



EL DERECHO COMO TEXTO

EN TORNO A LA FUNDAMENTACIÓN DE UNA TEORÍA COMUNICACIONAL DEL DERECHO

Gregorio Robles

I

El Derecho *es* texto. ¿Qué significado hay que atribuir aquí a la palabra "texto"? Y ¿cuál es el sentido de "es" cuando decimos que el Derecho es texto? La primera pregunta nos conduce a la filosofía hermenéutica. La segunda, a la ontología. Pero ¿acaso no son la misma cosa?

Si digo que el Derecho es texto, ¿estoy diciendo que no es *nada más que texto*? Y si digo que detrás del texto hay más cosas (como hombres, intereses, aspiraciones, ideales, bienes, conflictos, decisiones, poderes, sometimientos, vinculaciones...) ¿estoy diciendo que todas esas cosas que están *detrás* del texto no pertenecen a él?

Estas son las preguntas, difíciles de contestar, que anteceden a otras preguntas no menos importantes, pero quizá subordinadas, y cuyo conjunto forma el entramado problemático de la *teoría comunicacional del derecho*¹.

1. A esto responde la idea de que la teoría del derecho es análisis del lenguaje de los juristas, idea ya expresada en mi libro *Epistemología y Derecho* (Madrid 1982), en su *Introducción*. Allí me refería a la "filosofía del derecho" como análisis del lenguaje de los juristas. Pero por las razones explicadas en *Introducción a la teoría del derecho* (Madrid 1988) he preferido

II

Cuando decimos que el Derecho *es* texto, con ese "es" podemos querer decir muchas cosas. Podemos querer decir, en primer lugar, que el Derecho *se manifiesta* o *aparece* como texto. También podemos querer decir que la *esencia* del derecho es el ser texto. También, que el Derecho *existe* como texto, y si no es así no existe.

La primera intelección supone que el ser texto es tan sólo *apariciencia* o *manifestación*, que el fenómeno del Derecho se nos manifiesta en cuanto que se expresa en texto. Es el derecho como *fenómeno* el que se manifiesta. Pero debajo del fenómeno estaría la cosa en sí, que se nos manifiesta en el texto. La cosa en sí "Derecho" sería aquello de lo que habla el texto, pero éste no sería sino la aparición externa, inteligible comprensivamente. A través del texto llegaríamos a la cosa en sí, que es inaprensible, inalcanzable, la esencia.

Ello nos lleva a la segunda intelección. Que el Derecho es texto significaría que la cosa en sí, la *esencia* o *sustancia* del Derecho es precisamente el ser texto. Que se agota el Derecho en ser texto, y que todo aquello de lo que habla el texto (intereses, ideales, etc.) sería el referente "exterior" a la esencia del Derecho, cosas existentes que tienen que ver con el Derecho en sí. Ahora bien ¿puedo decir que el Derecho tiene una esencia o una sustancia? Y esta pregunta es similar a la que plantea si tiene una esencia o sustancia el juego.

¿Cuál es la esencia del juego? ¿Pasarlo bien? ¿Pasar el rato? ¿Colaborar, competir, ganar? ¿Tiene sentido plantearse el tema de la esencia o de la sustancia en relación a los ámbito prácticos u óntico-prácticos? Si tiene algún sentido, puede derivarse de que la

sustituir "filosofía del derecho" por "teoría del derecho". Ya en la versión alemana de *Las reglas del derecho y las reglas de los juegos* (Palma de Mallorca, 1984) empleo la expresión "Rechtstheorie" (ver Apéndice 2 de *Rechtsregeln und Spielregeln*, Wien-New York 1987).

idea de juego va unidad a la de *regla o norma*, y esta idea de regla o norma, a su vez, va conectada a la de texto. Pues ¿cómo puedo representarme una norma sin texto? Y ¿cómo podría jugar yo si no conozco el texto del juego al que quiero jugar? Cierto que el Derecho no es un juego, pero ¿acaso no puedo decir que en el Derecho *nos jugamos* la existencia de una sociedad justa o, al menos, soportablemente llevadera?

Por último, si el Derecho *existe*, como realmente existe en la realidad, ¿existe sólo como texto? ¿No habrá que decir que existe como acción y como organización? ¿Pero acaso la acción y la organización no son posibles porque ellas mismas son texto? ¿Y qué sentido tiene entonces decir que la acción y la organización son textos, o quizá partes de un solo texto global?

Pues bien, cuando digo que el Derecho es texto, quiero decir que el Derecho aparece o se manifiesta como texto, su esencia es ser texto, y su existencia real es idéntica con la existencia real de un texto. Sin embargo, con esto volvemos al punto de partida, y habrá que aclarar qué queremos decir con la palabra *texto*.

III

Texto es, sin duda, el texto escrito: una carta, una novela, la Biblia, el Código Civil.

Pero ¿no es texto entonces lo que digo en una conversación, el discurso del orador, la prédica del sacerdote, la lección del profesor, la sentencia del juez, un contrato verbal...? Hay que responder que sí, también es texto el texto no escrito sino tan sólo manifestado oralmente. Por la sencilla razón de que la conversación, el discurso, la prédica, la sentencia y el contrato verbal son susceptibles de ser puestos por escrito. La *verbalización*, por consiguiente, es marca inequívoca del texto.

Sigamos adelante. ¿Acaso es necesaria la verbalización, escrita u oral, la puesta en palabras *expresas*, lo que define siempre al

texto? ¿Qué ocurre ante un apretón de manos, ante el lenguaje de los mudos, ante las señales de tráfico, las enseñas deportivas, la señal de la cruz cuando rezamos...? ¿Acaso no estoy *diciendo* en el apretón de manos que saludo a la otra persona? ¿No se están diciendo cosas los mudos mediante sus signos, no me impone el semáforo el rojo la orden de pararme, y en verde el permiso para continuar? ¿No estoy diciendo al santiguarme que soy cristiano? Hay un lenguaje *simbólico*, no verbalizado, pero, de nuevo, sí verbalizable, en el sentido de que quien esté en el secreto del significado de los *signos* empleados puede poner por *escrito* el significado de dichos signos. *Estar en el secreto de los signos* es condición para entenderlos y, después, ponerlos por escrito. Todo signo *representa* algo, *significa* algo. Pero sólo entiende lo que representa o significa quien se halla en el secreto.

