

IIII

TRABAJOS DE PRESENTACIÓN DE ACADÉMICOS
CORRESPONDIENTES

Boletín
Real
Academia
de
Córdoba

EL JURISTA COMO OPERADOR SOCIAL. LA FUNCIÓN DEL DERECHO¹

Diego Medina Morales
Académico Correspondiente

RESUMEN

PALABRAS CLAVE

Derecho.
Arte jurídico.
Función del Derecho.
Praxis jurídica.

En nuestro trabajo se aborda, a la luz de un concepto pragmático del derecho, la función social de los juristas, y la necesidad de que cualquier operador jurídico actúe en sociedad presidiendo sus actos con respeto a la función que el derecho debe haber en sociedad, que no es tanto la de ordenar éste, como la de evitar el conflicto social y facilitar la comunicación y la conservación de bienes en un clima de seguridad y justicia.

ABSTRACT

KEYWORDS

Law.
Legal art.
Function of law.
Legal praxis.

Our work addresses, in light of a pragmatic concept of law, the social function of jurists, and the need for any legal operator to act in society presiding over their actions with respect to the role that law should have in society. The mission of the Law is not to order what society «should be», but to avoid social conflict and facilitate communication and the preservation of property and other goods in a climate of security and justice.

Aut consideratius prout est in habitu in hominis: et tunc iustitia et ius fuerunt et sunt in omni tempore. Aut consideratur ius prout est in actu: et tunc iustitia fuit prius et postea ius; et sic intelligitur hic, namus est virtus; iustitia est executio ipsius virtus.

BARTOLO DE SASSOFERRATO: *Commentaria in primam Digesti veteris partem, De iustitia et iure, lex 1, Iuri operam daturi, l ss.*

Boletín de la Real Academia
de Córdoba.

¹ Parte de este Trabajo de Presentación como académico correspondiente en Córdoba (17-X-2019) se corresponde con algunos contenidos de otro de mis trabajos titulado «El arte del derecho. La ley como instrumento del operador jurídico», en *Una filosofía del derecho en acción. Homenaje al Profesor Andrés Ollero*; Congreso de Diputados, Madrid, 2015, pp. 557-573.

Ilmo. Sr. Director, Cuerpo Rector de la Real Academia, Señores Académicos, Autoridades, amigos y familiares, queridísima madre, adorada hija, amada y admirada Gema. Con vuestro permiso.

Hace ya más de un lustro tuve el honor de ingresar en esta Institución como académico correspondiente por la ciudad de Jaén (mi tierra natal), honor que, durante todo este tiempo, me ha permitido compartir con muchos de ustedes tantos momentos, inquietudes y satisfacciones desde dentro de la Real Academia de Córdoba. Hoy, y por decisión unánime del Cuerpo Académico revalido aquel ingreso, mediante este otro, como académico correspondiente por Córdoba capital. Me siento, pues, satisfecho y agradecido por el reconocimiento que con ello da esta Noble Academia a mi humilde persona y a mi participación en ella.

Antes de proceder a la lectura de mi discurso de ingreso, debo, obligatoriamente, manifestar mi rotundo agradecimiento a los académicos numerarios que me han propuesto para ello, es decir, quiero expresamente reconocer mi gratitud a D. Francisco de Paula Sánchez Zamorano, a D. Rafael Mir Jordano y a D. Fernando Cruz-Conde que presentaron y defendieron mi candidatura, y por supuesto al resto del cuerpo de académicos que, como ya he dicho, aceptaron unánimemente la misma. También quiero dirigir un especial saludo, autoríceseme esta facultad o permiso, a un académico para mi entrañable y que, aun no presente físicamente hoy, estoy seguro de que ha manifestado su satisfacción por mi nuevo ingreso. Me refiero a D. Enrique Aguilar Gavilán, desde aquí mi reconocimiento y mi gratitud siempre merecida. No puedo, por menos, también que evocar, en estos emotivos momentos, la memoria de mi padre, sin cuyo importante ejemplo y consejo, tan acertado siempre, difícilmente hubiera transitado por la vida como «es debido».

I

Resulta difícil, como ustedes pueden comprender, al planear un acto como éste, decidir el tema sobre el que uno debe disertar en el día de ingreso como académico. En una ceremonia como esta, por lo general, los actuantes solemos estar acompañados de un público bastante heterogéneo, compuesto, además de por académicos, por amigos y familiares que quieren compartir con el nuevo académico, la ventura y la inmensa satisfacción que produce el ingreso en una tan prestigiosa y noble institución como ésta.

No resultaría de recibo, pues, que, a cambio de tan generosa compañía, quien ahora ingresa castigase a este afectuoso y complaciente público con una intervención excesivamente técnica o especializada, aunque tampoco puede despacharse una ceremonia como esta, desmereciéndola, con un

discurso vacuo o impropio de la excelente y distinguida Institución a la que ingresamos.

