

DEMIURGIA JURÍDICA, LENGUAJE Y CREACIÓN DE LA REALIDAD CONCEPTUAL. EL «MOTOR INMÓVIL» JURÍDICO Y LOS ACTOS MÁGICOS

José Francisco ESCUDERO MORATALLA
Secretario judicial del Juzgado Social nº 2 de Girona

Gerard CASAS SOLER
Licenciado en historia

The abstract can be found at the end of the article.
El resum és al final de l'article.

1. INTRODUCCIÓN

«El derecho que es por un costado la prosa, se torna poesía en la lucha por la idea, porque la lucha por el derecho es verdaderamente la poesía del carácter.»

En un imaginativo ensayo,¹ Amedeo Conte justificaba el hecho de que su respuesta a la cuestión planteada consistiera en una serie de preguntas sin responder advirtiendo que la ciencia vive de sus respuestas, pero que la filosofía vive de sus preguntas. Del mismo modo, probablemente el presente trabajo, a caballo entre la filosofía y el derecho, dejará en la mente del lector más preguntas abiertas que respuestas aclaradas. En cualquier caso, *sapere aude*, «Atrévete a saber».²

Y es que este ensayo no pretende agotar la problemática del discurso jurídico, sino únicamente de explicitar cómo el lenguaje en que el derecho se formula se ha de leer de conformidad con un metalenguaje exclusivo, que convierte al juez en *demiurgo*³ jurídico. De hecho, la doctrina y la ju-

1. CONTE, Amedeo, «Ricerca d'un paradosso deontico. Materiali per una semántica del linguaggio normativo», *Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto*, 51, 1974, pág. 481 a 511.

2. Lema de la Ilustración.

3. Demiurgo: Dios creador en la filosofía de los platónicos y alejandrinos. En el *Timeo* de Platón, aparece como artifice del universo, la potencia activa que plasma la materia informe sobre el modelo de la realidad intangible. Significa, pues, algo así como una concepción

risprudencia constituyen el conjunto de reglas de interpretación del lenguaje del derecho. Y dicho metalenguaje genera unos efectos pragmáticos.⁴

Así, la experiencia jurídica se presenta como un complejo de fenómenos observables. La tarea de la teoría del derecho es describirlos. Si éstos, como es el caso, se manifiestan en actos de un lenguaje, entonces la teoría del derecho debe por fuerza dar cuenta de la estructura y operación de ese lenguaje y de la actividad del sujeto que lo emite: el juez.

La teoría del derecho que rechaza una definición metafísica de la norma y del derecho se propone como única tarea describir el fenómeno jurídico. La descripción de ese fenómeno requiere de la determinación de la forma como éste se manifiesta: tiene que dar cuenta de su discurso. Para ello se requiere una apropiada teoría del lenguaje.

Y sin duda uno de los conceptos fundamentales de la ciencia del derecho es el concepto de «norma»; pero, aunque se han escrito muchos libros por la naturaleza del derecho, pocos autores se detienen a averiguar lo que realmente es una norma. De hecho, muy frecuentemente este concepto es usado sin ser definido en absoluto. Esta circunstancia no es tan desastrosa si la idea de norma es clara y corresponde a un uso generalizado. Así se han dado numerosas definiciones alrededor de los conceptos de «norma», «ley», etc.; a saber:

- Ley es razón desprovista de pasión (Aristóteles).
- El legislador debe establecer las leyes, sin perder de vista dos cosas: los hombres y el territorio (Aristóteles).
- La ignorancia de las leyes origina más litigios que su conocimiento (Cicerón).
- Porque las leyes gobiernan al pueblo, gobierna el magistrado al pueblo al aplicar las leyes, y por tanto, puede decirse que el magistrado es la ley que habla, o la ley un magistrado mudo (Cicerón).
- La ley no es sino la recta razón llamándonos imperiosamente al deber y prohibiéndonos su violación (Cicerón).
- La ley es tres días más vieja que el mundo (Séneca).

exteriormente mecánica de la actividad divina. Alma universal, principio activo del mundo según los gnósticos. En cuanto a Platón, su principal aportación al campo filosófico fue su doctrina sobre las ideas, según la cual el mundo que habitamos, esta realidad material ubicada en coordenadas espacio-temporales, no es la auténtica y verdadera realidad, sino tan sólo el reflejo de otro orden de realidades, el inagotable, perfecto, verdadero y auténtico: el mundo de las ideas.

4. TAMAYO Y SALMORÁN, R., «Lenguaje del derecho y demiurgia jurídica», *Estudios jurídicos en memoria de Jorge Barrera Graf*, Editorial Porrúa, s.a., México, 1993, 1ª edición.

- *Corruptissima republica, plurimae leges*: Los estados corruptos hacen muchas leyes (Séneca).
- *Legem brevem, esse oportet, quo melius teneatur*: Conviene que la ley sea breve, para recordarla mejor.
- *Legibus pareto, ut liber possis*: Obedece las leyes para poder ser libre.
- *Legibus virtus haec est imperare, vetare, permittere et punire*: La virtud de la ley es ésta: mandar, prohibir, permitir y castigar (Modestino).
- *Lex est quod populus iubet atque constituit*: Ley es lo que el pueblo manda y establece (Gayo).
- *Lex est commune praeceptum, virorum prudentium consultum, delictorum quae sponte vel ignorantia contrahuntur coercitio, communis reipublicae sponsio*: Ley es precepto común, consejo de hombres prudentes, freno de los delitos que por voluntad o ignorancia se cometen y pacto común de la República (Papiniano).
- *Lex est ratio summa insita in natura*: La ley es la razón máxima, insertada dentro del orden de la naturaleza (Cicerón).
- *Salus populi suprema lex est*: La salud del pueblo es la mejor ley (Cicerón).
- Sin leyes, los hombres no difieren en absoluto de las bestias más salvajes (Platón).
- Tenemos sobre nosotros tres grandes déspotas: la ley, el uso y la necesidad (Menandro).
- Ley es razón de razones (Infante D. Juan Manuel)
- *Lex est quaedam ordinatio rationis ad bonum commune ab eo qui curam communitatis habet solemniter promulgata*: Ley es la ordenación de la razón hacia el bien común dentro de una sociedad, promulgada solemnemente (Santo Tomás de Aquino).
- La ley debe tener autoridad sobre los hombres y no los hombres sobre la ley. La ley debe ser un grito, la voz de los hombres un murmullo (Alfredo el Grande, monarca britano, siglo VIII).
- La ley es un precepto común, justo, estable y suficientemente promulgado (Suárez).
- Las leyes son las relaciones necesarias que se derivan de la naturaleza de las cosas o la razón humana, en cuanto gobiernan a los pueblos de la Tierra (Montesquieu).
- Las leyes inútiles debilitan las necesarias (Montesquieu).
- Las leyes deben ser sencillas, son hechas para gente de mediocre entendimiento: no son un arte de la lógica, sino la sencilla razón de un padre de familia (Montesquieu).

