector asiduo de sus obras. Muy tempranamente me fascinaron *La rebelión de las masas* y también *El hombre y la gente*, dos obras de gran aliento que, por sí solas, hacen de su autor un clásico del pensamiento social y político. El paso de Ortega por esta Academia va acompañado de un cierto halo de misterio, si esta expresión es pertinente en asuntos académicos, de por sí tan poco misteriosos. Electo en 1914, a la edad de 31 años, se declara vacante su plaza por haber transcurrido el tiempo fijado en los Estatutos sin que presentara su discurso de recepción. Se le elige por segunda vez cuatro años después, esto es, en 1918, presenta entonces su discurso, pero no llega a tomar posesión. Dicho discurso se ha publicado recientemente en la nueva edición de sus *Obras Completas*. Ocupa 34 densas páginas y su asunto es el problema de los valores y de su conocimiento, al cual Ortega denomina Estimativa.

Siguiendo la estela del gran filósofo del raciovitalismo puede afirmarse que el derecho aparece en la vida humana, y en concreto en la vida social. Recaséns Siches decía que el derecho es “vida humana objetivada”, y Legaz, que es “forma de vida social”. Hay que preguntarse entonces: ¿Cómo es posible esa objetivación de la vida? ¿De qué manera se presenta la vida social como “forma”?

La respuesta a esta pregunta, que intentaré desarrollar a continuación, es que el derecho se manifiesta formalmente como un conjunto de procesos de comunicación que se concretan en una pluralidad de discursos cuya referencia constante es el ordenamiento. Dicho con palabras más sencillas: el derecho es un fenómeno comunicacional y, como tal, su expresión natural es el lenguaje.

No son estas afirmaciones algo así como una proclama ontológica. Nada más lejos de mi intención tratar de desvelar la “esencia” del derecho. Mi propósito es mucho más modesto, y se limita a subrayar que, independientemente de la concepción ontológica o metafísica que se pueda defender, parece algo incontrovertible que la expresión genuina de todo fenómeno jurídico es el ser cauce o canal de comunicación entre los humanos. La concepción inspirada en el positivismo de que el derecho es, antes que nada, un orden coactivo de la conducta humana, debe dar paso, en mi parecer, a otra que, sin desdeñar la presencia de las sanciones, subraye como centro de su reflexión la idea de que toda realidad jurídica es una manifestación de la convivencia humana y, como tal, un modo de entenderse.

Si decimos que el derecho es un medio social de comunicación entre los humanos, estamos diciendo que es lenguaje, pues no hay otra manera de comunicarse sino a través de éste. Ahora bien, afirmar esto es decir demasiado poco, ya que toda realidad humana se expresa a través de algún tipo de lenguaje. Por eso, hay que dar un paso adelante para subrayar dos aspectos. El primero es que toda expresión jurídica nace a la vida por medio de palabras. ¿Qué es una constitución sino un conjunto de palabras dictadas por el poder constituyente? ¿Y la ley, qué es sino otro conjunto de palabras emitidas por el legislador? ¿Y acaso la sentencia de un juez no es un conjunto de palabras de éste? Si suprimimos las palabras nos quedamos sin derecho. El segundo aspecto es que ese lenguaje es un lenguaje peculiar, en concreto, el de una clase profesional, los juristas. Por esa razón la teoría comunicacional del derecho se autodefine como análisis del lenguaje de los juristas.

¿Qué tiene de peculiar dicho lenguaje? Para contestar a esta cuestión es necesario responder antes a esta otra: ¿quiénes son los juristas?

Entendemos por juristas todos los profesionales del derecho, sin excepción, tanto los prácticos como los teóricos, y tanto los creadores de las normas como los que las aplican. Se trata, pues, de un concepto sumamente amplio, que es reflejo de la complejidad del propio derecho. Juristas lo son el poder constitu-

yente y el parlamento, los jueces y los abogados, los notarios y los registradores, los funcionarios de las administraciones, los asesores legales, los profesores y los autores de libros doctrinales. En fin, jurista es quien, por su profesión, tiene que ver con el mundo del derecho.

Esta clase profesional maneja un lenguaje propio que posee la característica de que, además, forma también parte del lenguaje común. Si en una reunión habla el ingeniero, todos los demás callan; si habla el médico, intervienen también los que leen las secciones de los periódicos dedicadas a la salud; si habla el abogado, todo el mundo da su opinión y entra en el debate con vehemencia. ¿Cómo es esto posible, acaso el derecho no es lo suficientemente enrevesado como para que calle quien no ha dedicado largos años a su estudio? Hay que comprender, sin embargo, que el derecho no es que esté en la vida, como lo está todo, sino que es la vida misma que se manifiesta cada día. El lenguaje jurídico, por este motivo, al mismo tiempo que es un lenguaje técnico forma parte del lenguaje común que sirve para entenderse en las relaciones humanas de todo género. Es el lenguaje de sesudos libros, producto de inteligencias sutiles y de prolongados esfuerzos, y es asimismo el lenguaje que nos sirve para comunicarnos todos los días en las relaciones con los demás.