Soy jurista y Filósofo del Derecho, y, por tal motivo, para esta destacada ocasión, he considerado mi deber disertar sobre aquellos argumentos y temas que repito mejor conozco, sobre aquello a lo que llevo una vida dedicado, esto es, en este mi nuevo ingreso en la Real Academia de Córdoba, Institución que me dispensa el día de hoy su generosa acogida como correspondiente por Córdoba, departiré con ustedes sobre el Derecho. Voy, a lo largo de los minutos que siguen, a reflexionar cuál es (como diría Ihering)² el fin o la finalidad del Derecho, qué sentido tiene el establecimiento de reglas y procedimientos que condicionan nuestras vidas, o dicho de modo más kantiano, la oportunidad de establecer límites al arbitrio humano para conciliar las múltiples libertades que pueden manifestarse en sociedad.

Hablar sobre las metas que confieren sentido al Derecho es difícil tarea que, a lo largo del tiempo, ha dado lugar a miles de debates y a numerosos escritos materializados en centenares de clásicos trabajos, y todos ellos, siempre que se ha reflexionado acerca de la finalidad que justifica la existencia del Derecho, por obvias razones, han relacionado esa finalidad con la función que debe profesar el jurista. Por esta importante razón, el título con que ha sido anunciada mi intervención, para este tan valioso día, reza: «El Jurista como operador social. La función del Derecho».

Me voy a sujetar, para desarrollar mi disertación, a los 30 minutos que reglamentariamente me han sido concedidos, pues, como bien sabemos los juristas, «En toda cosa hay que saber tener en cuenta el tiempo. Pues del respeto del tiempo y de los plazos también depende el éxito». Espero que, durante los próximos minutos, consiga sostener vuestra atención y no resultar aburrido o tedioso, pues agradar y despertar el interés del auditorio es la virtud que debe perseguir siempre cualquier orador evitando el hastío y el cansancio de quienes tan generosamente se han prestado a oírle.

II

A lo largo de los años que llevo dedicado al estudio del Derecho, y que —a estas alturas de mi vida— no son ya pocos, he tenido la ocasión de encontrarme en mi recorrido académico, como es natural, con una gran diversidad de teorías acerca del Derecho y, consecuentemente, con mu-

² Todos los juristas hemos oído hablar, algunos incluso lo hemos leído, del famoso trabajo de Ihering titulado *Der Zweck im Recht*, publicado en dos volúmenes, 1877 y 1883. En castellano se tradujo como *El fin en el Derecho*, por L. Rodríguez, Madrid, s/a (sólo el primer volumen); en 1961-1962 se publica la traducción de los dos volúmenes, traducción de D. Abad de Santillán, Puebla (Cajica).

chas formas distintas de concebir y entender a éste. De esta manera, he lidiado, por momentos, con aquellas teorías de quienes, como por ejemplo Kelsen, lo conciben desde un mero punto de vista formal o normativo, pasando, en otros ratos, por las que, con una visión más pragmática y sociológica, ven en el Derecho una manifestación de vida y prefieren quedarse con una dimensión básicamente más fáctica de lo jurídico, como es el caso del Realismo Escandinavo o el Americano, hasta llegar a concepciones, mucho más transcendentales, que sobrepasando lo meramente formal o fáctico centran su perspectiva en la condición de justicia que, de un modo u otro, siempre se predica del Derecho³. Valgan, como ejemplo de estas últimas, las posturas de autores como Elías de Tejada, Fernández-Escalante o Francisco Carpintero, por no salir, en este caso, fuera de las fronteras españolas y por referirme a autores que me resultan, por razones personales, muy queridos.

Aunque, como ya he puesto de manifiesto en otros muchos de mis trabajos y también en numerosas de mis intervenciones públicas, todos estos aspectos o dimensiones del Derecho son importantes para bien comprender que éste sea y, sobre todo, qué cometido le ocupa y dado que, en cierto modo, una visión tridimensional del Derecho resulta siempre acertada, una cuestión muy importante, a la hora de responder la cuestión fundamental de qué sea el Derecho, es no dejarse cegar por ninguna de aquellas dimensiones en particular de modo que cualquiera de ellas pueda oscurecer a las otras; debemos, pues, admitir que el Derecho siempre tiene algo de normativo, de fáctico y de axiológico, de tal modo que, admitiendo esto, la percepción que de él podamos alcanzar no quede desnaturalizada por efecto de la amputación de alguna o algunas de estas dimensiones y limitada solamente a una de esas esferas, porque de ser así, el desenlace padecería de un claro empobrecimiento y nuestra visión, o cualquier representación expositiva del Derecho derivada de este reduccionismo jurídico, quedaría, pues, mermada y empobrecida a consecuencia de ello.

Precisamente por este motivo, las corrientes que hasta ahora me han parecido más acertadas en sus planteamientos han sido las corrientes denominadas tridimensionalistas y particularmente, entre aquellas, las que se catalogan como «tridimensionalismo específico o concreto», como la desarrollada por el jurista brasileño, máximo exponente de este tridimensionalismo, Miguel Reale. A mi parecer, la mayor fortaleza de estas corrientes, entre otros muchos y buenos atributos que pueden serles reconocidos, está

³ Flores, Imer B.: «La concepción del derecho en las corrientes de la filosofía jurídica». En *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, núm. 90, 1997, disponible en: <http://www.juridicas.unam.mx/publica/rev/boletin/cont/90/art/art6.htm> (última consulta 12 de diciembre de 2019).