- Cuando visito un país, no me paro a examinar si hay buenas leyes, si no en si se cumplen las que haya, pues leyes buenas en todas partes las hay (Montesquieu).
- El estado existe por sí mismo, mientras que el gobierno no existe sino por el soberano. El más fuerte, que nunca es bastante fuerte para ser siempre el Señor, transforma su fuerza en derecho, y la obediencia en deber [...]. El hombre ha nacido libre y en todas partes está encadenado (Rousseau).
- «*La raison du plus fort c'est toujours la meilleure*»: La razón del más fuerte es siempre la mejor (La Fontaine, fábula *Le loup et l'aragne*).
- Ley es la regla de conducta, justa y obligatoria, dictada por el legítimo poder y de observancia y beneficio común (Sánchez Román).
- Ley es el principio de gobierno, nacido de las condiciones esenciales de cada pueblo (Compte).
- Ley es el modo de exteriorización del poder normativo del estado (Gregorio Peces Barba).
- Ley es la resultante matemática de toda clase de intereses que luchan dentro de una comunidad jurídica (Castro).
- Ley es palabra corta, con alcances largos. Las leyes, más que normas, suelen ser hormas (Eulalio G. Guerra).
- Si se quisieran estudiar todas las leyes, no habría tiempo material para infringirlas (Goethe).
- La ley es amiga del débil, todo lo pretende igualar, ya quisiera aplinar el mundo (F. Schiller).
- La ausencia de la ley sería más perjudicial aún que su nociva presencia; la ley, en todo caso, vendría a garantizar el orden (Antifón).
- Las normas son el modo de expresarse, mediante unidades de sentido, del ordenamiento jurídico (Hernández Gil).
- Los motivos pasan y las leyes permanecen (Maurach).
- «*Les lois sont les rapports necessaires qui derivent de la nature des choses*»: Las leyes son las relaciones necesarias que se derivan de la naturaleza de las cosas.
- La ley es aquello que se ha inventado para que los hombres no hagamos nunca lo que nos dé la gana (Miguel Delibes, en *La boja roja*).
- La medida de un país civilizado es la medida en que la sabiduría y la eficiencia de sus leyes impiden que un hombre débil se vuelva demasiado débil, y que un individuo poderoso llegue a ser demasiado poderoso (Primo Levi).
- Las leyes, a diferencia de las novelas de suspense, hay que empezar

- a leerlas por el final. Como en el caso de las novelas, para no desvelar el misterio; en el caso de las leyes, para no hacerse excesivas ilusiones (Villar Palasí).
- Los americanos son libres de mostrarse en desacuerdo con la ley, pero no en desobedecerla (J. F. Kennedy).
 - El Congreso no sancionará ninguna ley... que limite la libertad de palabra o de prensa (Primera enmienda de la Constitución de EEUU, 1791).
 - Colombianos: Las armas os han dado la independencia. Las leyes os darán libertad (Santander) (En el frontispicio del Palacio de Justicia de Bogotá, sede de la Corte Suprema de Justicia de Colombia).
 - Si las leyes hablasen, de lo primero que se quejarían es de los juristas (Georges Savile).⁵

2. LENGUAJE, PALABRA Y REALIDAD CONCEPTUAL

«Todos los humanos, por naturaleza aspiran a la luzidez.» (ARISTÓTELES)

Como en muchas otras cuestiones, Hans Kelsen (1881-1973) es el punto de partida de la reflexión analítica del derecho. Pero corresponde a Karl Olivecrona (1897-1980) el mérito de haber replanteado con toda claridad el problema de demiurgia del discurso jurídico en su ensayo *Legal Language and Reality*.⁶ El célebre profesor escandinavo señalaba que en nuestro discurso jurídico usamos expresiones como «derechos», «obligación», «facultad»; igualmente nos referimos a «capacidad», «heredero», «tutor», etc. Y hablamos de estos «entes jurídicos» como si existieran realmente. Nuestros derechos nos parecen perfectamente reales. Sin embargo, ¿no es algo muy real tener «derecho de propiedad», ser «heredero» o «tutor»? Es obvio, como observa Olivecrona, que los derechos, facultades y deberes no pertenecen al mundo sensible. Solamente existen actos humanos.

5. Para mayor ilustración ver ESCUDERO MORATALLA, J. F. y FRIGOLA VALLINA, J. *Vademécum jurídico*, Editorial Bosch, Barcelona, 1998.

6. Los comentarios reflejados en este apartado se basan, fundamentalmente en el célebre trabajo de Karl OLIVECRONA «Legal Language and Reality» en *Essays in Jurisprudence in Honor of Roscoe Pound*, Bob Merrill Company, Inc. Indianápolis, 1962. Existe una versión en castellano: *Lenguaje jurídico y realidad*, traducción de Ernesto Garzón Valdés, Fontamara, México, 1991.

Pero, ¿cómo se construyen estos «entes jurídicos»? ¿Cómo existen? ¿Qué función desempeñan? Todo lo que se afirma sobre los mismos pareciera que se basa en una especie de «creencia». Se considera que el derecho atribuye «consecuencias» o «efectos» jurídicos a ciertos actos. Cuando alguno de estos actos se realiza, nos sentimos autorizados a «crear» que el «efecto» también se ha «producido» (siempre que otras circunstancias no lo hayan impedido). Y... ¿cuáles son los actos que «desencadenan» estos efectos? Palabras, sólo palabras...

Porque la palabra,⁷ como portadora de la idea, es una llave con la que se abren y explican nuestros conceptos (Hernán Nuñez). Pero no es sólo eso, además «las palabras son imágenes de las obras» (Solón), son «indicios de lo que el pecho esconde» (Juan de Torres), son «hijas del entendimiento, y testigos que informan de su capacidad» (Quevedo).

La palabra es «vehículo de la inteligencia; y la inteligencia, la señora del mundo material» (Benjamín Constant). Toda palabra es la imagen de una imagen y el signo de una ilusión. Y cuando es palabra de verdad, es la fuerza creadora que eleva al hombre sobre la naturaleza inhumana y bruta; como diría Unamuno, «el hombre es hombre por la palabra».

Sin embargo, nada puede haber tan «contingente» y «circunstancial» como una palabra en torno a la cual cristalizan sentimientos (Maurois), porque la palabra es mitad de quien habla y mitad de quien la escucha (Montaigne). El poderoso tiene consciencia de que «un pueblo que tiene libertad para decirlo todo, puede llegar a conseguirlo todo» (Napoleón). Y aún más, la experiencia histórica ha demostrado que como afirmaba Rousseau «las ideas generales y abstractas son la causa de los más graves errores humanos».⁸

7. Etimológicamente, el término deriva de *parábola* considerada como sonido o conjunto de sonidos articulados que expresan una idea.

8. A lo largo de la historia, mediante la libertad de palabra, ciertas ideas han desafiado o han tendido a socavar instituciones o principios existentes, ya sean políticos, religiosos o económicos. Por ello, hasta épocas muy recientes la mayoría de las sociedades castigaban la disidencia como un mal intrínseco, ofreciera o no un peligro real e inminente para el ordenamiento político, religioso, jurídico o económico preestablecido. Ya decía Tácito que «raros son esos tiempos felices en los que se puede pensar lo que se quiere y decir lo que se piensa». Sin embargo, y como muy bien precisa Concepción Arenal, «[...] el oponerse a la libre manifestación del pensamiento constituye un atentado, que no deja de serlo porque se parapete detrás de un decreto o de una ley». Por ello, muchas sociedades— y particularmente las democráticas— permiten la disensión, en tanto las ideas críticas o no convencionales parecen encontrar aunque sea sólo un débil apoyo. Afortunadamente, en nuestros días existe la creencia de que una democracia es tanto más sólida cuanto mayor volumen de información pueda soportar; de que parte de la libertad del hombre consiste en su derecho a escoger y

De este modo, ciertas frases son dichas ante un notario en presencia de testigos y ¡abracadabra!, la propiedad de un inmueble se ha transmitido, alguien se ha convertido, *realmente*, en propietario y otro ha dejado de serlo. Con sólo pronunciar ciertas palabras, la «propiedad» ha «transmigrado» de un individuo a otro. Así, pronunciando palabras (consten por escrito o no), demiúrgicamente son *creados* los *entes* jurídicos. Ciertos individuos declaran algo y ¡zas! se *crea* una sociedad anónima, un municipio o un estado.

Por ello, nadie se extraña de que las palabras de una sentencia adjudiquen una herencia a un nasciturus. Más aún, nuestras declaraciones pueden afectar el pasado, y esto no es especialmente sorprendente. Y todo, todo esto, sólo diciendo palabras.