El lenguaje se concreta en las lenguas, que son las que propiamente existen. Nadie habla “el lenguaje”, sino una o varias lenguas. El término “lenguaje” es un nombre para designar al conjunto de las lenguas o, si nos expresamos con la máxima generalidad, para designar al conjunto de los sistemas de signos. Algo similar sucede con el derecho. Éste no tiene una existencia real (permítaseme decir figurativamente: “nadie ha visto nunca el derecho”), sino que es un nombre designativo de la pluralidad de ordenamientos jurídicos que ha habido, hay y presumiblemente habrá. O, para ser más exactos, diré que el derecho es una palabra, un nomen, que sirve para designar la pluralidad de ámbitos jurídicos posibles. La teoría comunicacional del derecho supone, por consiguiente, una concepción nominalista.

El lenguaje jurídico se manifiesta, como es usual en todo lenguaje, en tres formas: como lenguaje oral, como lenguaje escrito y como lenguaje mímico. Ejemplos del primero son el derecho primitivo, propio de las comunidades carentes de escritura, la costumbre en su manifestación primera y asimismo cualquier expresión hablada que se refiera a la interpretación o aplicación de un ordenamiento jurídico. Los ejemplos del lenguaje jurídico escrito son múltiples: las leyes, los reglamentos, las sentencias judiciales, las escrituras públicas, los documentos de todo tipo, las demandas procesales, los tratados doctrinales. Del lenguaje por signos, tenemos las señales de circulación, la de prohibición de fumar y otras similares. En el derecho moderno predomina de modo aplastante la escritura. En todo caso, sea cual sea la manifestación lingüística de un acto o fenómeno jurídico cualquiera, es siempre susceptible de verbalización y, por tanto, de ponerse por escrito. Por ese

motivo, decimos que el derecho se manifiesta en textos, y que la teoría comunicacional del derecho, como análisis del lenguaje de los juristas, es una teoría de los textos jurídicos. Nos encontramos así con la necesidad de que el análisis se abra a la hermenéutica.

Puede sostenerse que texto lo es toda realidad, incluso la natural, y que las ciencias naturales no son otra cosa que interpretaciones de aquella. Recuérdese la afirmación de Galileo según la cual la naturaleza es un libro escrito en lenguaje matemático. Pero ahora nos conformaremos con un concepto de texto que, si bien posea amplitud, no llegue a abarcar también dicha realidad natural. Llamaremos texto a toda obra humana que, como tal, implica un sentido o significado a cuya comprensión se accede por medio de la interpretación. Texto será entonces toda acción humana y en consecuencia toda obra realizada por el hombre, puesto que la obra es el resultado de la acción. Entre las obras humanas destacan las escritas, de especial relevancia en el derecho moderno.

La escritura constituye una característica del derecho actual. Éste se manifiesta como un conjunto de textos escritos, entre los cuales destacan el texto ordinamental y el texto sistémico. Pero la pluralidad de procesos comunicacionales no se agota en ellos, como vamos a comprobar enseguida. Dicho en otras palabras: Todo ámbito jurídico conlleva un conjunto complejo de procesos comunicativos de los cuales el eje central está formado por los dos textos básicos: el ordenamiento y el sistema. En relación con ambos se producen además otros textos que adquieren su sentido jurídico precisamente por su conexión con ese eje hermenéutico.

El texto constante de referencia en todo ámbito jurídico lo forma el ordenamiento. El texto ordinamental se genera a golpe de decisión. Cada decisión generadora de texto es un acto comunicativo por medio del cual una autoridad o poder emite sus órdenes. Así, el poder constituyente, mediante el acto comunicativo de promulgar la constitución, genera el texto constitucional; el poder legislativo, mediante el acto comunicativo de promulgar la ley, genera el texto legal; los jueces, mediante los actos comunicativos de decir el derecho para el caso concreto, generan los textos de las sentencias, etc. Todo ese conjunto de textos concretos forman cada día un texto total que es el ordenamiento jurídico.

El ordenamiento jurídico es así un texto global o total, una totalidad textual que cambia cada día. Es, por tanto, un texto abierto. Es, además, un texto algo desorganizado y en gran medida necesitado de refinamiento y aclaración. Es, podemos decir, un "texto en bruto" que precisa de una elaboración conceptual y sistemática. Para entendernos, puede afirmarse que el ordenamiento es el derecho vigente en un país, tal y como sale de los boletines oficiales. Precisamente porque surge a golpe de decisión de diversos sujetos con competencia para decidir y en tiempos y con mentalidades diferentes, no queda garantizada su coherencia interna ni tampoco su

interpretación unívoca. Ambas, la coherencia interna y la interpretación única de los preceptos, son ideales inalcanzables. Todos los juristas lo sabemos y somos conscientes del estupor que produce en la gente las incoherencias y contradicciones.

La función del sistema es justamente solucionar esa situación o, por lo menos, paliar sus efectos. Si de toda sociedad organizada autónomamente puede decirse que tiene su propio ordenamiento, no es posible afirmar que tenga además un sistema doctrinal. La elaboración sistemática del derecho es un rasgo de las sociedades con un elevado nivel de civilización. En la nuestra los primeros intentos se remontan a la jurisprudencia romana del período clásico y comienzan a tener verdadera solidez a partir de la recepción europea del derecho romano en las postrimerías de la Edad Media. Al período codificador y constitucionalista le precede un intenso trabajo de la doctrina, y tras dicho período y como consecuencia de la aparición de las constituciones y de los códigos, los sistemas doctrinales, tanto en el derecho público como en el privado, llegan a su existencia actual, de gran florecimiento. El sistema jurídico se refiere al ordenamiento, lo refleja y lo perfecciona, explicitando el sentido de sus preceptos. Es el texto global que podemos llamar “elaborado”, más “inteligente” que el ordenamiento y en el cual los operadores jurídicos encuentran las respuestas más perfiladas para los casos concretos.