en su carácter abierto y no excluyente. El tridimensionalismo presenta una particularidad, a mi juicio, muy importante, su flexibilidad epistemológica consistente en aceptar que, dado que el Derecho es norma, hecho y valor, «cualquier» forma de ver la «cosa jurídica» (presidida por cualquiera de esas facetas, pero sin olvidar las otras) es compatible con las «otras» formas de verla; en consecuencia, la fortaleza del tridimensionalismo específico radica, a mi parecer, en la capacidad que presenta de integrar todas y cada una de las principales facetas o dimensiones del Derecho (formal, fáctica y axiológica) sin necesitar de pronunciamientos radicalmente excluyentes. Esta flexibilidad consistente, insisto, en admitir que el Derecho puede ser forma, sin que por ello deje de ser hecho o valor, que puede ser hecho, sin dejar de ser norma y valor y que también puede ser valor, sin dejar de ser norma y hecho —es decir, admitir que estas tres facetas o dimensiones interactúan en lo jurídico de forma básica y esencial— es la mejor prueba de que estas corrientes de pensamiento, que se expresan con un claro afán integrativo y no excluyente, son comprensivas y que en su fundamento anida la simiente, siempre enriquecedora, de un pensamiento plural. Y la inclinación plural, como todos sabemos, suele ser muy fecunda⁴, a diferencia de las corrientes integristas o de pensamiento único y excluyente, que tantas veces abundan en sociedad y que, por lo general, resultan demasiado huecas.

También a lo largo de mi quehacer académico, de todos estos años, he visto como al Derecho frecuentemente le ha sido otorgado, por parte de un buen número de autores, un singular rasgo distintivo; me refiero a una peculiaridad que manifiesta el Derecho (como todo otro sistema de comunicación) la de presentarse, como no podría ser de otra forma, como variedad lingüística o lenguaje⁵. Planteamiento éste del que básicamente no

⁴ También en otros de mis trabajos he insistido en este aspecto. *Vid.* por todos: «El derecho como idea de orden permanente en H. Kelsen», en *Persona y derecho: Revista de fundamentación de las Instituciones Jurídicas y de Derechos Humanos*, núm. 62, 2010, pp. 81-99. La Filosofía occidental, en muchas de sus fases ha estado marcada por la tensión entre lo Uno y permanente de Parménides y lo plural y cambiante de Heráclito. Particularmente las doctrinas que se han ocupado del estudio del Derecho han caído siempre en esa tensión. Baste referir al respecto la tensión entre las posturas excluyentes y radicales de sofismo, frente a Sócrates, el reduccionismo de las ideas platónicas frente a la apertura de las ideas aristotélicas, el retorno a la necesidad de la ley de los escépticos frente al epicureísmo, El quietismo de la Ley Eterna de San Agustín frente a la idea de movimiento que la preside en Santo Tomás, el regreso al integrista que supone la reforma (volviendo al libro) frente al pluralismo doctrinal católico y un largo etc. más hasta nuestros días, con dos modelos de derecho contemporáneos (en crisis), el anglosajón, más tolerante con la diversidad y el continental más amigo de un sistema codificado, pleno y cerrado.

⁵ Actualmente Gregorio Robles Morchón ha insistido en este aspecto incluso dando el nombre de Teoría Comunicacional del Derecho a su específica forma de explicar a éste;

difiero, si bien, la mayor parte de los autores, que así lo han puesto de manifiesto, han querido referirse con ello a una cualidad formal que, a mi juicio, queda excesivamente confinada a un ámbito estructural y/o «gramatical» meramente sistémico, que si bien permite o favorece el acercamiento analítico a la dimensión formal del Derecho, por estar muy relacionada con su forma de expresión o manifestación, nos dice, en muchos casos, bien poco materialmente del mismo.

El Derecho, obviamente, se expresa mediante el lenguaje y por tal razón, no cabe duda, está sujeto a ciertos aspectos de éste, y muy particularmente en lo que se refiere a su interpretación y aplicación, de ahí el protagonismo y el éxito que han tenido ciertas teorías hermenéuticas y analíticas en nuestro tiempo⁶.

Pese a ello, yo creo que hay un aspecto comunicacional del Derecho que, de momento, no se ha destacado suficientemente y me refiero muy concretamente a un hecho muy particular y muy íntimo de toda manifestación jurídica; me explico, si el Derecho tiene un sentido comunicacional en el ámbito de la convivencia humana, éste radica en el tipo de comunicación que establece, en su carácter vehicular; es decir, cualquier sociedad precisa de su auxilio o mediación para fundamentalmente transmitir y conservar bienes, bienes que interesan al hombre y que este aspira a poseer. El Derecho no sirve para comunicar ideas (esto ya lo hace el lenguaje bastante bien; por eso, si acaso, en relación con el Derecho es la Teoría del Derecho la que comunica ideas a quienes pretenden conocerlo, o el, también llamado, metalenguaje jurídico o la Ciencia Jurídica, que son saberes descriptivos del Derecho, pero el Derecho, como tal, no comunica ideas), el Derecho, insisto, lo que comunica y conserva son bienes, así, por ejemplo, a su través transmitimos el ejercicio de dominio sobre las cosas, su uso, su explotación, etc. y, además, mediante él, conservamos y protegemos esos bienes.