Además de las acciones, que representan o significan algo, que son signo de algo, hay también *obras* humanas, resultado de una acción creativa, que plasman una existencia permanente, desligada de su autor, en realidades no verbalizables, o al menos no verbalizables en su significado o representación total. La obra pictórica y escultórica, y sobre todo la *obra musical*, entran dentro de esta categoría. La obra artística, en su conjunto, es transmisora de representaciones y significados que la mayor parte de las veces no pueden ser puestos por escrito, o al menos, no lo pueden ser en su integridad, agotando las modulaciones del *mensaje*. La obra artística entraña la objetivización y plasmación permanente de lo subjetivo, la elevación a esencia de la contingencia de lo existente en el alma humana individual. Las palabras son pocas para expresarla, porque sus matices son más bien sugerencias que determinaciones objetivas. Pero no puede negarse que la obra artística es "texto" y que también es preciso encontrarse en el secreto de sus signos para comprenderla o, al menos, si no para comprenderla (porque muchas veces no estamos seguros de ello) para *experimentar subjetivamente como mensaje* lo en ella representado. La obra artística es signo descifrable en clave de

mensaje estético a la humanidad. Es tanto más universal cuanto más llega a lo humano mismo, cuanto más profundiza en la universalidad a partir del objeto concreto que representa. Esto es especialmente claro en la pintura. Pero en la música, por su propia naturaleza, la universalidad del lenguaje es algo consustancial y espontáneo. Nuestra sensibilidad se conmueve tanto al oír una balada rusa, como una sinfonía alemana, unas sevillanas, o una melodía andina.

Podemos ir más lejos, y pensar que el mundo "natural" que nos rodea, la naturaleza, se transforma también en "texto" en la medida en que comprendemos su "acción". Galilei decía que la naturaleza es un gran libro escrito en lenguaje matemático, y ¿qué es el lenguaje matemático sino un conjunto de signos que permite entender coherentemente el mundo a través de la física? ¿qué es la física sino una interpretación humana (acaso también "divina") de la realidad no humana que nos rodea?

Para entender el Derecho como texto no es preciso, sin embargo, que nos vayamos tan lejos. Volvamos, pues, a nuestro objeto.

IV

Texto y *obra*. "Obra" es lo realizado por un sujeto capaz de realizar acciones. La obra es la acción realizada. Por tanto, una filosofía de la obra nos conduce directamente a una filosofía de la acción.

Entre las "obras" encontramos aquellas que son expresadas directamente en textos escritos. Dejamos de lado, pues, las obras pictóricas, plásticas, musicales... Me refiero ahora a las obras escritas, como la novela, el poema, la obra de teatro, la narración histórica. El *Quijote* es una obra, y también lo es *La rebelión de masas*, *Fuenteovejuna*, *Veinte poemas de amor y una canción desesperada*, *La realidad histórica de España*...

Como modelo de todas estas obras, y para no hacer demasiado prolija nuestra exposición, me centraré en la obra literaria, y en concreto en la novela. Una novela es un universo cerrado. Empieza y acaba en sí misma. Es un *todo dotado de sentido propio*. Cuando leemos las aventuras del Caballero de la Triste Figura nos sumergimos en un mundo (el de la ficción) que se agota en sí mismo, que adquiere sentido desde sí mismo, que es comprensible desde sí mismo. La obra es una unidad y al mismo tiempo una complejidad. Los elementos múltiples que configuran la obra dotan al conjunto de ésta de su sentido pleno. La obra es un conjunto cuyos elementos actúan como partes integrantes, no de modo mecánico, como superpuestos, sino enlazándose unos con los otros para constituir la totalidad dotada de sentido. Una obra literaria es una *totalidad de sentido*.

La obra literaria, como sucede con todas las obras una vez creada se independiza de su creador, adquiriendo *vida propia*. El *Quijote* tiene una vida independiente de Cervantes, *La rebelión* es ya independiente de Ortega y Gasset, etc. ¿En qué consiste la independencia de la vida de la obra? ¿Qué se quiere decir cuando se afirma que la obra tiene vida propia? Se quiere decir que la obra vive como totalidad dotada de sentido, y que esa totalidad de significado tiene su propia *historia*, que es distinta de la historia del autor, esto es, de su biografía. La historia de una obra es, en lo esencial, la historia de las interpretaciones que el medio humano en el que vive le va adscribiendo a lo largo del tiempo². De tal modo que, por ejemplo, entender *hoy* el *Quijote* supone no sólo leer directamente la obra cervantina y estar en permanente contacto con su literalidad, sino *también* incorporarse o asimilar el conjunto de interpretaciones que se han producido desde que apareció hasta nuestros días. La obra tiene una *existencia histórica*. Es como un río que lleva las aguas de sus orígenes pero que

2. Es lo que Gadamer llama "historia efectual" (*Wirkungsgeschichte*). Vid *Wahrheit und Methode*, passim.



a medida que transcurre va incorporando aguas de otros ríos (sus afluyentes) así como materiales arrastrados del más diverso género.

La existencia histórica de la obra, su "historia efectual", está formada de múltiples componentes, pero entre ellos destaca sobremanera las exégesis de los *críticos literarios*. La crítica literaria es como un metalenguaje sobre el lenguaje del texto originario, mediatizado a su vez por los metalenguajes sucesivos que se han ido produciendo a lo largo del tiempo por otros críticos. Hay además una *imagen social* de la obra, la que tiene la gente en general. Pero esa imagen normalmente no es sino el resultado difuso del encuentro plural de las interpretaciones de los críticos. Para entender "correctamente" la obra hay que atreverse a penetrar en la historia crítica de la misma.