He dicho que el derecho se manifiesta en textos, y que el eje textual básico de todo ámbito jurídico lo constituye la dualidad que forman el ordenamiento y el sistema. Ambos son textos con caracteres peculiares que los distinguen de otros tipos de textos. Detengámonos un poco en subrayar algunas de esas diferencias, para lo cual habrá que recordar las funciones principales del lenguaje y, por consiguiente, de los textos.

Simplificando algo, puede afirmarse que entre las funciones básicas del lenguaje figuran las de describir, conmover, persuadir y dirigir. Entenderemos estos términos en su sentido más amplio.

Un acto comunicativo de carácter descriptivo es aquel que sirve al emisor del mismo y, por consiguiente, del texto que es su resultado, para decir cómo son las cosas. Textos descriptivos son un libro de geología, una monografía de historia y una novela; aunque en los tres casos mencionados sería fácil destacar algunos matices que los distinguen. Pues mientras que en la geología se describen piedras, minerales y estratos, en la historia se describen acciones y actitudes humanas con pretensiones de reflejar la verdad de lo que pasó, y en la novela se describe también ese tipo de acontecimientos y situaciones pero sin la pretensión de que lo narrado exprese sucesos reales.

En segundo lugar, están los textos cuya función es conmover el ánimo del oyente o del lector. Aunque no son los únicos, los textos que típicamente tienen esa

misión son los poéticos. Con ellos su autor intenta transmitir sentimientos de diversa especie. 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 (como cuando Espronceda exclama: ¡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...”), el recogimiento ante los detalles nimios de la vida cotidiana (como cuando Bécquer dice cadenciosamente: “Del salón en el ángulo oscuro por su dueño tal vez olvidada, silenciosa y cubierta de polvo veíase el arpa...”), la nostalgia del amor perdido (“Volverán las oscuras golondrinas de tu balcón los nidos a colgar...”), el sentimiento amoroso (“Por una mirada un mundo, por una sonrisa un cielo, por un beso...”), el arrepentimiento religioso (Lope de Vega: “¿Qué tengo yo que mi amistad procuras, qué interés se te sigue, Jesús mío, que a mi puerta, cubierto de rocío, pasas las noches del invierno oscuras?”), o la escena tierna y entrañable que hace vibrar de tristeza a León Felipe al ver pasar el pequeño féretro donde se llevan a la niña que apretaba su naricilla contra el cristal de la ventana.

El uso persuasivo del lenguaje tiene por finalidad convencer al interlocutor, al auditorio. El emisor del acto comunicativo transmite un mensaje a un destinatario individual o colectivo con el propósito no sólo de hacerle partícipe de algo, sino de llevarle a un convencimiento íntimo bien de la verdad, bien de la conveniencia, bien de la justicia, o de cualquier otra cualidad positiva que se supone subyace al mensaje mismo. El lenguaje persuasivo es propio de los textos retóricos. Su prototipo lo encontramos en los textos políticos. Especialmente en períodos electorales, el debate se centra en convencer al mayor número de personas para que acudan a votar a favor del propio partido. Ahora bien, hay que precisar que la retórica está presente en todo tipo de textos, pues cuando menos el texto se presenta como algo digno de tenerse en cuenta. Incluso un tratado de geología no puede susstraerse al hecho de que su autor lo ha escrito para convencer al lector de que las cosas son tal como él las describe.

Por último, tenemos los textos con función directiva. Se proponen dirigir las acciones de las personas. Es el lenguaje propio de los consejos, de los ruegos, de las admoniciones, de las amenazas, de las recomendaciones, de las promesas, y también de las normas y de las reglas. La mayoría de las directivas mencionadas pueden existir aisladamente, quiero decir que, por ejemplo, una persona puede aconsejar a otra una vez en su vida, o hacerle un ruego o proferirle una amenaza en un acto aislado. No sucede lo mismo con las normas, que sólo se presentan formando conjuntos. Así, las normas morales configuran el orden moral, y las normas jurídicas conforman los ordenamientos jurídicos. No es posible la existencia de normas desvinculadas del conjunto al que pertenecen. Una norma desprendida del conjunto es similar a una hoja caída del árbol o a una célula desprendida del organismo.

El texto ordinamental pertenece sin ningún género de dudas a los textos directivos, ya que su función pragmática primordial es dirigir, orientar, exigir acciones humanas. La acción se erige de ese modo en concepto central de la teoría del derecho. Todas las normas jurídicas tienen que ver, directa o indirectamente, con las acciones humanas. Hay que subrayar esta idea de que las normas del derecho pueden ser directas o indirectas de la acción. Entre las directas destacan las que imponen deberes y las que conceden derechos y permisos, así como las que establecen procedimientos. Todas ellas contienen, en su expresión lingüística, una referencia directa a la acción, la cual se manifiesta en el uso del verbo que les es característico.