véase Robles Morchón, G.: *Teoría del Derecho. Fundamentos de Teoría Comunicacional del Derecho*. Vol. I, 1ª Edición, (376 páginas) Civitas Ediciones, Madrid, 1998; 2ª Edición (435 páginas), Thomson Civitas, Editorial Aranzadi, Cizur Menor (Navarra) 2006; 3ª Edición (864 páginas) Thomson Reuter, Editorial Aranzadi, Cizur Menor (Navarra) 2010. Mis primeras experiencias en el estudio de estas corrientes se remontan a los años ochenta cuando me encontraba en el Instituto «Antonio Cicu» de Bologna y ya mi maestro italiano Enrico Pattaro predicaba el sentido metajurídico de la Teoría del Derecho, como lenguaje sobre el Derecho a diferencia del propio Derecho que constituía propiamente la jerga de los juristas. De aquel tiempo puede leerse mi trabajo «Una alternativa a la dialéctica Iusnaturalismo-Positivismo Jurídico: E. Pattaro y la concepción realista del Derecho», en *Derecho y Opinión*, núm. 0, 1992, pp. 163-176.

⁶ A título ilustrativo puede verse el trabajo de Alarcón Cabrera, Carlos: «Filosofía Analítica y Lógica Jurídica», en *Persona y Derecho*, núm. 43, 2000, pp. 277-302.

El paralelismo entre la lengua y el derecho (ambos evidentemente productos culturales)⁷ fue algo ya puesto de relieve, desde hace sobrado tiempo, por diversidad de autores⁸; particularmente Savigny señaló que ambos son productos culturales elaborados por el Volkgeits⁹, de ahí las grandes similitudes que presentan como sistemas de comunicación social (uno de ideas y el otro de bienes); esta similitud la podemos descubrir, particularmente, en la correlación existente entre la lengua y su estructuración lógica y expositiva (mediante la gramática) y el derecho y su estructuración lógica y expositiva (mediante el sistema normativo); con ambos mecanismos la sociedad, los miembros de cualquier sociedad, pueden, a través de la lengua (o del lenguaje según se prefiera), transmitir y conservar ideas (conversando o escribiendo sobre tales ideas), y mediante el derecho pueden transmitir o conservar todo aquello a lo que los juristas denominan bienes jurídicos (fortunas, riquezas, patrimonios, peculios, rentas, heredades, posesiones, valores, mercancías, negocios, transacciones, utilidades, provechos, etc.).

⁷ Baste recordar aquí la opinión que a este respecto manifiesta Burke acerca del discurso racionalista de los derechos cuando sostiene su formulación abstracta y racional. En este sentido afirma: «esa clase de gentes están tan imbuidas de sus teorías de los Derechos del Hombre, que han olvidado totalmente la naturaleza humana. Han conseguido cegar las avenidas que conducen al corazón, sin abrir una nueva hacia la comprensión. Han pervertido en sí mismos y en quienes les escuchan todas las simpatías nobles del pecho humano». Edmund Burke: *Textos Políticos*, Traducción de Vicente Herrero, Fondo de Cultura Económica, México, 1942, p. 97. Para Burke los únicos derechos efectivos son los creados por una historia, cultura y tradición particular. A este respecto, marcando las diferencias, claro está, no deja de ser oportuno citar aquí el libro más cercano, en el tiempo, de Paul Kahn, titulado *El análisis cultural del Derecho - Una construcción de los estudios jurídicos*, Gedisa, Barcelona, 2001.

⁸ Véase, a título de ejemplo, Morelli, Mariano G.: «Derecho, historia, lengua y cultura en el Pensamiento de Savigny», en: [http://www.cartapacio.edu.ar/ojs/index.php/centro/article/viewFile/685/531Rev.del Centro I.F.J. N° 28](http://www.cartapacio.edu.ar/ojs/index.php/centro/article/viewFile/685/531Rev.del%20Centro%20I.F.J.%20N%2028), pp. 98-99. [Consulta, diciembre 2019].

⁹ «No es la casualidad ni la voluntad de los individuos, sino el espíritu nacional el que crea las lenguas; pero su naturaleza sensible hace que este origen aparezca más evidente y comprensible que el del derecho. Las diversas manifestaciones del espíritu general de un pueblo, son otros tantos rasgos característicos de su individualidad, entre los cuales, la lengua, como el más notable, ocupa, el primer lugar... Tanto las lenguas como el derecho ofrecen en su existencia una serie de transformaciones no interrumpidas, cuyas transformaciones proceden del mismo principio que su origen, están sometidas a la misma necesidad y son igualmente independientes del acaso y de las voluntades individuales. Estos desenvolvimientos continuos siguen una marcha regular, obedecen a un encadenamiento de circunstancias invariables, cada una de las cuales se liga de una manera especial con diversas manifestaciones del espíritu, en el seno del cual el derecho toma su nacimiento». Savigny, F.C.: *Sistema de Derecho Romano actual*. Trad. Mesía y Poley, Madrid, 1875, Centro Editorial de Góngora. T. I, pp. 70-71.