Por otra parte, los derechos, obligaciones y otros entes jurídicos son considerados «efectos» de frases sacramentales. ¿No es asombroso? Hablamos como si el discurso jurídico tuviera el increíble poder de establecer una relación genética entre ciertas fórmulas y los *efectos* jurídicos, de ahí la *demiurgia*. Resulta habitual pensar que los derechos y los deberes son creados, que los derechos son transmitidos y que las facultades son conferidas. Pero lo extraordinario del caso es que esta *creación, transmisión, o conferimiento* son realizados mediante declaraciones verbales. Y cuando usamos este lenguaje parece que nos moviéramos en una *realidad* similar a la del mundo sensible conocido. Esta «*creación lingüística*» —precisa Olivecrona— no molesta para nada a los usuarios de este lenguaje. ¿Por qué? Porque al usuario de un lenguaje le parece bastante natural decir las cosas que dice. ¿Acaso no entendemos el significado de las expresiones de un lenguaje porque lo hablamos y porque participamos del mismo comportamiento lingüístico? La justificación de un parlante para el uso de sus expresiones derivan, precisamente, de que es un parlante de su lenguaje y maneja con maestría sus expresiones. La única respuesta que puedo dar a las preguntas: ¿Por qué sé que se trasmite la propiedad? ¿Por qué sé que se realizó una adopción? ¿Por qué sé que se pronunció una sentencia? es la siguiente: «porque hablo ese lenguaje» («hablo derecho»). Cualquier hipótesis usada para explicar el uso del lenguaje tiene que juzgar su habilidad para producir ciertos resultados. Los parlantes usarán un lenguaje mientras resulte exitoso y el lenguaje jurídico, particularmente, lo ha sido.⁹

buscar la información que desea. Por ello, no es descabellado afirmar que ante la agresiva oferta medial informativa de los medios de comunicación, el «medio de comunicación», se haya convertido en sí, en el mensaje» (H.M. McLuhan). Se ha llegado a un extremo, en que podemos predicar que nos encontramos inundados de información, pero que vitalmente estamos sedientos de conocimiento.

9. El trabajo de los «operadores jurídicos» es en cierto sentido permanente y en cierto

Y los jueces y profesionales del derecho, y por lo general, los juristas dogmáticos no se han preocupado por plantear ninguna cuestión referente a la conexión entre el discurso jurídico intelectual y la *realidad* (ellos viven esa realidad). Los usuarios de este lenguaje lo usan, con independencia de la habilidad de que dispongan para proporcionar una explicación adecuada al respecto. Para ese usuario, simplemente, las palabras hacen lo que se espera que hagan. No obstante lo anterior, al teórico del derecho sí le preocupa cómo puede crearse un mundo de entes jurídicos solamente por el uso de las expresiones de un lenguaje (imagen mágica, virtud creadora). No es este el lugar para profundizar en el estudio de las funciones lingüísticas, es suficiente con señalar que, siguiendo a Alf Ross, los discursos indicativo (descriptivo) y directivo (normativo) constituyen los dos tipos fundamentales para abordar el análisis.

Lo más importante para nuestro argumento es que para todo *acto* jurídico existe una *norma* jurídica que determina las condiciones necesarias y suficientes de acuerdo con las cuales el acto jurídico se produce. Una norma de este tipo es llamada *norma de competencia* y la facultad que instituye para que cierta persona realice un acto jurídico se denomina *competencia o capacidad*. Al realizar un acto jurídico el sujeto que habla (o escribe)¹⁰ ciertamente «hace cosas con palabras». Señala Alf Ross que los efectos específicos del acto jurídico dependen de la existencia de un orden jurídico, en-

sentido efímero. Lo que es bueno permanece. Lo que es erróneo morirá. En lo bueno radica el fundamento sobre el cual nuevas estructuras serán construidas. Lo malo será desterrado y expulsado en el laboratorio de los años. Y poco a poco la vieja doctrina queda ajada. Frecuentemente los cambios son tan graduales que su significación se nota. Finalmente descubrimos que el contorno del «puzzle jurídico» ha cambiado, que los viejos paisajes ya no sirven. De hecho, si comparásemos nuestra sociedad actual con la romana de hace veinte siglos, se apreciarían notables diferencias; sin embargo, muchas de las instituciones jurídicas seguirían siendo tan viables como entonces y la diferenciación entre el jurista romano y el actual apenas si podría ser perceptible.

10. GANDÁSEGUI, M. J., *Historia del lenguaje judicial*, Consejo General del Poder Judicial, 1997. En cuanto a la materialización del proceso, nuestro lenguaje, el lenguaje de los profesionales del derecho, es un lenguaje de ida y vuelta, no sólo achacable en sus defectos a las instituciones emisoras, sino también a todos los que dedican a colaborar con la Administración que lo han hecho propio, porque ellos también han sido responsables de que la fuerza de nuestras expresiones sea tal que a todos nos resulte difícil desprendernos de ellas, hasta incluso nos pueda dar miedo. Desde luego que es una lengua técnica y específica de un ámbito cuasi científico, pero este matiz no puede ser causa que justifique su ininteligibilidad para los administrados; es como si se hubiese producido un estancamiento respecto del resto de los rasgos evolutivos de nuestra sociedad. El lenguaje se ha parado mientras las ideas se desarrollan, los principios evolucionan, las estructuras sociales y económicas se transforman y los estados cambian después de procesos rupturistas. Pero el lenguaje de los juristas, de los jueces, de los abogados, de los procuradores, ha perdido todo sentido de integración en esta

tendido como institución social, que opera como una «maquinaria» («motor inmóvil») que se mueve con palabras. En virtud de que el orden jurídico faculta a un individuo o grupo de individuos para desencadenar mediante palabras las fuerzas de esa compleja maquinaria, entonces la realización de un acto jurídico viene a ser semejante a la magia: las palabras crean el efecto que nombran.

3. LA MAGIA DEL DERECHO

«Antiguamente, cuando la religión era fuerte y la ciencia débil, el hombre confundía la magia con la medicina; ahora, cuando la ciencia es fuerte y la religión débil, toma la medicina por magia.» (Thomas SZASZ)

Según Pompeu Casanovas,¹¹ para Hägerström el objeto de conocimiento de la filosofía jurídica consiste en el análisis de los conceptos jurídi-

nueva sociedad; se parapeta en sus propias estructuras, en sus fórmulas, en sus tecnicismos como un bastión residual de un pasado esplendoroso, pero al fin pasado. Pues bien, la lengua de los juristas busca la precisión para que no haya lugar a errores, hay que ser precisos, es una garantía de seguridad; y para ser precisos hay que aferrarse a unas expresiones y a un léxico muy técnico, así se define más lo que se quiere decir y se aleja más la posibilidad de que pueda haber diversos mensajes interpretativos. Este aferrarse a la precisión da al lenguaje jurídico un carácter muy hermético respecto al resto del lenguaje social; se cierra a las aportaciones externas, que no harían, seguramente, más que clarificarlo y hacerlo más accesible a los receptores. Incluso en tiempos pretéritos y no tan pretéritos, la exigencia de lo escrito hizo que se llegase a una hipertrofia documental basada en una ecuación muy sencilla: cuanto más, más redundante y más extenso se escriba, más derechos se cobraban, luego lo que hay que hacer es exagerar la documentación. Este panorama llevó a Kagan a definir la Administración de justicia castellana como una especie de empresa que solicitaba activamente nuevos clientes, nuevos negocios de los que pensaba obtener nuevos clientes y así aumentar su prestigio. Y Cervantes afirmaba al respecto que «[...] no hay cosa que más crezca que causa en manos de escribano». Por todo ello, la profesión de escribano estuvo siempre desprestigiada, pese a su enorme poder; se desconfiaba de ellos, al mismo tiempo se les sabía necesarios por ser los que verdaderamente sabían escribir en un pleito. El hecho es que a estos oficios les debemos un legado del que hoy casi no nos podemos desprender: la hipertrofia documental y la innecesaria verborrea procesal. La frase que todos hemos oído alguna vez «lo que no está en los autos no está en el mundo», romanista, es muy significativa del valor que se dio a la escritura frente a la oralidad, siempre en perjuicio de una mayor celeridad y en beneficio de un sistema de negocios procesales institucionalizado. KAGAN, R. L., *Pleitos y pleiteantes en Castilla 1500-1700*, traducción de Margarita Moreno, Salamanca, Consejería de Cultura y Turismo de la Junta de Castilla y León, 1991, pág. 62.