La novela es un género narrativo. Nos *cuenta* la historia ficticia de unos personajes, sus caracteres, sus acciones, sus conflictos. La *intencionalidad objetiva* de la novela, en sí misma considerada, es narrar, contar, relatar. La *intención subjetiva* del autor, por lo general, es deleitar, aunque también puede tener otros propósitos secundarios, como lanzar un mensaje de esperanza, suscitar una inquietud, llamar la atención sobre un problema... Pero una "buena" novela no es un tratado de moral. Cuando encontramos "moralina" en una novela normalmente nos desagrada y nos resulta empachosa, cursi, ridícula... Una buena novela es la que deleita. Igual que un buen libro de filosofía es una obra que nos abre caminos, nos suscita nuevos pensamientos o inquietudes, y no nos narra "cuentos", lo que caracteriza a la novela (y también al cuento) es el deleite de la narración. En el fondo de este deleite se encuentra siempre la reminiscencia de la sorpresa y admiración del niño ante la maravilla del mundo que nos rodea. Por eso se dice que una buena novela "atrapa". La buena novela no siempre recibe premios, pues los premios son cosa del poder, y el deleite es cosa del espíritu.

Entre las características de la novela se suele mencionar tradicionalmente la de *verosimilitud*, esto es, que su narración, lo que cuenta, sea similar o parecido a lo verdadero, a lo que pasa o puede pasar. Verosimilitud significa que es posible que suceda, haya sucedido o sucederá, y también que aunque nunca suceda bien pueda ser que sí. A diferencia del cuento, en la novela los animales no hablan, las montañas no se mueven, no existen hadas ni gnomos. No se producen sucesos ni existen personajes inverosímiles. La novela, por consiguiente, tiene que ver con la verdad. Se relaciona con la verdad de manera indirecta, ya que no tiene por qué relatar nada que realmente sea verdad. Su relación con la verdad es la de mera posibilidad, por muy distante que esta sea.

V

El *texto histórico*. La relación del texto histórico con la verdad es profunda y directa. El texto histórico relata la *historia*, esto es, lo que ha acontecido a lo largo del tiempo en el pasado. El texto histórico narra la historia. La palabra "historia" tiene los dos significados de "conocimiento histórico" y "realidad histórica", de ciencia que conoce y realidad conocida. Lo mismo pasa en otros campos: la economía es tanto el conocimiento o ciencia económica como la realidad económica conocida.

El texto histórico no se puede conformar con la verosimilitud, ya que su razón de ser es contar la *verdad*. Está en función de su concordancia con lo que realmente sucedió. La prueba de fuego para un texto histórico es su adecuación a la verdad. Si no refleja la realidad histórica, entonces el texto se desvirtúa, se transforma en un texto falsamente histórico. Pero ¿cómo estar seguros de que un determinado texto histórico no se ajusta a la verdad? Escribiendo otra historia que demuestre la falsedad del texto criticado. Ahora bien, en la mayoría de las veces esa demostración no pro-

porciona la certeza suficiente. No es posible una prueba histórica apodíctica. Se puede decir que la *communis opinio* de los historiadores será la señal decisiva de la corrección de los conocimientos alcanzados. Pero esto no deja de ser una solución para salir del paso, pues ya sabemos que las opiniones comunes o dominantes cambian de época en época, además de no ser infrecuente la convivencia de opiniones distintas sustentadas por grupos de historiadores igualmente numerosos.

Esa incertidumbre deriva de la propia naturaleza del conocimiento histórico, que no es meramente descriptivo, sino *interpretativo*. El historiador puede llegar al convencimiento interno de que han sucedido determinados hechos en el pasado (los "hechos históricos"), pero la conexión entre ellos y su relación con el fluir conjunto de la historia no es posible mediante la descripción, sino únicamente mediante la interpretación. Toda historia lleva en sí misma, aunque sea escondida, una *filosofía de la historia*, una manera de ver el decurso conjunto de los acontecimientos y personajes, estructuras sociales y mentalidades ideológicas a lo largo del tiempo. En el fondo, todo trabajo histórico (y por tanto todo texto histórico) supone, por muy inconsciente que sea, una concepción de la historia universal. Podemos ir más allá afirmando que *sólo existe la historia universal*, de la cual los textos históricos particulares constituyen retazos. El sentido de éstos sólo se adquiere mediante su vinculación con el todo. De nuevo nos encontramos aquí con una totalidad de sentido, pero esta vez no en referencia a la obra cerrada de la novela, sino a la realidad histórica universal. Por esa razón, cada época tiene que reescribir la historia para encontrarse a sí misma en el proceso imparable de los siglos. Mientras que la obra literaria se encierra en sí misma, adquiere "valor eterno". De ahí que los grandes poetas, novelistas y dramaturgos sean "inmortales", mientras que los historiadores son arrastrados con las olas incesantes de los tiempos. Sólo pueden trascender la contingencia en la medida en que elevándose por encima del

relato histórico son capaces de ofrecer una auténtica concepción filosófica de la historia en su conjunto, pero entonces ya no son historiadores propiamente sino que han penetrado en la academia de los filósofos, otra raza de privilegiados a los que los cambios perdonan la vida.

VI

El *texto bíblico*. La Biblia es un libro, o mejor, un conjunto de libros relacionados entre sí de modo que forman una unidad, una totalidad de sentido. Ahora bien, podemos preguntarnos: la Biblia ¿es un texto literario? ¿un texto histórico? ¿qué tipo de texto es la Biblia?

Para contestar a esta pregunta creo útil adoptar un doble punto de vista: el punto de vista externo y el punto de vista interno. Para el punto de vista externo (es decir, un punto de vista que escapa al del creyente, como es el punto de vista del mero observador, del investigador de géneros literarios y del historiador), la Biblia es un texto literario y además un texto histórico, y un texto profético. Lo primero en cuanto que está escrito en un determinado estilo, o mejor sería decir en varios, ya que se mezcla la descripción épica (por ej. en *Génesis* y *Exodo*), con la manifestación lírica (como en los *Salmos*), la fabulación y el símbolo (como sucede en innumerables pasajes del Viejo Testamento y en las parábolas del Nuevo)... Lo segundo, es un texto histórico, en la medida en que relata acontecimientos del pasado, primero relacionados con la historia del pueblo elegido, y después con la venida del Salvador. Es también un texto profético, pues se proyecta en el futuro, siendo ésta una de sus características constantes.