I. EL OFICIO DEL DERECHO

El lenguaje fundamentalmente es una práctica, o dicho de otro modo, es, ante todo, un arte¹⁰, pues de su buena aplicación depende que podamos tener éxito en nuestra pretensión de comunicar una idea cuando la exponemos o de conservarla cuando la escribimos.

En este preciso momento, mediante el ejercicio de la exposición de este discurso, yo estoy intentando transmitir al auditorio algunas ideas, pero, a su vez, cuando las redacte, las estaré conservando para que, en cualquier momento del futuro más próximo o remoto, puedan ser de nuevo transferidas a cualquier otro lector que pueda acercarse a ellas. Así pues, el que finalmente logre transferirlas o conservarlas dependerá de mi habilidad (del arte) que demuestre en ello (en redactar), para lo cual, como primera condición (de mi habilidad) procuro respetar, al escribir, las reglas gramaticales de la lengua española.

Reglas, éstas, que se han ido conformando a lo largo del tiempo, por los pueblos españoles, a través del propio uso de la lengua, labor de siglos de actividad popular y que, conforme indica el lema de la Real Academia de la Lengua, las autoridades académicas —desde tiempos más recientes— se encargan de limpiar, fijar y dar esplendor. Ahora bien, todos sabemos que el establecimiento de esas reglas gramaticales (que exponen cómo el pueblo habla¹¹) no tiene como objetivo atribuir a los académicos el soberano poder de ordenar al pueblo cómo «debe» o «no debe» hablar, o dicho con mayor claridad, la gramática no confiere a los académicos el derecho de inventarse e imponer el idioma según a su criterio les parezca mejor o más adecuado. Los académicos no son los representantes de un pueblo con

¹⁰ Usamos esta expresión en el sentido que el término arte adquiere para el mundo clásico, es decir, practicar una habilidad que nos conduce a un resultado. De ahí que en el Diccionario de la Real Academia Española se recoja como primera acepción de este término: «Virtud, disposición y habilidad para hacer algo». En el caso del lenguaje podría decirse que es el arte de comunicar, pues es la «virtud, disposición y habilidad para comunicar ideas».

¹¹ Las reglas gramaticales se «deben» cumplir simplemente para «hacer efectiva la comunicación», puesto que si no las contemplamos al hablar es muy probable que nuestro interlocutor no nos entienda bien o que no nos entienda nada; pero ese «deber» no viene derivado de ningún principio de poder atribuido a quienes las fijan. Los académicos deben intervenir sobre las reglas gramaticales, presidiendo sus reformas conforme al uso popular y espontáneo con que los ciudadanos usan el idioma; sin que tengan, tales académicos, irrogado ningún poder para imponer lo que ellos pudieren considerar «la mejor forma de hablar» o «la más racional forma de hablar»; por ello, mediante la construcción gramatical, se limitan a exponer «la forma en que el pueblo habla» y, eso sí, reflejan «esa forma de hablar» en las reglas lógicas que constituyen la gramática. No podemos, por desgracia, predicar igual función de los legisladores del derecho.

competencias para dictar y establecer cómo debe hablarse en un territorio, los académicos están al servicio de la cultura y lo que hacen es recoger en la gramática (fijar las reglas) la forma tradicional (los usos y costumbres) que un determinado pueblo tiene para comunicarse, o sea, su modo de hablar. Es decir, mediante la gramática elevan a reglas (racionalizan, en la medida que les resulta posible —pues las excepciones gramaticales, como todos sabemos, son también hartamente frecuentes— el uso de la lengua) la forma de hablar del pueblo.

De la misma manera que hacemos con el lenguaje, cuando en nuestro ámbito comunicativo tratamos de transferir o conservar una idea, para ello, procuramos manejar correctamente el idioma o el «arte de hablar» (del país donde nos encontremos, si es España, claro está, el español), cuando se trata de transferir o conservar un bien (supongamos, por ejemplo, que un patrimonio) el resultado de mi acción (en este caso jurídica) dependerá, también y siempre, de mi habilidad (arte) para practicar el Derecho correctamente; para lo cual el jurista, igualmente, como primera condición, deberá procurar, al hacerlo, respetar las reglas jurídicas (las leyes en este caso) del ordenamiento jurídico español (sí, claro está, se encuentra en España) a los efectos de conseguir tal objetivo.

La única diferencia, aparente, en la relación entre lenguaje y reglas gramaticales y Derecho y leyes, es que las leyes, en nuestro sistema de Derecho actual, para nuestro mal, no siempre se dictan de acuerdo a la forma consuetudinaria y espontánea que el pueblo tiene de emplear el Derecho (como aún, según hemos precisado, sigue ocurriendo con la gramática); incluso a veces las leyes se dictan contra esa forma espontánea de uso y, lo que es peor aún, a veces contra los propios intereses del pueblo, puesto que el legislador soberano —la clase política dirigente, quiero decir, con ambiciones, por desgracia y demasiado frecuentemente muy concretas y distintas a los provechos de la ciudadanía— dicta la ley —*Dura lex sed lex*— y la impone, satisfaciendo, demasiadas veces, sólo intereses particulares y la mayor parte de esas ocasiones, como puede comprobarse, por motivos muy lejanos al «bien común» de la sociedad, alterando, en demasiadas ocasiones, modos de vida e imponiendo así modelos éticos «a la carta» o «totalizadores».