11. Pompeu CASANOVAS, *Gènesi del pensament contemporani*, Biblioteca Universitària, Edicions Proa, Barcelona, 1996.

cos que realmente son usados, tales como *derecho subjetivo*, *deber jurídico*, *facultad*, *proceso*, etc.; así como el estudio de la función real, efectiva de las instituciones jurídicas. Hägerström se mostró muy interesado en las concepciones romanas del derecho. De hecho, toda la romanística germánica había servido para elaborar los conceptos de la jurisprudencia de conceptos y la jurisprudencia de intereses.¹² El mencionado autor escribió *El concepto romano de obligación* (1927) entre otros estudios jurídicos, después de haber construido su teoría del conocimiento («*El principio de la ciencia. Una investigación lógica de teoría del conocimiento*», 1908). ¿Cómo se podía hacer una historia que fuera capaz de reconstruir la concepción jurídico-romana? Se había de buscar un punto desde el cual reestructurarla, y Hägerström lo encontró en una crítica epistemológica del lenguaje¹³ que mantiene las siguientes tesis:

- a) Tesis de la realidad: la separación entre sujeto/objeto no tiene sentido, porque presupone una realidad interna distinta de la propia consciencia. El «yo» se da nada más que en una dimensión empírica, no en ningún transcendentalismo (Kant), ni en nada absoluto (Hegel). De aquí la refutación del subjetivismo y la afirmación del carácter totalmente objetivo y lógico de la realidad (refutación del dualismo materia/forma). El principio de no contradicción es el principio fundamental del pensamiento y de la realidad misma. Todo juicio de valor es un pseudojuicio, porque los valores, deberes y derechos son irreales.
- b) Tesis sobre la concepción «mágica» del derecho romano: el derecho romano —incluso en su periodo clásico— tiene una concepción mágica de la realidad porque se fundamenta en el valor operativo de la palabra. Los nombres son considerados como por-

12. «*Jurisprudencia de intereses*», esencialmente antiformalista, interesada no tanto en la lógica del derecho cuanto en los intereses reales en conflicto que la norma jurídica trata de ordenar. Los derechos no existen para realizar la idea de una voluntad jurídica abstracta, sino para garantizar los intereses de la vida. Es esta una tesis inicialmente anunciada por Ihering, quien define los derechos como intereses jurídicamente protegidos y considera que el fin social a que sirve, no la forma que adopta, es lo esencial en el derecho.

13. Es fácil ya ver el influjo que este pensamiento que anticipaba el empirismo lógico de Carnap en las teorías posteriores de Olivecrona y Alf Ross. La crítica de los valores objetivos, el concepto de obligación natural, a la vinculación jurídica y al poder mágico de los conceptos jurídicos arranca de Hägerström. Así, Ross escribe que no existe ninguna realidad normativa y que las expresiones «valor», «deber» y «obligación» no simbolizan nada, sino que en un caso dado expresan como hechos las actitudes o disposiciones de comportamiento de quien las profiere. Pero en sí mismas no tienen ningún significado.

tadores de fuerza, expresión¹⁴ y poder, y, por tanto, son capaces de producir efectos *ex opere operato* por el sólo hecho de ser pronunciados. Tomemos el ejemplo de la *mancipatio* (venta simbólica). Cada palabra había de ser pronunciada y cada gesto cumplimentado de la manera prescrita, con gestos simbólicos y fórmulas solemnes.¹⁵

Según dicho autor, las ideas no son producidas espontáneamente; se forjan a través de generaciones y son parte de la herencia cultural; para entenderlas plenamente es necesario regresar hasta el momento de su formación. Las investigaciones de Hägerström sobre las ideas jurídicas de los griegos y romanos lo llevaron a percatarse de la estrecha afinidad que éstas tenían con las creencias religiosas y mágicas. Hägerström encuentra que los viejos conceptos romanos, tales como *ius*, *dominium*, *possessio*, etc., no son sino conceptos mágicos. Ciertamente, la tesis de Hägerström era firmemente resistida; parecía inconcebible que el *ius civile* fuera un orden para la distribución de poderes mágicos y que la *jurisprudencia*, la milenaria ciencia del derecho, fuera una ciencia sobre poderes místicos de origen divino. En realidad, señala Olivecrona, el problema era comprender el contenido que atribuía Hägerström al término *magia*. Así, por creencias mágicas Hägerström entendía cualquier creencia con la posibilidad de producir efectos deseados mediante medios diferentes a los de la causalidad natural. Un rasgo habitual de los actos mágicos es la formalidad con la que se les rodea: el acto tiene que realizarse exactamente de la manera apropiada si ha de producir un determinado efecto. Precisamente por ello, los romanos eran extremadamente cuidadosos al recitar las fórmulas jurídicas. Y poco importa si a estos actos y a estos poderes se les aplica la palabra «magia». El uso del término, sin embargo, parece bastante apropiado, toda vez que tales actos y tales poderes contienen los rasgos esenciales de los actos mágicos. Para sostener sus tesis Hägerström mostró abundante evidencia histórica.¹⁶

14. A título de ejemplo, la etimología del término *cadáver* proviene de la expresión latina «*caro data vermibus*», que significa «carne dada a los gusanos». ESCUDERO MORATALLA, J. F. y FRIGOLA VALLINA, J. *Vadémecum jurídico*. Editorial Bosch, Barcelona, 1998.

15. Gayo reproduce esta fórmula para la venta de esclavos: «Yo afirmo, expreso con palabras que este hombre me pertenece según el derecho de los Quirites». La enunciación no describe una situación jurídica, sino que la crea como «realidad». «El adquirente se sirve de las palabras para activar en sí mismo fuerzas invisibles, como si quisiera penetrar mediante fuerzas mágicas en el mundo misterioso de los dioses». CARLA FARALLI, *Diritto e Magia. Saggio su Axel Hägerström*, Giuffrè Ed., Milán, 1982, pág. 101.

16. Sus conclusiones —señala Olivecrona— parecen ser tan obvias que resulta sor-

Así, ciertas ideas profundamente arraigadas sobre la naturaleza del derecho, de acuerdo con las cuales el derecho es una realidad suprasensible, se han mantenido en virtud de la manera más bien misteriosa en que se realizan los actos jurídicos. No se trata de sostener con estas ideas que el derecho tiene una naturaleza mágica, sino que la forma en que opera es exactamente igual a como operan los actos mágicos. Por ello es importante establecer una clara distinción entre los hechos que constituyen los actos de magia (el conjunto de actos jurídicos realizados por los protagonistas y los efectos creados por dichos actos) y el significado que el conjunto de creencias sobre el derecho atribuye a dichos actos y a sus efectos.

Los trabajos de Hägerström sobre este particular revelan que la magia es un elemento de firmeza, sin duda, pero que su presencia se mantiene en el desenvolvimiento del derecho, en la forma en que éste opera; funciona igual. De ahí que la ciencia jurídica dogmática, sus conceptos, su función, siguen siendo, *mutatis mutandi*, los mismos que los de la vieja ciencia pontificia y augural.¹⁷ En resumen, tenemos hechos en forma de actos augurales, ritos propiciatorios, fórmulas sacramentales; pero todo, todo manifestado a través de palabras.