Desde el punto de vista interno, para el fiel o creyente, la Biblia es la *palabra de Dios*. No es, primordialmente, ni literatura, ni historia, ni predicción a secas. Es la *revelación* de Dios



a los hombres con un doble objetivo: que éstos conozcan la verdad y que orienten sus vidas de acuerdo con los mandamientos y consejos que en el Libro se registran. La esencia interna de las Sagradas Escrituras es el ser *mensaje* dirigido por Dios a los hombres a través de determinados intermediarios humanos. Los aspectos externos de género literario, caracteres históricos, etc. pasan a un segundo plano respecto del centro nuclear que es el mensaje. Mediante el mensaje de Dios *se comunica* con los hombres para que éstos creen, y creyendo, orienten sus vidas, esto es, actúen de una determinada manera. A diferencia del texto literario y del texto histórico, el texto bíblico no sólo tiene una función narrativa, sino también *prescriptiva*. Cuando el cristiano lee la Biblia no la lee primordialmente para saber qué fue lo que ocurrió, sino sobre todo para saber qué es lo que Dios quiere de él y de la comunidad cristiana a la que pertenece. Si nos preguntamos cuál de las dos funciones pragmáticas del texto bíblico es la decisiva, si la narrativa o la prescriptiva, tenemos que contestar de inmediato que esta última, pues no se trata de un mensaje teórico, sino de una *comunicación revelada de carácter práctico*, esto es, orientada a la conducta. Por eso, los aspectos narrativos pasan a un segundo plano, y adquieren su sentido sólo en conexión con el aspecto prescriptivo. La Biblia es un mensaje de salvación, y no un tratado de biología, de física o de historia. La "verdad científica" que relata la Biblia es la coetánea de sus autores, que transmiten el auténtico mensaje (que es el prescriptivo) a través de sus representaciones del mundo. Es absurdo tomarse las "teorías científicas" de la Biblia (como la creación de la mujer, o la imagen del universo) como si fueran verdades de fe. En esos puntos, el autor humano del libro bíblico emplea, como es lógico, el lenguaje de la época o bien su propia imaginación simbólica.

La lectura del creyente sólo es posible si parte de una actitud inicial: la actitud de fe, que implica dos cosas, confianza y acatamiento. Esto caracteriza el punto de vista interno, a diferencia del

externo que busca sólo las cualidades estéticas del texto, sus dotes narrativas, su imagería simbólica, etc. La lectura del creyente es radicalmente distinta de la del no creyente, porque es una lectura de alguien que está implicado, comprometido. Confía en Dios y en su palabra, y en consecuencia acata su mensaje. Esto lo podemos resumir en una frase: el creyente confía en la *revelación*, y la acata. La fe en la revelación es la piedra angular de la lectura *interna*.

Por la revelación Dios se manifiesta a sí mismo y manifiesta su voluntad, para que los hombres la puedan conocer y cumplir. Dicha revelación se produce históricamente en diversas fases, siendo la Biblia un texto que va haciéndose desde el *Génesis* hasta el *Apocalipsis*. A partir de aquí, la Biblia se convierte en un texto *cerrado*, en el sentido de que queda concluida la revelación expresa. No obstante, la doctrina teológica ha introducido un elemento complementador del texto escrito cerrado, a saber: la *tradición*. Aparece así la "historia efectual" de la Iglesia como comunidad de creyentes constituida por Cristo e inspirada por el Espíritu Santo. La tradición implica asumir el desenvolvimiento histórico de la realidad viva de la comunidad cristiana y de su fe, que da sentido y contenido siempre renovado al mensaje contenido en el texto escrito.

VII

El *texto jurídico*. A diferencia de la novela y de la historia, el texto jurídico es un texto no narrativo, sino *prescriptivo*. En ello se parece al texto bíblico, pero sólo parcialmente, pues en éste también se manifiesta la verdad. Mediante el texto jurídico el grupo humano (pensemos en el Estado como prototípico) *se constituye y revela a sí mismo*, comunicándose con los miembros para imponerles organización y conductas.

Siguiendo el hilo conductor de la trasposición del pensamiento teológico al jurídico (las categorías jurídicas son en gran parte herencia de los esquemas conceptuales de la teología escolástica), puede afirmarse que el "acto creador" del orden jurídico es la *constitución*. Esta da lugar al "mundo jurídico", que a diferencia del mundo universo está formado por una pluralidad de órdenes, usualmente denominados *ordenamientos jurídicos*.

Todo ordenamiento jurídico es un *texto verbalizado o verbalizable*, en el sentido que o bien se nos da ya escrito, o bien es susceptible de ser "traducido" en términos escritos. Así sucede con el llamado Derecho consuetudinario o "Derecho de los hechos sociales", cuyo origen genético no es la "norma proclamativa", sino la "norma subsistente"³ en la regularidad social. Surja de una manera u otra, el derecho ya constituido se fija en el texto escrito.

El texto jurídico es un texto *abierto*. No es, por tanto, una "obra" (aunque es posible el análisis literario o histórico de una porción del texto jurídico, como puede ser por ejemplo el Código Civil). La apertura del texto consiste en que no se da de una vez por todas (como sucede con la novela), sino que se va generando y regenerando progresivamente como mecanismo autopoietico que es⁴. El ser textual del Derecho es un ser *in fieri*, nunca acabado, sino permanentemente en transformación. Se autogenera mediante decisiones diarias, que toman cuerpo en nuevas leyes, en nuevas normas de distinto tipo, en nuevas sentencias judiciales, etc.

Detengámonos algo en alguno de estos caracteres.

3. Según expresiones de Th. GEIGER, *Vorstudien zu einer Soziologie des Rechts*, 4 ed. Ed. M. Rehbinder, Berlin 1987, *passim*.