Como sabemos, no siempre existió la gramática española (hasta que Nebrija no se ocupó de ello fijándola en 1492 en su célebre *Gramática castellana*), ni tampoco existieron siempre los Códigos legislativos (en España no aparecen hasta la Ley de 11 de mayo de 1888, suscrita por Alonso Martínez). Antes de ello los criterios orientativos para el buen uso del lenguaje y del derecho (para transferir hábilmente ideas mediante la

lengua o bienes, que es la función del jurista) fueron las costumbres (el uso consuetudinario) y, además para el derecho, la doctrina jurídica¹². Y si, como decimos, hubo un tiempo donde no existían la gramática o las leyes (*stricto sensu*) no por ello podemos afirmar que, en aquel tiempo, no existiera el lenguaje o el derecho, como resulta obvio.

Como ya he explicado en algunos de mis trabajos, la racionalidad del lenguaje o del derecho es una cualidad que (aunque implícita a ambos) se predica fundamentalmente y con cierto singular alcance o significación a partir de la Ilustración, como consecuencia de la necesidad que los ilustrados exteriorizaron de explicar formalmente y racionalmente la realidad que les rodeaba, para disipar así «las tinieblas de la humanidad mediante las luces de la razón»; antes no importó —tanto a juristas como a literatos— de un modo decisivo ese aspecto —la mayor o menor racionalidad, quiero decir— del arte que practicaban, sino que el hecho decisivo para desarrollar su actividad lo fue, por lo general, el carácter inveterado y la carga de «sentido común» de las reglas que necesitaban para hacer bien aquello que practicaban.

Si tenemos en cuenta este interesante hecho, podemos advertir, hasta cierto punto, los fundamentos que permiten descifrar, con cierta corrección, el significado que adquieren las tópicas palabras con las que Celso define el Derecho: *Ius est ars boni et aequi*¹³. Esta frase, que ha sido objeto de numerosos estudios¹⁴, sea vacua o no y trascendiendo de la

¹² Como sostiene Gregorio Robles «Doctrina jurídica» sería entonces el conjunto de verdades, principios y conceptos que el docto en Derecho transmite a sus alumnos, bien de forma oral, en las clases que imparte, bien de forma escrita... La doctrina jurídica es lo que se enseña en las Facultades de Derecho por parte de los docentes a los discentes. Las virtudes que le corresponden son, sobre todo, de naturaleza intelectual. La doctrina ha de ser inteligible, ordenada y sistemática, expresada en un lenguaje apropiado. Al mismo tiempo, dicho lenguaje ha de ser riguroso, conceptualizado, alejado de los vulgarismos». Robles Morchón, G.: *Teoría del Derecho. Fundamentos de Teoría Comunicacional del Derech*, vol. II. Thomson Reuter, Editorial Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2015, pp. 37-38.

¹³ Siguiendo la clásica versión latina de Theodorus Mommsen. ULPIANUS *libro primo institutionum. Iuri operam daturum prius nosse oportet, unde nomen iuris descendat. est autem a iustitia appellatum: nam, ut eleganter Celsus definit, ius est ars boni et aequi.* CORPUS IURIS CIVILIS / EDITIO STERREOTYPA SEPTIMA / VOLUMEN PRIMUN / INSTITUTIONES / RECOGNOVIT / PAULUS KRUEGER / DIGESTA / RECOGNOVIT / THEODORUS MOMMSEM / BEROLINI / APUD WEIDMANNOS / MDCCCXCV (El texto transcrito corresponde a la página 1 del *Digestorum seu Pandectarum*).

¹⁴ Entre otros muchos podemos señalar Fernández de Buján, A.: «Conceptos y dicotomías del "IUS"», en *Religión y Cultura*, XLVI, Madrid, 2000, p. 124; Di Pietro, A.: *Derecho Privado Romano*, Depalma, Buenos Aires, 1996. p. 38. Arias Ramos: *Derecho*

polémica crítica que sobre ella nos ha legado Schulz, no puede más que referirse a la apariencia que resulta de considerar al Derecho, sobre todo, como actividad y elaboración de los juristas¹⁵ y no como resultado de una ingeniería racional que pretenda «imponer» modelos de vida social, por excelentes que estos últimos resulten a juicio de algunos «sabios».

II. EL ARTE DEL DERECHO

Así pues, y si tenemos en cuenta esta no indiferente circunstancia que define el mundo jurídico, el Derecho podría ser definido como el «arte comunicativo propio de juristas para transmitir y conservar bienes entre los miembros de una determinada comunidad», arte que para su correcta práctica, como es lógico, requiere del conocimiento y del uso de unas reglas o patrones que «deben ser» respetadas por la comunidad —y muy especialmente por los especialistas, a los que el pueblo acude en auxilio— y que, en cualquier caso, no deben ni pueden ser caprichosamente formuladas por las instituciones encargadas de «limpiarlas, fijarlas o darles esplendor». Pues como sostiene Arias Ramos, estas reglas llenan una finalidad, y esta finalidad y no el arbitrio del legislador, habrá de ser el criterio a que ha de obedecer su implantación¹⁶.