Las normas directas de la acción que son impositivas de deberes se expresan, como es natural, mediante el verbo *deber*. Así, por ejemplo, “el vendedor debe entregar la cosa, y el comprador debe entregar el precio en dinero o signo que lo represente”, o “el juez debe imponer la sanción de tantos años de cárcel a quien considere probado que ha cometido un homicidio”. Aunque muchas veces en la formulación de la disposición o precepto, tal como aparece en el ordenamiento, no se emplee el verbo *deber*, es éste verbo el que expresa, mejor que ningún otro, el significado profundo de la norma. Así, podemos encontrar las formulaciones siguientes: “el vendedor entregará la cosa, y el comprador pagará el precio”, o “el juez impondrá la sanción de tantos años de cárcel al homicida”. El uso del tiempo futuro no debe engañar sobre el significado del precepto. Las normas que establecen deberes no prevén el futuro, sino que se limitan a imponer deberes. Bien es cierto que, como los deberes sólo pueden cumplirse una vez formulados, esto es, en el futuro, implícitamente el deber sugiere la idea de futuro. Pero de ello no puede derivarse que las normas que imponen deberes sean pronósticos o predicciones. Apoyándonos en esa referencia implícita al futuro que toda norma conlleva, podremos formular pronósticos de probabilidad, como cuando decimos que si alguien ha comprado una cosa probablemente la pagará. Pero ese pronóstico muchas veces falla, como bien sabemos, porque las normas nunca garantizan el futuro plenamente.

El verbo característico de las normas que conceden derechos es el verbo *poder*. En realidad las normas jurídicas cuyo significado profundo se expresa con el verbo *poder* no sólo conceden derechos, sino asimismo prerrogativas y potestades. Para simplificar, diremos que las normas potestativas conceden poderes, sean éstos cuales sean. Por lo general suele hacerse hincapié en la idea de que todo ordenamiento jurídico se descompone en un conjunto de deberes, pero no es menos cierto que puede ser contemplado como un conjunto de poderes. En verdad éstos son en gran parte previos a aquellos, pues antes de que se puedan establecer normas impositivas de deberes es preciso instaurar las autoridades que los puedan imponer. Así, la norma suprema del Estado que es la constitución se caracteriza por estatuir, ante todo, la forma de gobierno, o sea, el conjunto de poderes supremos del Estado.

Es un hecho que la filosofía jurídica contemporánea se ha ocupado casi exclusivamente del análisis del verbo *deber*; quizás porque la idea extendida por una filosofía de tanto influjo como el neokantismo de que, al pertenecer el derecho al mundo del *sollen* (*deber ser*), todas las normas jurídicas no podían ser otra cosa que manifestación de éste, expresiones concretas del deber. Esta concepción homogeneizadora de las normas del derecho ha ido dando paso, por influencia de la filosofía analítica, a una concepción heterogénea, para la cual la expresión lingüística del fenómeno normativo no podía ser tan reductora. Como reacción a la tesis reduccionista, la teoría del derecho de los últimos tiempos, sin desdeñar a las normas impositivas de deberes, ha centrado su atención en otros tipos de normas, entre ellas las que conceden poderes. No quiero decir que en el seno de la ciencia jurídica, especialmente en el derecho administrativo, en el derecho procesal y en el derecho civil, no se haya prestado atención a las potestades y a los poderes, sino que esto no ha sido así por lo general en la teoría de las normas ni, como consecuencia, en la teoría del derecho.

Hay además otra razón que puede explicar este fenómeno de —permítaseme la expresión— “deontologización” del derecho, es decir, de concebirlo exclusivamente como un conjunto de deberes. Me refiero al hecho de que la filosofía jurídica ha surgido históricamente como una disciplina vinculada a la ética, la cual a su vez se desarrolló durante siglos como una expresión de la teología.

En el pensamiento religioso el concepto central y casi único es el concepto de deber. Si existe un poder, es el del Ser Supremo, fuente última de todos los mandatos, a los que el creyente ha de prestar leal acatamiento. La criatura con respecto al Creador no tiene derecho alguno, sino sumisión incondicional, deber en estado puro. Abraham se siente turbado ante la orden divina de ofrecer en sangriento sacrificio a su hijo Isaac, pero en ningún momento concibe la idea de desobedecer la orden. Pues para la actitud religiosa los designios del Señor son inescrutables.

Aunque como consecuencia de la Reforma protestante la ética se seculariza, no por eso deja de ser pensada en términos de deberes. Éstos ya no tendrán un sentido religioso, sino meramente humano, “desteologizado”. La carga emotiva y simbólica de los deberes religiosos se traslada ahora a los deberes de conciencia, cuya teorización más acusada se encuentra en la ética kantiana. La filosofía jurídica es entonces concebida como una prolongación de la ética; viene a ser la misma filosofía moral con la peculiaridad de que se ocupa tan sólo de parte de los deberes de alteridad, concretamente de aquellos deberes que surgen como consecuencia de la vida en sociedad. Así se explica muy bien que el autor de *Metaphysik der Sitten* trate en el mismo libro de los deberes morales y de los jurídicos, y que además a ambos tipos de deber los incluya en el concepto de *Sitten*, término algo extrañamente traducido al castellano con la palabra “costumbres”, a falta de otra mejor.