Y con el propósito de mostrar la persistencia de la *demiurgia* jurídica transmitida a través de la herencia milenaria, analizaremos los usos del latín *ius* y de palabras relacionadas, no sólo porque su carga semántica y pragmática está recogida en las lenguas modernas, sino porque la demiurgia jurídica encuentra su modelo paradigmático en la cultura clásica. De este modo, los romanos utilizaban el término *ius* para indicar el lugar donde se lleva a cabo el proceso: «*ius dicitur locutus in quo ius redditur... is locus recte ius appellatur*». *Ius* señala, así, el escenario donde se pronuncia, donde se dice el derecho; designa el «*ius dicere*». *Ius* aparece, asimismo, como la expresión de un magistrado o juez. De ahí la frase: «*ita ius est*». *Ius* es un operador oracional que señala un específico pronunciamiento de palabras sa-

prendente que no hubieran sido propuestas mucho antes. De hecho —según Olivecrona—, tanto Rudolf von Ihering (1818-1892), como Sir Henry Sumner Maine (1822-1888) se acercaron a esta tesis.

17. HÄGERSTRÖM señala que «[...] la fuerza del *ius privatum* romano, así como la del *ius publicum* —*divinum* y *humanum*— descansaba sobre firmes reglas que estaban conectadas con ideas mágicas [...] un sistema que aún proyecta su sombra sobre la ciencia jurídica contemporánea. Lo que dio firmeza al sistema fueron, precisamente, las reglas mágicas. Según Polibio, el gran experto en ideología romana, la fuerza del Imperio romano descansaba en la religiosidad romana. La «ciencia» pontificia y augural podía decidir en cada instancia qué actos del Estado eran apropiados para hacer propicios a los dioses o para advertir su ira y, así, indicar si un acto del Estado iba a ser protegido por los dioses o no. ¡Qué fuente de poder tuvo que haber sido esta circunstancia!»

cramentales. Afirma Rudolf von Ihering, en su obra *El espíritu del derecho romano*, con razón que «[...] el origen del derecho no data [...] sino de la época de la creación de las funciones judiciales («derecho») y administración de justicia [...] y son [...] nociones sinónimas». El derecho existe, o mejor «algo» existe como derecho (*ita ius est*) a partir de que se pronuncia en el foro. Por ello, no es extraño que *ius* signifique en ocasiones, ‘actos o formalidades procesales’ como en las frases técnicas *in ius vocatio*, *interrogatio in iure*, etc. Por ello existen buenas razones para considerar que *ius* es, en general, más bien fórmula que concepto abstracto: *iura* es la colección de decisiones judiciales. *Iura* es una expresión que enuncia decisiones de autoridad; y dondequiera que este término se manifiesta encontramos la idea de fijación de un texto, fórmula establecida (función que era privilegio de ciertos individuos, de cierta corporación: los pontífices, los magistrados). Estamos ante el imperio de la palabra, imperio manifiesto en términos en los cuales este sentido concuerda: *iu-dex* (latín), *med-diss* (osco), *eo sago* (germánico) los cuales significan: aquel que dice la regla, o sea, «el juez». No es el hacer, sino el pronunciar, lo que es constitutivo del derecho: *ius* y *dicere* (*iu-dex*) nos recuerdan constantemente este vínculo. Por ello el verbo *dicere* domina en las fórmulas judiciales. Con la mediación de este acto de palabra, se desarrolla toda la terminología procesal romana: *iudex*, *iudicare*, *iudicium*, *iuris-dictio*, etc.

Y es que, la voz *proceso* es un término relativamente moderno¹⁸ y de origen canónico que, según Prieto Castro, vino a sustituir a palabras romanas como *lis*, *litigium* y fundamentalmente *iudicium* (juicio).¹⁹ Así, es clásica la definición de juicio como *Legítima rei controversae, apud iudicem interlitigantes tractatio seu disceptatio et diudicatio*, es decir, ‘Legítima discusión de un negocio entre litigantes tratada ante juez competente, que la dirige y determina con su decisión’. Asimismo, ha llegado hasta nosotros la fórmula *do, dico, addico*, es decir, ‘doy, concedo, asigno’, que eran las palabras con que el pretor romano daba comienzo al juicio, después de haber oído a las partes litigantes: *do iudicum*, ‘concedo el juicio’; *dico ius*, ‘doy a

18. ESCUDERO MORATALLA, J. F., «Eficacia procesal y nulidad de actuaciones, proceso, actos procesales y aproximación doctrinal a la nulidad de actuaciones», *Estudios jurídicos. Cuerpo de secretarios judiciales*, Centro de Estudios Jurídicos de la Administración de Justicia, Madrid, 1999, pág. 20.

19. *Aliter de illis ac de nobis iudicamus*, es decir ‘De distinta manera juzgamos a los demás que a nosotros’; *De similibus idem est iudicium*, es decir, ‘Un mismo juicio debe hacerse de casos semejantes’; *Ex ore tuo te iudico*, es decir, ‘Por tus palabras te juzgo’; *Ir: iudicando criminosa est celeritas*, es decir, ‘Es reproable juzgar con precipitación’; *Nolite iudicare ut non iudicemini*, es decir, ‘No juzguéis para no ser juzgados’; etc.

conocer la ley'; *addico litem*, 'asigno a quien corresponde lo que es objeto de litigio. En la tradición española se ha utilizado la voz *juicio* (de ahí la denominación de LECÍV. y LECRIM.).²⁰ Y es que el vocablo *juicio* expresa mejor que el término *proceso* el trabajo lógico del juez, su actividad humana de juzgar, que implica además la idea de resolución. Carnelutti señaló²¹ que el determinativo *proceso* es confuso y si se pretende establecer el verdadero concepto de la relación jurídica, hay que preferir el término *juicio*, concepto que traduce al campo del derecho una operación humana: el proceso mental. Sin embargo, la voz *proceso* ha triunfado y da nombre a la disciplina jurídica del derecho procesal.

Y como decíamos, el término *ius* se aplicaba también, no sólo a la decisión del *iudex*, sino a los *praecepta* o fórmulas que éste aplicaba o adoptaba en el proceso. Esto se aprecia fácilmente en expresiones como *ibidem iuris esto, quid iuris est* o similares. Por eso se sostiene que los *iura*, los derechos y facultades de los individuos establecidos *en y por* los pronunciamientos judiciales, precedieron al *ius* (conjunto de *praecepta, maxima o sententiae*). El *ius quo populus romanus utitur* (el complejo de normas que el pueblo romano aplica) nació en el foro, mediante el pronunciamiento de fórmulas secretas sacramentales. Y como señala Javier Paricio,²² «[...] nos encontraríamos, por tanto, ante uno de esos fenómenos, tan repetidos a lo largo de la historia humana, en los que los conocimientos fundamentales de los que dependen los avances esenciales para la colectividad, e incluso la misma dignidad de una época, quedan secuestrados en un limitadísimo número de personas, pertenecientes todas ellas a un grupo que ejerce el dominio sobre los demás. Así pues, en la época antigua el conocimiento del derecho, de sus ritos y sus fórmulas, se circunscribe al ámbito del colegio de pontífices, que responden cuando son preguntados por los particulares, por los jueces o por los magistrados acerca de cuál es el derecho aplicable al caso concreto y el jurista Pomponio que desarrolla su actividad en el siglo II a.C. afirma²³ que el colegio de pontífices designaba a uno de sus

20. Y que predominó en otros ámbitos. Así, *Exurge, domine, et iudica causam tuam*, es decir, 'Levántate, Señor, y juzga tu causa', que era la divisa de la Inquisición.

21. En *Torniamo il giudizio* y en una conferencia pronunciada en el Instituto Español de Derecho Procesal en 1950.

22. JAVIER PARICIO, *Los juristas y el poder político en la Antigua Roma*, Editorial Comares, Granada, 1999.

23. POMPONIO, *enchir. D. 1.2.2.6*: «[...] *Omnium tamen harum et interpretandi scientia et actiones apud collegium pontificum erant, ex quibus constituebatur, quis quoquo anno prasset privatis*» ('La ciencia de la interpretación de estas leyes (se refiere a las XII Tablas) y el conocimiento de las acciones residían en el colegio de pontífices, de los cuales anualmente se

miembros cada año para que se ocupara de responder a las consultas que se formularan en el ámbito del derecho privado, lo que lleva implícita la unidad de interpretación».