Sabemos que el uso del término «arte» no es pacífico y que este vocablo puede reunir en si diversas acepciones. La Real Academia Española lo define, entre otras significaciones, como: «Virtud, disposición y habilidad para hacer algo», o «Conjunto de preceptos y reglas necesarios para hacer bien algo», o «Maña, astucia». Como podemos comprobar, todas ellas

Romano. Ed. Revista de Derecho Privado, 18 ed. 1986, vol. I, pp. 31 y ss. Schulz: *Storia della giurisprudenza romana*, trad. it. di G. Nocera, Firenze, 1968.

¹⁵ Como el propio Arias Ramos admite, *op. cit.*, p. 33.

¹⁶ Las reglas gramaticales en el uso del lenguaje tienen una finalidad bastante clara, con ellas se trata de sistematizar bien el uso del idioma a los efectos de hacer más fácil y seguro su uso y su aprendizaje: mediante ellas se facilita el arte de intercambiar la información (ideas) entre los miembros de una determinada comunidad. No es, pues, el caprichoso arbitrio de los académicos, ni su deseo de imponer coactivamente «un determinado uso» de una lengua (por racional que parezca, pues pacíficamente se admite que la lengua sólo puede ser producto del espontáneo uso de esta por el pueblo) el que predomine a la hora de construir una gramática, sino la rigurosa sistematización de una lengua viva y en uso por el pueblo. El intento de someter la lengua a criterios racionalizadores y universalizantes, tan propio de la Ilustración, sin embargo, ha tenido alguna tentativa —la tentación modernizante de imponer totalitariamente el dictado de la Razón no ha escapado ni siquiera en este sector—; concretamente nos referimos al proyecto que se denominó esperanto, un idioma racional, universal y presuntamente perfecto, creado por «la ciencia» para imponerlo al pueblo. Pero como todos sabemos, el pueblo se resistió porque todo tiene sus límites.

acepciones relacionadas u orientadas a lo que podríamos llamar: la «vida vivida»¹⁷, la vida práctica; es decir, relacionadas con «el hacer» y no, tanto, con «el describir cómo hacer».

De ahí, como no puede ser de otro modo, que con el término latino *lex artis* se designe la apreciación sobre si la tarea ejecutada por un profesional (sobre todo referido al arte médico) es o no correcta o ajustada, o no, a lo que «debe hacerse».

De ahí, también, que, si la actuación de un profesional es adecuada a las reglas experimentadas, habituales, tradicionales, rutinarias, es decir, pertinentes a su profesión se hable, en general, de una buena «praxis» en el ejercicio de una determinada profesión.

El derecho, en este sentido, es pues un arte, un saber hacer mediante el cual los miembros de una comunidad, con la mediación profesional de los especialistas, conservan sus bienes (de una u otra naturaleza) y los pueden transmitir cuando les interesa. Arte de especialistas pues; es decir, saber hacer de juristas que, como en tiempos sucedía con los escribanos (en el mundo del lenguaje), ponen sus conocimientos al servicio de la sociedad, de las personas necesitadas, para que puedan comunicar o transferir y conservar (bienes). Arte complejo, pues en ocasiones requiere la resolución de conflictos de intereses (sobre bienes), de modo que cuanto más compleja sea una situación de conflicto más necesaria será la asistencia y participación de especialistas para que la comunicación se restablezca y las partes en conflicto puedan entenderse.

Esa es la verdadera naturaleza del derecho y ese, consecuentemente, es su verdadero sentido. El resto de aspectos que acompañan al derecho (formales), con ser importantes, no deben hacer olvidar, a quién le preocupe saber qué es el Derecho, ese sencillo asunto, consciente de que las convenciones están al servicio de la comunicación para hacerla más fluida y fácil.

Cuando, olvidando esta circunstancia, la representación del derecho se torna sólo norma rígida (pura «gramática jurídica») emanada de un poder (soberano y omnipotente) con el mero fin de imponer un concreto (y la mayor parte de las veces, desgraciadamente, interesado) modelo de orden, nos arriesgamos a confundir al Derecho con un simple sistema de extor-

¹⁷ Lo que Luis Recasens Siches llama «vida humana auténtica» o «vida humana individual», frente a su concepto de «vida humana objetivada» que podemos denominar también «vida escrita» y que este autor identifica con el ámbito normativo del Derecho. Recasens Siches, L.: *Vida humana, sociedad y derecho*. Biblioteca Virtual Universal, en <http://www.biblioteca.org.ar/libros/89607.pdf> (23 de septiembre 2013), cap. I, parágrafo 13, pp. 30 y ss.

sión (totalitarismo) capaz de someter a los súbditos (también llamados pueblo o ciudadanía) y de imponerles hábitos aun muy en contra de su voluntad.

O, cuando el jurista, que también desgraciadamente ocurre, olvida que su función es facilitar la comunicación jurídica y confunde su actividad (de auxilio al necesitado) con una actividad de «explotación comercial», la consecuencia es que la comunicación se dificulta y los problemas no se solucionan, la mayor parte de las veces, además, en beneficio (económico) del «leguleyo» que en lugar de simplificar la comunicación la complica forzando así la multiplicación de trámites innecesarios y, claro está, cobrando y obteniendo llamativo lucro por ello, aun a costa de faltar a su deber deontológico.