Un paso adelante en este proceso de “depuración” del pensamiento jurídico de elementos extraños al derecho lo representa el positivismo jurídico, sobre todo en su manifestación genuinamente normativista, cuya síntesis más acabada la ofrecen, en mi opinión, los autores más representativos de la Escuela de Viena.

Para el positivismo es preciso distinguir claramente derecho y moral y, por tanto, las normas jurídicas y las normas morales. Sin embargo, ambos tipos de normas son concebidas como expresivas de deberes; la diferencia radica en que las normas morales imponen deberes morales, y las jurídicas imponen deberes jurídicos. El punto de partida es que todas las normas, del género que sean, tienen el cometido de imponer deberes a sus destinatarios. La distinción entre los distintos órdenes normativos está sencillamente en que las normas poseen en cada uno de ellos caracteres diferentes, lo que se manifiesta en una distinta configuración lingüística. Así, se dice, la norma moral es categórica mientras que la norma jurídica es hipotética. Lo cual significa, en términos de estructura lingüística, que la norma moral expresa un deber incondicionado (p.ej., “debes decir la verdad”), mientras que la jurídica expresa un deber condicionado o hipotético (p.ej., “si un testigo no dice la verdad ante un tribunal debe ser sancionado como reo de falso testimonio”). No obstante, por encima de estas distinciones, el pensamiento jurídico positivista siguió considerando a las normas jurídicas como una expresión del modelo formal de las morales, esto es, como proposiciones lingüísticas de *deber*. En suma, el positivismo, por una parte, separa derecho y moral pero, por otra, no es capaz de desprenderse de las formas básicas del pensamiento ético para abordar los conceptos jurídicos. De este modo, la teoría general del derecho cultivada por el positivismo ha resultado ser una teoría del derecho positivo, pero con aplicación en gran medida de los esquemas formales de la teoría ética.

El paso a una concepción heterogénea de las normas del derecho sólo es posible si se rompe con los postulados propios del positivismo y del neokantismo. Se propondrá entonces un modelo normativo cuya única finalidad sea reflejar en él las diversas funciones intrasistémicas que cumplen las normas y su correspondiente configuración lingüística. Para este enfoque los sistemas de normas más próximos al derecho no serán ya los órdenes morales, sino los juegos. En efecto, a diferencia de la moral, la cual puede ser pensada como un conjunto de normas de *deber*, y en eso agota su contenido, tanto en el juego como en el derecho son asimismo relevantes la determinación de los elementos espaciales y temporales, de las competencias o capacidades de los sujetos (jugadores), de los árbitros o jueces que deciden las controversias y, sobre todo, de los procedimientos. Hay, en efecto, juegos, como es el caso del ajedrez, en los que apenas existen deberes, sino básicamente procedimientos. Salvo los deberes genéricos de no molestar al contrario y de no hacer trampas, comunes a todo juego, el ajedrez se resuelve en un conjunto de reglas procedimentales, las cuales señalan cómo *se tienen que* mover cada uno de los tipos de fichas. No vamos a negar el hecho evidente de que todo ordenamiento jurídico impone un

número notable de deberes. Esto está fuera de discusión. Lo que subrayamos es la necesidad de contemplar el derecho en su expresividad lingüística como un conjunto complejo y heterogéneo.

Sorprendentemente uno de los tipos de normas jurídicas más olvidados por la teoría del derecho es el de las normas de procedimiento. Una verdad de carácter general es que toda acción conlleva un procedimiento; o, para ser más exactos, hemos de afirmar que toda acción es un procedimiento. Esto nos lleva a preguntarnos qué sea una acción y asimismo que sea una acción jurídica, para a continuación vincular dicho concepto con el de procedimiento.

Por acción entendemos el sentido o significado de un movimiento o conjunto de movimientos físico-psíquicos. La acción no consiste en los movimientos sino en su significado. Así, si vemos a una persona que levanta la mano, ese movimiento puede significar varias cosas: el saludo a un conocido, la despedida de alguien, la llamada a un taxi, la prestación de juramento de un testigo en un juicio, etc. Sabemos lo que un individuo hace al levantar la mano porque somos capaces de “leer” su significado en el contexto situacional en que el movimiento tiene lugar. Toda acción tiene un componente situacional que delimita las posibilidades de su comprensión. De ese modo nuestra mente opera de inmediato como un mecanismo hermenéutico cuyos soportes son, por una parte, la percepción de lo externo, del movimiento y, por otro lado, la adscripción de un sentido determinado a tenor de la situación.