4. En expresión de N. LUHMANN, véase mi *Sociología del Derecho*, Madrid 1993, pp. 202 y ss.

VIII

El texto jurídico es un *texto prescriptivo*. ¿Qué quiere decir esto? Quiere decir sobre todo que el texto jurídico está dotado, como una totalidad, de una función pragmática determinada que le hace ser un conjunto de mensajes cuyo sentido immanente es dirigir, orientar o regular las acciones humanas. Es más, el propio texto *crea* aquellas acciones que pueden ser consideradas como jurídicas, y por ello el regular la acción no significa que la acción *jurídica* exista antes que el texto, sino que es el texto el que la constituye. Por extraño que pueda parecer, el asesinato como acción jurídica no existe como tal antes que el texto jurídico determine prescriptivamente qué ha de entenderse por asesinato. La acción física de matar a otra persona existirá con independencia del texto, pero la acción "jurídica" calificable como asesinato sólo es posible merced a la preexistencia del texto jurídico.

La función regulativa o prescriptiva del texto jurídico no se agota en la acción, en la determinación de los requisitos para que ésta se produzca. También se extiende a modalidades deónticas no constitutivas de la acción, sino que presuponen la constitución de ésta, tales como ordenar una conducta, prohibirla, permitirla, autorizarla, etc. Y además, aquella función también se extiende a la determinación del marco espacio-temporal de la acción, de los sujetos y sus competencias respectivas, elementos todos ellos que aunque no afectan directamente a la acción, la condicionan indirectamente, y en este sentido también la regulan. La función prescriptiva es relativa a la *acción*, que se eleva así a categoría central de la teoría del Derecho. Al decir que el texto jurídico es prescriptivo no estamos diciendo otra cosa sino que todo él adquiere su sentido en relación con la acción. Por tanto, el texto jurídico es un texto *práctico*. Y no teórico. Lo que hace que, por ejemplo, en el texto jurídico no encontremos "definiciones", que por su propia naturaleza pertenecen a la función teórica del lenguaje.

También puede afirmarse que el texto jurídico es un texto *organizador*. Pero en realidad el aspecto organizativo forma parte de su "ser prescriptivo". La regulación no se limita a la prescripción de acciones sino que extiende asimismo a los presupuestos (especialmente sujetos y competencias) de las mismas, todo lo cual comporta la estructuración de un *aparato institucional*, del que carecen otros "textos prácticos" como la moral⁵.

La función pragmática afecta al conjunto del texto prescriptivo que es el texto jurídico. No puede haber elementos dentro del texto que no vengan mediatizados por esa función. Porque se trata obviamente de tener en cuenta la existencia de *ámbitos*⁶ que en sí mismos tienen su propia "legalidad", su propia idiosincrasia. Igual que en la novela todo es narrativo, aunque aparezcan en ella elementos que tomados aisladamente no lo serían (p. ej. una orden, o un consejo), e igual que en las Sagrada Escritura todo es mensaje revelado (y en ese contexto de mensaje es como hay que entender cada uno de sus elementos, y no, p. ej., como teorías "científicas" acerca del universo), así en el texto jurídico todo es prescriptivo o regulativo. Porque lo que determina la naturaleza de los elementos es la naturaleza del conjunto. Por ese motivo, el Derecho no puede ser considerado como una "suma" de elementos, llamados normas o de cualquier otra manera (instituciones, etc.), sino que el todo, lo que se denomina habitualmente "ordenamiento jurídico" es el concepto prioritario y previo en el que adquieren sentido los elementos particulares. Por esa razón, aunque el legislador crea que está narrando, fabulando, teorizan-

5. *Vid.* la diferencia entre ámbitos prácticos y óntico-prácticos en *Las Reglas del Derecho y las Reglas de los Juegos*, cit. La moral es un ámbito práctico en el sentido de que la institucionalización o no existe o se reduce al mínimo de la determinación de la instancia suprema creadora de normas morales. El Derecho y los juegos son ámbitos óntico-prácticos, pues en ellos el elemento institucional es relevante. Ahora bien, los elementos "ónticos" no son teóricos, sino prescriptivos.

6. Para el significado de *ámbito* ver *Las Reglas del Derecho y las Reglas de los Juegos*, cit. p. 29 y ss., 112 y ss., 168 y ss.

do, definiendo, etc., lo que en realidad está haciendo es prescribir. Una "definición" en un texto legal no es una definición, sino una "prescripción" que ordena, por ejemplo, cómo hay que entender una palabra en el marco de los significados del ordenamiento. Perder esto de vista es olvidar el carácter de *totalidad de significado* que es el ordenamiento jurídico.

A esta característica la podemos llamar el *principio de la prioridad pragmática*. Es extensible a todo tipo de texto. Así, todos los elementos de la novela están subordinados a la función narrativa que le es propia. Por ejemplo, la orden que da Don Quijote a Sancho Panza de que no abuse de los refranes es, en sí misma considerada (esto es, abstractamente, sin tener en cuenta el texto de conjunto en el que viene inserta) una orden, y por tanto lenguaje prescriptivo. Pero si se tiene en cuenta la totalidad de significado de la obra en la que viene inserta, no se trata obviamente de una orden a secas, sino de la narración de una orden ficticia dada por un personaje imaginario a otro personaje imaginario. El sentido se completa únicamente a partir de la consideración del elemento concreto en el marco de texto conjunto. Lo mismo sucede en el texto jurídico que es todo ordenamiento. Su función pragmática es *regular*, que implica organizar y dirigir la conducta; en suma, *prescribir*. Todos los elementos que aparecen en el texto jurídico adquieren su significado profundo o verdadero en el marco de la totalidad de significado que es el ordenamiento. Los elementos concretos, abstractamente considerados, pueden no tener sentido prescriptivo. Por ejemplo, una frase que diga qué *es* la compraventa, aisladamente considerada. Pero en el marco de la totalidad de sentido del texto jurídico un artículo del Código Civil que recoge la misma frase no está "describiendo" lo que es la compraventa, sino que está estableciendo o imponiendo lo que ha de entenderse por compraventa en ese ordenamiento concreto. El "es" que aparece en el artículo del Código ("la compraventa es...") está dotado de una fuerza pragmática muy distinta del "es" de la frase