Etimológicamente, es dentro de las lenguas indoiránicas donde encontramos los antecesores del término *ius*: el veda *hob* y el avéstico *yaos*. *Yaos* significa 'purificación'; el sentido de *yob* debe ser 'salud' (así, *samca yosca* es 'felicidad y salud').²⁴

Por su parte, la palabra *yous* (*ius*) significa el 'estado de regularidad requerido por las reglas rituales'. En latín (particularmente en el lenguaje jurídico) esta idea es sobrepuesta a la doble situación advertida ya en los términos indoiránicos que le anteceden. La expresión *ius* designa cualquiera de estas situaciones (o ambas): la indicada por la derivación *iustus* en expresiones jurídicas como *iustae nuptie* ('matrimonio lícito'), *iusta uxor* ('esposa legítima'), en donde significa 'lo que está conforme con la fórmula del *ius*'. El otro significado se encuentra manifiesto en la expresión *ius dicere*, en donde *ius* funciona como el operador de la fórmula que prescribe aquello a lo que un individuo debe atenerse. Aquí yace el fundamento de la noción '*derecho*' en la Roma arcaica (y en la cultura occidental).

Asimismo, el vocablo latino *ius* tiene un verbo derivado: *iurare* ('jurar') cuyos usos nos informan del significado de *ius*. La evidencia historiográfica

nombraba uno que atendiera a las causas privadas'). Y Javier Paricio, en su magnífica obra antes citada, nos narra las reivindicaciones de la plebe romana para conseguir que el derecho estuviese fijado por escrito (fruto de ello fueron las XII Tablas) y que alguno de sus miembros pasase a ser magistrado o pontífice, ya que hasta mediados del siglo V a.C. todos los magistrados y pontífices eran patricios.

24. Según BENVENISTE, E. en su obra *Le vocabulaire des institutions indo-européennes II: Pouvoir, droit, religion*, París, 1969, «[...] el iránico conservó *yaos* en fórmulas en las cuales se combina con el verbo *da* ('invertir', 'hacer disfrutar') para formar el verbo *yaozda* (purificar), del cual derivan palabras relacionadas como *yaozdatar* 'aquel que tiene el cargo de purificar', *yaozdati* ('purificación'), etc. En estas derivaciones se aprecia claramente: el sentido original del término *yaos*: 'hacer de conformidad con las prescripciones', 'realizar según lo que requiere el culto'. Se trata de una condición del sacrificio, del rito: aquél que ofrece debe hacer apto, ritualmente, el objeto del culto (oblación). Estamos en presencia de una expresión fundamental de un código mágico: todo acto debe ser correctamente realizado por personas «purificadas». Esta eugenesia ritual es la condición indicada por *yaozda*. Así, *yob* es una expresión de augurio: se dirige a alguno deseándole que el estado de salud y prosperidad le sea concedido; *yob* es una palabra para pronunciarse. La situación de *yaos* es un poco diversa. El vínculo de *yaos* con *da* ('invertir' y 'hacer') muestra que *yaos* enuncia una acción a realizar y no (o no sólo) una palabra a pronunciar. Esta diferencia es de gran importancia en el derecho y en el ritual mágico (o simplemente en la magia) en donde los actos rituales son palabras. De los usos mágicos de los términos indoiránicos analizados deriva el poder mágico, ilocucionario, constitutivo del término *ius*.»

ca muestra claramente cómo se prestaba juramento en el mundo romano y cómo *iurare* deriva de *ius*. Aquel que induce a otro a prestar juramento debe *praeire verbis* ('enunciar el texto') que el compromitente debe repetir, palabra por palabra. De este modo, esta es la parte esencial de la ceremonia mística (o mágica). *Iurare* no designa la misma cosa que indica el verbo '*jurar*' (o sus equivalentes modernos): el hecho de comprometerse de manera solemne (invocando un dios). En Roma el juramento, el hecho de comprometerse se llama *sacramentum* (hecho por el cual se consagra uno a los dioses e invoca su castigo si falta a la palabra dada). *Iurare* sólo designa el hecho de repetir la fórmula pronunciada. La prestación de un juramento requiere dos participantes: el que *praeit verbis* (el que pronuncia el *ius*) y el que jura, el cual repite la fórmula que se llama *iurandum*: la fórmula que fija, en términos solemnes, el texto del juramento. Así, del *ius* — fórmula que fija el *praeceptum*— surge *iurare*, que significa 'pronunciar el *ius*', el cual debe ser repetido «[...] *in verba alicuius qui praeit*» ('en los términos de aquel que lo ha indicado'). En esta relación se observa con claridad la demiurgia de las fórmulas procesales romanas. Las expresiones *adigere in verba*, *iurare in verba agistri* indican la naturaleza vinculatoria (mágica) de la palabra²⁵ Así resulta clara la estrecha conexión entre *ius* y *dicere*.

Y este poder cabalístico, mágico, ilocucionario de la palabra, también se aprecia claramente en el término *fas* ('orden divino') y en sus usos rituales *ita fas esto fas est* ('según el orden divino'), *fastus*, *nefas* (*ne fas est*: pecado, lo contrario a *fas*), etc. *Fas* deriva de *far* (*for*), 'hablar', 'la palabra'. La relación de *fas* con la fuerza vinculatoria de la palabra enunciada se hace claramente manifiesta en el participio el verbo, el cual tiene un profundo valor religioso: *fatum* ('el destino', frecuentemente 'destino adverso': *fatalis*). A *fatum* puede agregarse *fama* ('se dice', 'la voz'). *Factum* y *fama* son enunciaciones, advertencias divinas. Y este poder de la palabra, de su emisor, deviene fácilmente en poder mágico (el dogma de la palabra). Es atributo del pontífice enunciarlo: *fas est, ius est*. De lo anterior, se infiere que *ius* (como en su caso *fas*) expresa una fórmula que enuncia la conducta que debe seguir aquel que jura, la regla a la cual debe conformarse. *Ius iurandum* indica la naturaleza del procedimiento y el carácter solemne (ritual de la enunciación, del pronunciamiento). *Ius*, con toda su carga mágica y religiosa, recoge la noción indoeuropea de «conformidad con una regla, con una fórmula», para que las cosas produzcan los efectos previstos. El origen

25. BENVENISTE, E., *Le vocabulaire des institutions indoeuropéennes II: Pouvoir, droit, religion*, obra citada *ut supra*.

mágico y cabalístico del derecho se aprecia claramente en el efecto de su discurso. *Ius* implica una intervención humana, sí, pero mágica; creado por el hombre pero protegido por los dioses (*whatever it means*).

De este modo, los actos sacramentales, los recitativos, en cierto momento, se volvieron fórmulas: fórmulas procedimentales. Y a partir de entonces, los actos jurídicos producen los efectos esperados, si éstos se conforman con una determinada fórmula (sentencia o máxima). Ahora, la fuerza creadora (la demiurgia) no se encuentra más en los actos sacramentales, en los actos rituales, sino en las fórmulas que los preceptúan. De lo anterior se deduce que ahora el carácter constitutivo, ilocucionario, realizativo o mágico se localiza en la norma jurídica. Las recitaciones formales se han transformado en texto. Y los jueces, en alquimistas,²⁶ encantadores, pontífices máximos interpretadores del derecho contenido en la norma,²⁷ en «hechiceros» que «[...] conjuran el destino e intentan aplacar la cólera de las fuerzas sobrehumanas, cuasidivinas, encarnadas en jueces y funcionarios que manejan a su gusto el rayo jupiterino de las sentencias, impuestos, multas o prohibiciones».²⁸ Y en el mundo de hoy, como sigue señalando Nieto «[...] el destino de los mortales está fuera de su alcance, se ha escapado de su inteligencia y de su voluntad y depende de accidentes externos, lejanos e incomprensibles.²⁹ En una época en la que ya se han racionalizado —y, en consecuencia pueden controlarse— fenómenos naturales como la enfermedad, la natalidad o la sequía, se ha perdido paradójicamente el conocimiento y control de los fenómenos sociales, y desde luego, de los legales».