Las normas de procedimiento en el derecho tienen como función establecer los tipos de acción que son jurídicamente relevantes. Son normas directas de la acción que no imponen deberes ni conceden poderes, sino que se limitan simplemente a establecer los requisitos de la acción, esto es, los pasos necesarios para que la acción tenga efectivamente lugar. En definitiva, la norma procedimental crea la acción o, para usar una expresión característica de la teoría de los actos performativos, la norma procedimental *constituye* la acción. Su verbo característico es el verbo *tener que*. Este verbo ha sido reservado por la inmensa mayoría de los filósofos para expresar reglas técnicas de carácter causal, en las cuales el medio es la causa de un efecto que se eleva a la condición de fin querido por el sujeto; como cuando decimos “si quieres que el coche corra tienes que apretar el acelerador”. Sin embargo, este tipo de normas expresivas del *tener que* se encuentra asimismo en el derecho y en todos los ámbitos convencionales, como los juegos. Así, en el ajedrez, encontramos la norma procedimental que nos dice: “si quieres mover el alfil tienes que hacerlo en diagonal”. Nadie te obliga a mover el alfil, pero si quieres hacerlo no te queda otro remedio que moverlo como te indica la regla. Con las acciones jurídicamente relevantes sucede exactamente lo mismo. Cada ordenamiento jurídico establece los tipos de acción que en dicho ordenamiento cuentan, para lo cual señala los requisitos o pasos necesarios que el sujeto tiene que realizar. Ejemplo: nadie te obliga a pedir un préstamo hipotecario, pero si quieres pedirlo tienes que,

no te queda otro remedio, que acudir a una entidad financiera, pactar las condiciones del préstamo y elevarlo a escritura pública. Si no das estos pasos no conseguirás tu presunto propósito de que se te conceda un préstamo hipotecario.

La norma procedimental se limita a establecer el tipo de acción. La acción, una vez establecida por la norma procedimental, podrá ser objeto, o no, de regulación de otros tipos de normas, como las ya mencionadas, impositivas de deberes o concesivas de poderes. En relación con el ejemplo anterior, la norma de procedimiento que señala los requisitos necesarios de la solicitud del préstamo hipotecario está conectada con una norma potestativa, que concede a los mayores de edad y a los menores emancipados el poder de contratar ese tipo de préstamos.

Por último, tenemos las normas indirectas de la acción, que son aquellas que no contemplan una acción (ni para establecerla, función de las normas procedimentales; ni para obligar a su realización, función de las normas deónticas; ni para autorizarlas, función de las normas potestativas y de las permisivas). Dichas normas indirectas de la acción tienen el cometido de establecer elementos previos a la acción misma: el espacio, el tiempo, los sujetos, etc. Su sentido profundo es expresable mediante el verbo ser en su sentido regulativo o prescriptivo. Ejemplos: “Madrid es la capital de España”, “*Son* mayores de edad los mayores de 18 años”. Limitándonos a este último ejemplo, diremos que este precepto no puede entenderse como una norma directa de la acción pues nadie puede hacer nada para ser mayor de edad. La mayoría de edad es una condición o requisito que el ordenamiento jurídico exige para poder hacer algo, por ejemplo, para pedir un préstamo hipotecario o para votar en las elecciones generales.

Todas estas consideraciones pertenecen al plano del análisis formalista o lógico-lingüístico, cuya tarea consiste en desvelar la estructura conceptual permanente que subyace a todo derecho posible. Pero la teoría comunicacional del derecho no se agota en dicho análisis. Junto al análisis formal del lenguaje jurídico, hay otras dos dimensiones: la semántica y la pragmática. Me referiré ahora brevemente a esta última, con objeto de indicar cómo aborda la teoría comunicacional el problema de la justicia.

La pragmática lingüística se ocupa del uso del lenguaje y hace de los actos comunicativos el centro de su reflexión. La pragmática del derecho se concreta en la teoría de las decisiones jurídicas, pues es por medio de decisiones como se generan los textos normativos así como también los textos que surgen en los diversos procesos de comunicación que tienen lugar en relación con el eje ordenamiento/sistema. Para simplificar, me referiré exclusivamente a las decisiones que generan texto ordinamental, o sea, a las decisiones normativas. Entre ellas, destacan por su especial relevancia la decisión constituyente, las decisiones legislativas y las decisiones judiciales; sin que, por ello, haya que olvidar las decisiones de los órganos de las admi-

nistraciones públicas, las propias de la jurisprudencia cautelar, otros tipos de decisiones que tienen su origen en la autonomía de la voluntad, como los convenios colectivos o las condiciones generales de contratación, etc. Todo ordenamiento jurídico puede ser descrito, en efecto, como una cascada de decisiones.

Las decisiones normativas constituyen un tipo de acción. Son actos comunicativos en los que el emisor es una autoridad con competencia para imponer un texto regulativo, es decir, orientado a dirigir las acciones humanas. La decisión constituyente genera el texto constitucional. La decisión legislativa, el texto legal. Y la decisión judicial, el texto de la sentencia.

En cualquiera de sus manifestaciones, decidir supone elegir. El poder constituyente tendrá que elegir, entre las diversas formas de gobierno, cuál es la que va a implantar por medio de su decisión. Asimismo tendrá que elegir los valores que han de regir la convivencia desde el momento en que entre en vigor la constitución. Las constituciones modernas tienen la característica de poseer, junto a una parte orgánica, otra de carácter dogmático relativa precisamente a la proclamación de los valores, principios y derechos fundamentales que el ordenamiento jurídico en su conjunto debe proteger y garantizar. Por mucho que una constitución proclame unos valores, dicha proclama será papel mojado si no se concreta efectivamente en las leyes y en la jurisprudencia de los tribunales. Los contenidos de la justicia no han de ser, por tanto, expresados tan sólo por el texto constitucional, sino por el conjunto de los textos parciales que componen el sistema y que completan y desarrollan el primero.