aisladamente considerada o que aparece en un contexto narrativo. En una novela no encontramos órdenes, sino narraciones ficticias de órdenes. En el texto bíblico no encontramos "teorías" sino mensajes para ordenar la vida. En un texto jurídico no encontramos definiciones ni narraciones, sino todo lo más prescripciones de definiciones o narraciones. El principio de prioridad pragmática, por lo tanto, es un principio ontológico del texto. La determinación de los significados concretos proviene de la totalidad de significado que el texto establece. La primera tarea del intérprete es saber en qué clave pragmática está constituido el texto. Por ejemplo, si el intérprete no sabe que el *Quijote* es una novela de caballerías, y cree que es un texto histórico narrado por Cide Hamete Benegeli, pensará que la orden dada por Don Quijote a Sancho tuvo lugar efectivamente, por lo que será una "orden históricamente narrada". Esa interpretación, correcta si se parte de la premisa de que el texto es histórico, se transforma en un dislate en cuanto *se sabe* que se trata de un texto novelesco. Pues bien, los que afirman que en el texto jurídico hay narraciones, descripciones y definiciones cometen el mismo error de perspectiva que los que creen que Don Quijote y Santo son personajes históricos. Para entender un elemento concreto de un texto no se puede perder de vista la función pragmática del conjunto. El "castigo" por el error de perspectiva es, sencillamente, no entender nada.

IX

A golpe de *decisión*. Esta es otra de las características esenciales del texto jurídico, que se configura a golpe de decisión. A diferencia de los otros tipos de texto a los que nos venimos refiriendo, el texto jurídico es siempre un texto abierto que paulatinamente se va creando y recreando mediante decisiones concretas. Cada decisión genera nuevo texto que se incorpora al

ya existente, renovando día a día el ordenamiento jurídico. La teoría del Derecho tiene que incorporar el tema de la decisión y darle el tratamiento relevante que le corresponde y que hasta ahora ha sido, si no totalmente descuidado, sí puesto en un segundo plano. El texto jurídico puede ser visto como un conjunto de elementos textuales parciales, a los que llamamos "normas", pero esto no puede hacer perder de vista que esos elementos textuales tienen su origen en "actos de habla"⁷ especiales, que son las decisiones.

La decisión básica es la *decisión constituyente* de un nuevo orden jurídico. Es un "acto de habla" que *crea* el nuevo ordenamiento, lo *constituye*. Es el *fiat* del texto jurídico que se concreta en la *constitución*, que no es otra cosa que el texto inicial y necesario para la existencia del ordenamiento jurídico. La constitución es el resultado de la decisión constituyente, de manera análoga a como el universo mundo es, en el texto bíblico, el resultado del *fiat* divino. La decisión constituyente genera la constitución, la cual a su vez establece las condiciones para la adopción de decisiones posteriores, que generarán más elementos textuales del texto jurídico total, en un proceso que nunca se acaba sino con la extinción o muerte del ordenamiento.

El sentido inmanente de la decisión constituyente es ordenar la vida colectiva. Dicho con otras palabras: la función pragmática del "acto de habla" que es la decisión constituyente es *prescribir*, lo que implica regular, ordenar, organizar. Por eso, puede decirse que la constitución *es norma*. Es la norma más importante del texto jurídico u ordenamiento, puesto que lo constituye o crea.

Podemos definir la decisión constituyente como la acción de establecer las condiciones necesarias y suficientes para la toma de decisiones jurídicas. Y la constitución, como el texto producido por el "acto de habla" constituyente que prescribe el conjunto de

7. En el sentido de J. L. Austin y J. Searle.

condiciones necesarias y suficientes para generar nuevos elementos textuales dentro del texto jurídico global.

Ahora bien, en la vida jurídica real, la constitución, además de expresar textualmente las condiciones necesarias y suficientes para generar decisiones jurídicas, suele incorporar también otros elementos, especialmente los principios básicos de la dirección política del nuevo ámbito creado. Podemos, pues, distinguir en el texto constitucional dos partes o aspectos: el texto básico, el núcleo de la constitución, texto sin cuya existencia no hay constitución. Y el texto contingente, que se refiere a aspectos programáticos de índole material. El texto básico determina quien manda y en qué condiciones, esto es, quién está capacitado para adoptar "actos de habla" generadores de nuevo texto jurídico y en qué condiciones (de procedimiento y competencia). El texto contingente se refiere a aspectos tales como las garantías de los derechos fundamentales, la política social y económica, etc. "Contingente" quiere decir aquí que su presencia en la constitución no es necesaria para que haya constitución.

¿Cuántas normas son precisas para constituir un ordenamiento jurídico? Esta es una cuestión un tanto bizantina, pues en la realidad del Derecho positivo vemos siempre que todo ordenamiento está compuesto por un número grande de normas. Pero a pesar de su bizantinismo, la cuestión tiene su interés pues no plantea un problema acerca de la realidad existencial del texto jurídico sino acerca de su posibilidad: ¿es posible pensar un ordenamiento jurídico cuyo texto se reduzca a una norma?, ésta podría ser la reformulación de la pregunta. Creo que la respuesta es muy clara si se aplica la teoría matemática de conjuntos, que admite conjuntos de un solo elemento. Exactamente igual que se admiten conjuntos de un único elemento, habrá que admitir ordenamientos de una sola norma. Cuando afirmamos que el Derecho es un conjunto de normas estamos afirmando que es un texto formado por un conjunto de elementos textuales que llamamos normas. Como conjunto, es posible su existencia con un solo elemento.

¿Cuál sería entonces ese elemento único capaz de configurar un ordenamiento jurídico? Obviamente una norma constitutiva del ordenamiento, esto es, una constitución. Como esa constitución sólo podría estar compuesta por una única norma, y la norma se caracteriza por la expresión verbal prescriptiva, se llega a la conclusión que dicha norma única habría de ser expresiva de quién es la fuente de toda decisión jurídica, que es lo mismo que decir que dicha norma sería una norma constitutiva de la autoridad única. Esta norma sería el *contenido mínimo* de toda constitución.