26. «La ley positiva ha transformado a los juristas en gusanos que se alimentan nada más que de madera podrida, alejándose de todo lo que es sano, viviendo en aquello que está pasado y tejiendo sus siniestras telas. Así, tan pronto como la ciencia del derecho asume como objeto propio el contingente, deviene contingente ella misma; tres palabras de rectificación del legislador, y bibliotecas enteras se convierten en pasta de papel». Von KIRCHMANN, *Il valore scientifico della giurisprudenza*, Giuffrè Ed., Milán, 1964, pág. 18.

27. *Lex est quod iudex dixit*, 'Ley es lo que el juez dice' (Álvaro D'Ors).

28. NIETO, A., «El retorno de los hechiceros», *Revista Lex Nova*, julio-agosto de 2000.

29. Alejandro MANZONI, autor de *Los novios*. La primera edición de esta obra (1842) lleva un apéndice titulado *Historia de la columna infame*. Se trata de la relación de los excesos judiciales cometidos en Milán durante la peste del año 1630, en la cual un grupo de hombres fue acusado de un crimen imposible y murieron arrastrados por la culpabilidad contenida en una confesión bajo tortura (y promesas de salvación) de uno de ellos. Se les acusaba de *untar* las paredes con la intención de propagar el mal.

4. CONCLUSIÓN

La ciencia y la magia han creado los «mundos» que conocemos (tantos, como puntos de vista mágicos y científicos han sido históricamente contruidos). Cuando se usa la demiurgia del discurso jurídico se construye un «mundo» *ex iure* (*ex magia*). Ciertamente, no se puede explicar el lenguaje en que el derecho se formula usando el mismo lenguaje. Para explicarlo es necesario, como proponía Axel Hägerström, explicar los hechos (las ideas y las creencias) que están detrás de los hechos mágicos o ilocucionarios. Esto, sin duda, se puede hacer. Una teoría del derecho (que pretende entender cómo opera el derecho) tiene que hacerlo. La teoría del derecho tiene que explicar los hechos empíricos (actos jurídicos) que crean y aplican el derecho, por un lado, y tiene que dar cuenta de los «entes» jurídicos creados por tales actos, por el otro. Ahora bien, para responder a la pregunta ¿por qué los actos de ciertos individuos los sobreviven y se mantienen? O la pregunta más general: ¿Qué hace que ciertos individuos (augures, pontífices, sacerdotes, jueces) «generen» «consecuencias» jurídicas que operan el derecho? Esto se encuentra perfectamente descrito por la noción de órgano del Estado: cuando ciertos actos lingüísticos, o si se quiere, cuando ciertas expresiones son atribuidas (o adscritas) a la totalidad del grupo (a la comunidad política en su conjunto), en vez de ser «atribuidos» al protagonista, nace un ente normativo; así, ciertas expresiones (bajo cierto rito o procedimiento) son tenidas por actos de una comunidad. En la Roma de la República los actos de ciertos individuos (cónsules, pretores, césares) eran considerados (sin ningún problema) actos del Estado romano. Lo mismo ocurre en la actualidad con los actos de los jueces. Han pasado más de veinte siglos y nada ha cambiado...

Lo que vio Holmes³⁰ y que expresó en treinta años de *dissenting opinions* era justamente la imposibilidad del derecho para decidir cuestiones que afectaban a la vida de los ciudadanos. Para Holmes, las soluciones no son jurídicas en sí, sino que simplemente se toman soluciones concretas en una mezcla de técnica, ética, ideología y política. Si eso es así, el sueño de que el derecho —sea jurisprudencial o estatal— pueda solucionar cuestiones sociales es nada más que un sueño. El derecho es, él mismo, el fruto de un conglomerado de luchas económicas y sociales. Lo único que puede hacer es facilitar, pues, el marco donde estos procesos puedan desenvolverse y desarrollarse de manera más libre, con el límite de la misma desintegración de la sociedad como tal. Así, la relación entre el conocimiento teórico

30. Especialista en tratar con *ácido cítrico* las cuestiones legales más espinosas.

y el práctico no es absoluta, sino de grado. Y por tanto no corresponde al juez la noción de verdad presupuestada por el razonamiento formal silogístico, sino solamente la «intuición» incorporada en el sentido común del razonamiento material natural, en el ejercicio de su actividad jurídica como «hechicero» del derecho.

BIBLIOGRAFÍA

- ALARCÓN CABRERA, C., *Normas y paradojas*, Editorial Tecnos, Madrid, 1993.
- BENVENISTE, E., *Le vocabulaire des institutions indoeuropéennes II: Pouvoir, droit, religion*, París, 1969.
- CONTE, Amedeo, «Ricerca d'un paradosso deóntico. Materiali per una semántica del linguaggio normativo», *Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto*, 51, 1974.
- ESCUDERO MORATALLA, J. F. y FRIGOLA VALLINA, J. *Vademécum jurídico*, Editorial Bosch, Barcelona, 1998.
- ESCUDERO MORATALLA, J. F., «Eficacia procesal y nulidad de actuaciones, proceso, actos procesales y aproximación doctrinal a la nulidad de actuaciones», *Estudios Jurídicos. Cuerpo de Secretarios Judiciales*. Centro de Estudios Jurídicos de la Administración de Justicia, Madrid, 1999.
- FARALLI, C., *Diritto e Magia. Saggio su Axel Hägerstrom*, Giuffrè Ed., Milán, 1982.
- GANDÁSEGUI, M. J., *Historia del lenguaje judicial*, Consejo General del Poder Judicial, 1997.
- KAGAN, R. L., *Pleitos y pleiteantes en Castilla, 1500-1700*. Traducción de Margarita Moreno. Salamanca. Consejería de Cultura y Turismo de la Junta de Castilla y León, 1991.
- NIETO, A., «El retorno de los hechiceros», *Revista Lex Nova*, julio-agosto de 2000.
- OLIVECRONA, K., «Legal Language and Reality», en *Essays in Jurisprudence in Honor of Roscoe Pound*, Bob Merrill Company, Inc., Indianápolis, 1962. Existe una versión española: *Lenguaje jurídico y realidad*, traducción de Ernesto Garzón Valdés, Fontamara, México, 1991.
- PARICIO, J., *Los juristas y el poder político en la Antigua Roma*, Editorial Comares, Granada, 1999.
- CASANOVAS, Pompeu, *Gènesi del pensament contemporani*, Biblioteca Universitària, Edicions Proa, Barcelona, 1996.
- SÁNCHEZ DONCEL, G., *Diccionario de latinismos y frases latinas*, Editorial Noesis, Madrid, 1997.

TAMAYO Y SALMORÁN, R., «Lenguaje del derecho y demiurgia jurídica», *Estudios jurídicos en memoria de Jorge Barrera Graf*, Editorial Porrúa, S.A., México, 1993, 1ª edición.