Ahora bien, al adoptar una perspectiva puramente teórica, no miramos a un ordenamiento concreto, sino a cualquiera, esto es, al derecho posible. Una teoría de la justicia abstracta, quiero decir desligada de la circunstancia histórico-social, sólo es posible, en la medida en que lo sea, en un marco idealizado. Siempre que un teórico del derecho reflexiona sobre la idea de una justicia universal y atemporal se sitúa, consciente o inconscientemente en ese marco ideal, que en la realidad no existe. Supone dicho marco colocarse en el lugar de un poder constituyente dotado de excelsos caracteres, como un individuo adornado de las mejores cualidades de todo tipo y no sometido internamente sino a la finalidad de hacer el bien. Supone además una libertad total respecto a los factores externos, de tal modo que no existan o no le afecten en absoluto las presiones o condicionamientos que provengan de la sociedad en la que está. Esa situación comunicacional ideal permitiría la elaboración de una teoría de la justicia verdaderamente general y no mediaticizada por ningún género de relativismo.

Sin embargo, ¿quién puede atreverse a elaborar semejante teoría de la justicia si no es en sus principios más universales y, por consiguiente, carentes de contenidos concretos? Las fórmulas tradicionales, como “haz el bien, evita el mal”, “dar a cada uno lo suyo, no dañar a nadie”, “de cada uno según su capacidad, a cada

uno según sus necesidades”, “tratar igual a los iguales y desigual a los desiguales”, en su vacuidad material, no resuelven las cuestiones prácticas. Es preciso completar esas fórmulas, concretando qué es lo que está bien y qué lo que está mal, qué es lo suyo de cada uno, en qué consiste el daño, a qué capacidad nos referimos y a qué tipo de necesidades, cuál sea el criterio para establecer que dos personas son iguales, y cuál para acordar que son desiguales.

Por esta razón, junto al plano abstracto y universal de la teoría de la justicia, es preciso concretar los contenidos materiales, y esto sólo será posible a la vista de un determinado tipo de sociedad. Por mucho que los principios universales puedan ser los mismos, por ejemplo, para la Roma clásica y para nuestra sociedad actual, es evidente que su concreción exige una respuesta diferente. Así, pues, una teoría de la justicia completa deberá contener dos niveles esenciales y entrelazados: uno primero, en el cual se expongan los principios y criterios universales; y un segundo, en el que prevalezca la idea de adaptación de dichos principios a un tipo de sociedad. Tendremos así, junto a una teoría de la justicia de carácter universal y formalista, otra teoría de la justicia, de inferior alcance, de carácter regional y material.

El problema de la justicia, sin embargo, no se agota en el momento del proceso comunicacional constituyente, sino que, como la savia penetra por el árbol, así aquella ha de recorrer el cuerpo entero del derecho. ¿De qué sirve que una constitución proclame enfáticamente los valores más sublimes como necesarios para la convivencia si, después, las leyes no los encarnan, o los jueces en sus decisiones no los acatan y aplican a los casos concretos? Junto a la justicia constitucional es preciso desarrollar la idea de una justicia legal y una justicia judicial. Una constitución embellecida con preceptos altisonantes puede ocultar un ordenamiento jurídico maltrecho e injusto, de la misma manera que la fachada de una casa puede ser llamativamente bella y su interior estar destartado y polvoriento.

Para concluir, me referiré a la distinción, que considero especialmente relevante en la teoría comunicacional del derecho, entre los siguientes conceptos: ordenamiento jurídico, sistema jurídico y ámbito jurídico.

Como ya he dicho, el ordenamiento lo podemos equiparar al texto en bruto que producen los boletines oficiales en los que se recogen los textos parciales (la constitución, las leyes, los reglamentos, la jurisprudencia de los tribunales, los tratados internacionales, etc.) y que componen una totalidad textual, que cambia cada día. El sistema es el texto doctrinal que refleja el ordenamiento y lo perfecciona al realizar tres funciones básicas: ordenación del material normativo, explicación interpretativa y conceptualización de dicho material, y presentación del texto elaborado como una totalidad textual completa, esto es, sin lagunas ni contradicciones. El sistema es el resultado del trabajo de los juristas teóricos, que se ven inmersos en los procesos de comunicación propios de un ámbito jurídico y que están dotados de

un protagonismo relevante. Cuanto más compleja es una sociedad, y “compleja” es sinónimo de “avanzada”, mayor importancia adquiere la construcción del sistema.

El ordenamiento es una totalidad textual fácilmente identificable. No sucede lo mismo con el sistema. Construcciones doctrinales hay muchas, y no siempre coinciden en aspectos básicos. La idea de un sistema que refleje un ordenamiento es, pues, un concepto ideal propio de la teoría del derecho, a la cual en determinadas ocasiones no le queda otro remedio que simplificar por medio de ficciones (operación ésta, por otra parte, de que echan mano todas las ciencias). Sin embargo, hay una manera de paliar esa incertidumbre con respecto al sistema, y que consiste en acudir a la ayuda de la *communis opinio doctorum* y, en caso de que la duda subsista, a la doctrina de los autores dotados de *auctoritas*.