X

La *acción* en el Derecho. Hemos dicho que el texto jurídico es un texto autogenerativo a golpe de decisión, lo cual viene a significar que en su aspecto dinámico la teoría de la decisión constituye el núcleo fundamental. Por esa razón incluyo la teoría de la decisión jurídica como una parte básica de la teoría del Derecho, no reduciendo ésta a la teoría de la estructura formal del Derecho, como hacen los autores positivistas, como Kelsen, Hart o Ross⁸. Ahora bien, toda decisión generativa de nuevo texto es una acción, la acción de decidir, por lo que la teoría de la decisión lleva de la mano directamente a la teoría de la acción. Decidir crear un nuevo texto no sólo supone la mera decisión, el mero acto de voluntad, sino la generación de lo decidido, el nuevo texto. La acción implica ontológicamente la decisión y la trasciende. Lo que ocurre es que, normalmente, cuando hablamos de decisión jurídica, englobamos en ese término no sólo el elemento decisional, puramente volitivo, sino también el elemento de lo decidido, la decisión consumada en el acto. Yo puedo, por

8. Vid mi *Introducción a la Teoría del Derecho*, Madrid 1988 último capítulo. También *Sociología del Derecho*, cap. II.



ejemplo, "decidir" hoy que voy a estudiar arqueología, y hacer planes para participar en determinadas excavaciones a las que he sido invitado, y sin embargo, a pesar de mi "decisión", puedo muy bien no ir a dichas excavaciones y ni siquiera leer un solo libro sobre arqueología. Estamos en ese caso ante una "decisión frustrada". La voluntad era real, y el propósito de llevar a cabo el proyecto, totalmente sincero... pero las dificultades de mi vida real se imponen a la postre, no quedándome otro remedio que abandonar tan hermoso proyecto. La decisión no se consuma en la acción, es una decisión sin acción. Pero en otro sentido, es claro que la misma decisión constituye en sí una acción, la "acción de decidir". Cuando hablamos de "decisión *jurídica*" englobamos bajo ese término a los dos aspectos, el acto volitivo (si de tal puede hablarse) y lo decidido o querido en cuanto producto objetivizado en el texto. Así, por ejemplo, la *decisión legislativa* implica los dos momentos de decisión como acto de voluntad y de lo decidido como ley generada. Igual sucede en el caso de la *decisión judicial*: el juez decide y lo que decide es la sentencia. No podemos separar los dos aspectos señalados, y decir por ejemplo que el legislador decide sin legislar y el juez decide sin sentenciar.

Pero además de la acción generadora de texto, encontramos la acción *contemplada* en el texto que no genera nuevo texto (entre las "acciones contempladas" las hay que generan nuevo texto, que son las que en otro lugar denomino decisiones intrasistemáticas). En realidad, esa palabra ("contemplada") no se ajusta perfectamente, pues la acción no es contemplada sino constituida. Contemplar implica la preexistencia de la acción antes del texto; la acción existe por sí y el texto la contempla *a posteriori*. Esta es la idea que se tiene habitualmente cuando se dice que tal norma contempla tal o cual acción, para regularla. La acción preexistiría a la norma, y ésta se limitaría a regular la acción preexistente. Así la acción física de matar a otra persona preexistiría a la regulación normativa, limitándose ésta a prohibir dicha acción imponiendo

sanciones a los infractores. Es ésta una visión de "sentido común" que, sin embargo, no se ajusta a la característica esencial del Derecho de ser un *ámbito óntico-práctico de carácter constitutivo-regulativo*⁹. Las normas del Derecho no sólo "regulan" acciones sino que, simultáneamente, y se puede decir que prioritariamente, las "constituyen". Sin norma, el asesinato no existe, aunque si exista la acción *física* de matar. La prueba de esto es que la acción física de matar puede corresponder al cumplimiento de un deber, como sucede con el soldado en la guerra, el verdugo en la ejecución, la policía frente a un francotirador que ha sembrado el pánico... En tales casos no sólo decimos que esas personazs no han cometido delito, sino que estimamos que han cumplido con su deber jurídico.

La solución de esa aparente paradoja está en que la acción no es, simplemente, un movimiento físico o psíquico-físico, no es un acontecer meramente fáctico, sino un *significado*, un *sentido*. La acción es el sentido que tiene un determinado movimiento psíquico-físico. Ahora bien, un mismo movimiento puede tener varios significados, que dependerán del *contexto situacional* dentro del cual se inserta la acción y, en último término, del *discurso comunicacional* al que pertenezca. Con otras palabras: para determinar la acción será preciso interpretar el movimietno psíquico-físico en el marco de un determinado texto, de modo que desde éste adquiera aquélla el sentido que le corresponda. Pero esta operación hermenéutica presupone concebir la acción también como texto.

La acción se transforma en un elemento textual más del texto global conjunto, o bien es una realidad que aunque no forme parte del texto total, adquiere su sentido a partir de este texto.

9. Me remito de nuevo a *Las Reglas del Derecho y las Reglas de los Juegos*, cit. passim. Sobre la diferenciación entre decisiones extrasistemáticas e intrasistemáticas pueden verse las páginas 40 y ss. de esta obra.



El ejemplo paradigmático de la acción que forma parte del texto jurídico total es el Derecho consuetudinario. Tiene un origen fáctico, que es la costumbre como repetición de actos en una misma dirección apoyada por el sentimiento colectivo de su obligatoriedad. La repetición de actos genera la regularidad de la acción, que es incorporada al texto jurídico como *regla*, esto es, como elemento verbalizado. La costumbre, de ser una mera acción fáctica, se transforma de esta manera en texto jurídico, mediante un proceso de incorporación al texto jurídico total, al ordenamiento. El hecho de que esto suceda mediante el "visto bueno" del legislador, o incluso del juez, no quita nada al proceso de transformación de pasar de la acción fácticamente repetida al texto. Yendo más allá puede decirse que la acción fácticamente repetida ya implica un *sentido de norma* y que, por tanto, la incorporación al texto jurídico total supone simplemente la transformación de una norma *social* en una norma jurídica¹⁰. O bien, expresado en otros términos, la transformación de un texto "social" en un texto "jurídico". La acción "fáctica" es también un sentido, un significado, por lo que su transformación en "jurídica" supone el tránsito de un sentido a otro sentido. El "núcleo" de la norma social será el mismo que el de la norma jurídica (p. ej., los miembros X de un grupo humano Z deben conducirse de manera Y), pero la fuerza pragmática es diferente, pues en él, como texto social, se expresa algo muy distinto a lo que se expresa como texto jurídico. El nuevo significado lo adquiere de la función pragmática de texto jurídico en el que se inserta a partir de su incorporación al mismo.