III. DERECHO Y CONFLICTO SOCIAL

Uno de los más graves problemas del Positivismo jurídico, desde el siglo XIX, ha sido que, excesivamente atento a la validez formal o lógica de las normas y preocupado más por la lógica formal que por la función material del Derecho, ha olvidado que quizá una de las mejores virtudes del Derecho no consiste, precisamente, en «el ordenar» (o en «el imponer» cómo «debemos vivir» en una sociedad), sino en «el resolver»¹⁸ los conflictos que la vida en sociedad suele plantear (dada la complejidad de las relaciones sociales). Es decir, el aparato normativo del derecho (las leyes prefiero, en este caso, decir) deben tener un carácter no tanto ordenador como auxiliar (instrumental) al servicio del jurista (y del pueblo en general) con el objetivo de ayudar a resolver los conflictos que la vida cotidiana (en lo que se refiere a la comunicación y conservación de bienes) puede plantear.

Tal vez, por esta razón, Recasens admite que «las reglas del Derecho positivo, de un determinado pueblo en un cierto momento histórico, son normas —es decir, tienen forma normativa—, pero su contenido no es exclusivamente puro valor ideal, sino finalidad concreta, condicionada a determinadas circunstancias; es interpretación humana más o menos afortunada, que unos sujetos dan de determinados valores con respecto a una situación»¹⁹. Cuando los individuos actúan como miembros de una colectividad lo que hacen es vivir una forma de vida común (cultura) que, siempre, se ha desarrollado a lo largo de su historia como un acervo de saber (vivir); forma de vida (saber) que preconditiona (la) su comunica-

¹⁸ Contreras Peláez, F.J.: «El debate sobre la superación del positivismo jurídico», *Crónica Jurídica Hispalense: revista de la Facultad de Derecho*, núm. 5, 2007, pp. 471-502

¹⁹ Racasens Siches, L.: *Vida humana...*, *op. cit.*, p. 37.

ción (de todo tipo, ya sea lingüística como jurídica), de ahí que cada comunidad haya desarrollado su exclusiva forma de transmitir o conservar las ideas (su particular lengua) y sus exclusivas formas de transmitir o conservar los bienes (su particular derecho —en este último caso, al menos, hasta que la Codificación triunfó en casi toda Europa sojuzgando los derechos históricos e imponiendo un modelo totalizante); es decir, unas particulares formas de vida colectiva.

La misión del jurista, pues, sea cual fuere el rol que desempeñe dentro de la Administración de Justicia, consiste precisamente en contribuir a la resolución de los conflictos que surgen en sociedad (debido, generalmente, a la circulación de bienes de todo tipo), contribuir, por tanto, a que exista una buena comunicación jurídica, fluida y segura.

Todos nosotros, cuando pretendemos comprar algo, alquilar un inmueble, transmitir *mortis causa*, o inscribirnos en una sociedad, entre otras miles de actividades jurídicas que podríamos citar y que hacemos cotidianamente, deseamos, ante todo, hacerlo de una forma fluida y segura (y a ser posible, también fácil) y si al acometer cualquiera de estas actividades jurídicas (mediante las que pretendemos obtener o transmitir o conservar bienes) tenemos serias dudas sobre el modo en que debemos proceder, nos dirigimos a los juristas para que nos digan cuál debe ser el procedimiento a seguir (la buena praxis), esperando que estos —especialistas del lenguaje jurídico— nos aconsejen acertadamente, nos auxilien y no «abusen» de nosotros.

El jurista, para hacer bien su trabajo —como el «lingüista del derecho»— deberá conocer los hábitos de comportamiento jurídico (igual que el auténtico lingüista necesita conocer los hábitos de comportamiento lingüístico) de la sociedad (del país) donde esté desempeñando su función.

Para ello deberá conocer bien el ordenamiento jurídico (igual que el lingüista deberá conocer bien la gramática) y ese ordenamiento jurídico (el de cada país) debería corresponderse (como sucede con la gramática) con el modo en que el pueblo tenga de interpretar el Derecho, con sus hábitos jurídicos, con sus costumbres, con el modo en el que el tráfico jurídico se haya materializado consuetudinariamente por el pueblo. Solo que esto no parece haberlo comprendido el legislador moderno, y menos aún el contemporáneo, que, como demuestra con sus acciones, legislando a su antojo no reconoce hábitos de vida, sino que impone comportamientos, «pautas de conducta», que conforme a su, supuesta, superioridad ética, el pueblo DEBE obedecer.

No ha de extrañarnos, pues, que seamos testigos de tiempos donde la sociedad vive estresada, tiempos de cambios de instituciones y de estructuras sociales que el pueblo no parece haber exigido, tiempos donde el conflicto social, lejos de solucionarse, se agrava continuamente con un mayor y más claro enfrentamiento entre sectores sociales, tiempos de división y discordia. Pero eso al legislador parece no interesarle y, lejos de escuchar al pueblo, sigue en su tarea de legislar, aun mediante el trámite de urgencia, para imponer aquello que a él —es decir al que «cobra por mandar», o a quien tras de él se oculta— le interesa.

Muchas gracias por su atención.