La dualidad ordenamiento/sistema constituye el eje comunicacional básico de todo ámbito jurídico. El sistema ordena y perfecciona el ordenamiento, éste es su referencia constante; pero, a su vez, el ordenamiento se enriquece con las aportaciones del sistema. Entre ambos existe una relación de comunicación dialógica que se prolonga a lo largo del tiempo como una constante de la vida jurídica y que sirve de referencia central a todos los demás fenómenos comunicativos que tienen lugar en un ámbito jurídico. El diálogo entre legislación y jurisprudencia, por una parte, y entre ambas con la doctrina de los autores, por otra, conforman el núcleo central de la realidad comunicacional del derecho. Pero dicha realidad no se agota en los procesos comunicativos que se producen entre el ordenamiento y el sistema. Todos los operadores jurídicos generan actos y procesos comunicativos cuya referencia constante es el eje mencionado. Pondré dos ejemplos para explicar lo que quiero decir, uno relativo al derecho constitucional, y otro referente al derecho privado.

Los debates que tienen entre sí los diversos partidos en materia política adquieren su pleno sentido si se los contemplan en su relación con la promulgación de leyes. Se trata, en efecto, de un conjunto de actos y procesos comunicativos cuyo pleno sentido sólo se alcanza en conexión con la dirección del Estado, la cual sólo es posible mediante la generación de normas. Es evidente que esos debates no son aún ordenamiento, ni tampoco sistema, pero sí conforman un conjunto de actos de comunicación, de diálogos más o menos tensos, que tienen lugar, en nuestro caso, en el ámbito jurídico español. Algunos de estos debates no están formalizados, como es el caso de los debates en la televisión o en los mítines, pero otros forman parte de la vida institucional del Estado como un componente esencial. Los debates parlamentarios no son otra cosa, desde el punto de vista de la teoría comunicacional del derecho, que procesos comunicativos entre agentes políticos que tienen por misión aprobar leyes, y elegir al gobierno y controlarlo. Esos debates se registran no porque sean ellos mismos textos normativos, sino porque tienen un valor de textos coadyuvantes para entender las decisiones legislativas; valor que puede desvelarse después por la doctrina y por los historiadores, ya que el instru-

mental básico con que trabajan tanto aquella como éstos son los textos jurídicos del más diverso género. El texto que recoge un debate parlamentario no forma parte del ordenamiento, tampoco del sistema, pero sí del ámbito jurídico.

El segundo ejemplo se refiere al derecho privado, en concreto al derecho mercantil de marcas. Supongamos que un empresario trata de inscribir un signo en el registro de marcas, pero a dicha inscripción se opone otro empresario con el argumento de que el primero genera un riesgo de confusión con la marca de la que él es titular. Se da la circunstancia de que la marca solicitada y aún no inscrita sería para productos de perfumería, mientras que la ya registrada con anterioridad lo es para prendas de vestir. Si los dos empresarios creen estar en su derecho comenzará un debate sobre si existe el riesgo de confusión mencionado, aportará cada uno de ellos sus alegaciones y el organismo oficial tomará una decisión, contra la cual el empresario no conforme podrá interponer un recurso contencioso-administrativo. El proceso de intercambio de puntos de vista continuará de esta forma en sede judicial, hasta que llegue quizás al Tribunal Supremo. En el camino de todas estas controversias habrá escritos de diverso género, tales como dictámenes, informes, solicitudes, escritos de oposición, demandas, contestaciones a las demandas, sentencias judiciales, etc. Si reuniéramos todos estos escritos nos encontraríamos con un buen volumen de páginas. ¿Cuál sería el significado de todas ellas? Creo que se puede decir que compondrían un conjunto de documentos en los que se reflejarían todos los actos y procesos comunicacionales que han surgido alrededor de un conflicto concreto. Esos escritos tienen muy distinto carácter, pues por ejemplo es evidente que no es lo mismo una solicitud que una demanda o un dictamen. ¿Qué les une entonces a todos ellos? Les une el pertenecer al mismo ámbito jurídico, o sea, el adquirir su sentido en su relación con el eje hermenéutico fundamental constituido por el ordenamiento y el sistema. Pues en todos ellos se reflejaría la existencia de textos jurídicos normativos y de textos jurídicos doctrinales.

Concluyo. La teoría comunicacional del derecho intenta llamar la atención sobre la idea de que el derecho, antes que ideal de justicia y antes que orden coactivo de la conducta humana, es una palabra que sirve para designar, en cada sociedad, un conjunto de procesos de comunicación, procesos que tienen diversa función y que poseen la característica común de pertenecer al mismo ámbito jurídico, lo cual a su vez quiere decir que se relacionan con el centro nuclear de todo ámbito, constituido por el ordenamiento y el sistema, entendidos ambos como textos. Esta teoría tiene el propósito de tomar como punto de partida de sus reflexiones la idea de que el derecho es comunicación, esto es, lenguaje, y por consiguiente texto. De ahí que se proponga como método de trabajo la aplicación a los textos jurídicos de la filosofía del lenguaje conjuntada con la teoría de textos, lo cual le lleva a proclamar la necesidad de unir analítica y hermenéutica en una simbiosis no por difícil menos necesaria.

Nada más, muchas gracias por su atención.