— abstract / resum —

WORKING AS A DEMIURGE IN THE LEGAL SPHERE, LANGUAGE AND CREATION OF CONCEPTUAL REALITY. THE LEGAL «IMMOBILE MOTOR» AND THE MAGICAL ACTS

José Francisco ESCUDERO MORATALLA
Gerard CASAS SOLER

DEMIÚRGIA JURÍDICA, LLENGUATGE I CREACIÓ DE LA REALITAT CONCEPTUAL. EL «MOTOR IMMÒBIL» JURÍDIC I ELS ACTES MÀGICS

José Francisco ESCUDERO MORATALLA
Gerard CASAS SOLER

This essay purports to make explicit the way in which the language used to formulate the law should be read according to an exclusive metalanguage that converts the judge into a legal «demiurge.» Science and magic have created the «worlds» we know (as many worlds as there are historically constructed, magical and scientific points of view). And when the demiurgical nature of legal discourse is used, an *ex iure (ex magia)* «world» is built. Law itself is the fruit of a conglomeration of social and economic struggles. The only thing it can do, then, is to facilitate a framework in which these processes can take place and develop in a freer fashion, the limit being the very disintegration of society as such. Thus, the relationship between theoretical and practical knowledge is not one of absolutes, but of degree. Consequently, the notion of truth allocated by formal syllogistic reasoning does not correspond to the position of judge. Rather, what corresponds to a judge is «intuition» incorporated within the common sense of natural material

Aquest assaig pretén explicitar com el llenguatge amb què es formula el dret s'ha de llegir de conformitat amb un metallenguatge exclusiu, que converteix el jutge en «demiürg» jurídic. La ciència i la màgia han creat els «mons» que coneixem (tants, com punts de vista màgics i científics han estat construïts històricament). I quan s'utilitza la demiúrgia del discurs jurídic es construeix un «món» *ex iure (ex magia)*. El dret és, ell mateix, el fruit d'un conglomerat de lluites econòmiques i socials. L'únic que pot fer és facilitar, doncs, el marc en què aquests processos es poden desenvolupar i desenvolupar-se d'una manera més lliure, amb el límit de la mateixa desintegració de la societat com a tal. Així, la relació entre el coneixement teòric i el pràctic no és absoluta, sinó de grau. I, per tant, no correspon al jutge la noció de veritat proposada pel raonament formal sil·lògic, sinó solament la «intuïció» incorporada en el sentit comú del raonament material natural, en l'exercici de la seva activitat jurídica com a «feriller» del dret.

reasoning, in the exercise of his legal activity as a «sorcerer» of the law.

Thus, in his legal discourse, he uses expressions such as «right», «obligation», «power». And these «legal entities» are discussed as if they actually existed. Our rights appear to us to be perfectly real. Nevertheless, rights, powers and duties do not belong to the world of sensations. Only human acts exist. Nevertheless, how are these «legal entities» constructed? How do they exist? What role do they play? Everything that is asserted about these «legal entities» would appear to be based on a sort of «belief». It is felt that law attributes «consequences» or legal «effects» to certain acts. When one of these acts takes place, we feel authorized to «believe» that the «effect» also has «come about.» And... which acts «trigger» these effects? Words, only words...

And judges and legal professionals, and in general dogmatic jurists, have not concerned themselves in any way about questioning the connection between intellectual legal discourse and the «reality» (they «live» that «reality»). The users of this language use it, independently of their ability to offer an adequate explanation in that regard. For those users, words simply «do» what they are expected to «do». Thus, for any legal «act», there exists a legal «standard» that determines the necessary and sufficient conditions according to which the legal act comes about. One such standard is called the «standard of jurisdiction» and the power that it establishes for a certain person to carry out a legal act is called «power» or «capacity». When carrying out a legal act, the subject talking (or writing) undoubtedly «does things with words».

Així, en el discurs jurídic utilitza expressions com «drets», «obligació», «facultat». I es parla d'aquests «ens jurídics» com si realment existissin. Els nostres drets ens semblen perfectament reals. No obstant això, els drets, facultats, i deures, no pertanyen al món sensible. Només existeixen actes humans. Però, com es construeixen aquests «ens jurídics»? Com existeixen? Quina funció exerceixen? Tot el que s'afirma sobre aquests semblaria que es basa en una mena de «creença». Es considera que el dret atribueix «conseqüències» o «efectes» jurídics a certs actes. Quan es realitza algun d'aquests actes, ens sentim autoritzats a «creure» que l'«efecte» també s'ha «produït». I... quins són els actes que «desencadenen» aquests efectes? Paraules, només paraules...

I els jutges i els professionals del dret, i en general els juristes dogmàtics, no s'han preocupat per plantejar cap qüestió referent a la connexió entre el discurs jurídic intel·lectual i la «realitat» (ells «viuen» aquesta «realitat»). Els usuaris d'aquest llenguatge l'utilitzen, amb independència de l'habilitat de què disposin per proporcionar una explicació adequada sobre això. Per a aquest usuari, simplement, les paraules «fan» el que s'espera que «facin». Així, per a qualsevol «acte» jurídic existeix una «norma» jurídica que determina les condicions necessàries i suficients d'acord amb les quals es produeix l'acte jurídic. Una norma d'aquest tipus s'anomena «norma de competència» i la facultat que institueix perquè certa persona realitzi un acte jurídic s'anomena «competència» o «capacitat». Quan realitza un acte jurídic el subjecte que parla (o escriu) certament «fa coses amb paraules». Assenyala Alf Ross que

Alf Ross points out that the specific effects of the legal act depend on the existence of a legal order, understood as a social institution, that operates as «machinery» (an «immobile motor») powered by words. By virtue of the fact that the legal order empowers an individual or a group of individuals to unleash the forces of that complex machinery through words, the performance of a legal act ends up being very similar to magic: the words create the effect that they designate. And ideas are not produced spontaneously; they are forged through generations and form part of cultural heritage; to understand them fully, one must go backwards in time to the moment they were formed. In this way, sacramental acts, recitative acts, at a certain point in time, became formulas; procedural formulas. And from that point on, «legal acts» produce the anticipated effects, if the latter conform to a set formula (motto or maxim). Now, the «creative force» (the character of the demiurge) is no longer found in sacramental or ritual acts, but rather, in the formulas that establish these acts as precepts. From this it can be deduced that now, the «constituent», «illocutionary», «realizational» or «magical» character is located in the «legal standard». Formal recitations have been transformed into text. And the judges have been transformed into alchemists, magicians, pontiffs, the supreme interpreters of the law contained in the standard. The judges have been transformed into «sorcerers» who «[...] exorcise destiny and attempt to placate the wrath of superhuman, quasi-divine forces, incarnated in judges and civil servants who manipulate the Jupiterian bolt of lightning of sentences, taxes, fines or prohibitions as they please.»

els efectes específics de l'acte jurídic depenen de l'existència d'un ordre jurídic, entès com a institució social, que opera com una «maquinària» («motor immòbil») que es mou amb paraules. En virtut que l'ordre jurídic faculta un individu o un grup d'individus per desencadenar mitjançant paraules les forces d'aquesta maquinària complexa, aleshores la realització d'un acte jurídic ve a ser semblant a la màgia: les paraules creen l'efecte que anomenen. I les idees no són produïdes espontàniament; es forgen a través de generacions i són part de l'herència cultural; per entendre-les plenament cal retrocedir fins al moment en què es van formar. D'aquesta manera, els actes sacramentals, els recitatius, en cert moment, es van convertir en fórmules: fórmules procedimentals. I a partir d'aleshores, els «actes jurídics» produeixen els efectes esperats, si aquests es conformen amb una determinada fórmula (sentència o màxima). Ara, la «força creadora» (la demiúrgia) ja no es troba més en els actes sacramentals, en els actes rituals, sinó en les fórmules que els preceptuen. De tot el que s'ha dit es dedueix que ara el caràcter «constitutiu», «il·locucionari», «realitzatiu» o «màgic» es localitza en la «norma jurídica». Les recitacions formals s'han transformat en text. I els jutges, en alquimistes, encantadors, pontífexs màxims interpretadors del dret contingut en la norma, en «fetiillers» que «[...] conjuren el destí i intenten aplacar la còlera de les forces sobrehumanes, quasidivines, encarnades en jutges i funcionaris que manegen al seu gust el raig jupiterià de les sentències, impostos, multes o prohibicions».