En el caso de la acción "contemplada" pero que no ha de transmutarse en texto jurídico, no se produce la incorporación sino que la acción es simplemente *leída desde* el texto jurídico para calificarla. La acción permanece externa al texto jurídico,

10. Sobre la relación entre las normas sociales y las normas jurídicas, véase *Sociología del Derecho*, cit. pp. 80 y ss.

que entra en funciones de texto de referencia desde el cual se dota de sentido *jurídico* al conjunto de movimientos que inicialmente configura la acción. Se pasa entonces de un sentido meramente *naturalista* al sentido jurídico. Así, "matar", es una acción consistente en un conjunto de movimientos psíquico-físicos que producen la muerte de otra persona. El sentido "naturalista" de la acción de matar se reduce a eso. Para poder calificar jurídicamente ese sentido naturalista es preciso pasar del sentido naturalista a su sentido jurídico, que no puede obtenerse sino por medio de una operación de *lectura* de la acción desde el discurso de referencia que constituye el texto jurídico total. La acción natural de matar será entonces la ejecución de una sentencia (y, por tanto, el cumplimiento de un deber jurídico por parte del verdugo), la ejecución de una orden militar, un asesinato, un homicidio, un infanticidio, un aborto... Qué sea en cada caso es el resultado de un proceso de lectura o de interpretación de la acción meramente naturalista *desde* el discurso de referencia que es el texto jurídico total. Esta operación es denominada *subsunción* en la terminología jurídica. Pues su esencia consiste precisamente en subsumir o encajar una acción concreta en la acción contemplada en el texto. Para subsumir es preciso interpretar los movimientos que han tenido de hecho lugar en la realidad desde la perspectiva del discurso del texto donde se contempla la acción genéricamente, y en ese "ir y venir de la mirada"¹¹ desde la acción realizada de hecho y la acción contemplada en el texto consiste el mecanismo intelectual que conlleva la subsunción. Obsérvese, sin embargo, que para llegar a cabo esa operación es imprescindible que la acción concreta sea tratada también como un "texto"¹², es decir, como un conjunto de movimientos dotados

11. ENGISCH, *Logische Studien zur Gesetzesanwendung*, 2ª ed., Heidelberg 1960, p. 14.

12. *Vid.* P. RICOEUR, "The model of the text: meaningful action considered as a text", *Social Research*, 38 (1971) pp. 259-62, ahora en P.



de *significado*; y como todo texto ha de ser susceptible de interpretación y de comprensión. Lo único que sucede es que esa interpretación de la acción concreta no se verifica de manera aislada e independiente, sino *desde* el texto jurídico ya constituido, a la luz del cual se pretende comprobar el encaje de la acción concreta en la acción regulada.

La teoría del Derecho ha descuidado en gran medida el tratamiento de la teoría de la acción. No quiero decir que se haya descuidado totalmente, pero sí choca la escasa atención prestada en el marco teórico general si se la compara con la importancia que ha tenido y tiene en las partes generales de las disciplinas jurídicas, especialmente en el Derecho penal, en el Derecho civil, en el Derecho administrativo y en el Derecho procesal. En el Derecho penal juega un papel muy relevante, puesto que incide en su concepto central, el concepto de delito, que suele definirse como la acción típica, antijurídica y culpable (antijurídica sólo en el sentido de que va contra el orden jurídico o, para ser más exactos, contra los valores que dicho orden pretende implantar, como la seguridad, el respeto a la vida, etc.). En el Derecho civil se trata en sede de la llamada teoría de los hechos y de los actos jurídicos, como preludeo para abordar la teoría del negocio jurídico; tiene, como es lógico, un excesivo sabor privatista. En el Derecho administrativo se ha desarrollado la teoría del acto administrativo, que viene a ser el complemento de la teoría privatista de los actos jurídicos en el marco del Derecho público. Y en el Derecho procesal el tratamiento se ha centrado en torno a la acción procesal, que, sin embargo no agota el tema de la acción, ya que aquélla tan sólo representa el inicio de la actividad jurisdiccional. Pues bien, la teoría del Derecho ha de saber desprenderse de los planteamientos sobre la acción excesivamente apeados a las características peculiares de una rama de la

Dogmática, para llegar a una teoría general de la acción en el Derecho, que junto con otros elementos (como pueden ser, sobre todo, el concepto de norma y el de sistema; o bien, el de decisión o institución, conjuntamente con el de sistema) constituya el entramado conceptual básico. Importa resaltar el lugar *central* que corresponde a esa teoría de la acción, pues el texto jurídico adquiere su sentido inmanente sólo en cuanto texto dirigido a regular las acciones humanas.

Así sucede que otros conceptos centrales de la teoría del Derecho (como el de norma o regla, el de institución, decisión, ordenamiento, sistema, etc.) sólo adquieren su pleno sentido si se los piensa en conexión con la acción. Norma o regla es la proposición de lenguaje que orienta o dirige la acción directa o indirectamente (de ahí la diferenciación entre normas directas y normas indirectas de la acción)¹³. La institución jurídica tiene un aspecto organizativo, pero incluso éste sólo tiene sentido en cuanto se le relaciona con las acciones o *actividades* (en este último caso si se trata de una "institución-persona", como gusta de decir Hauriou) que lleva a cabo la institución de que se trate. La decisión jurídica ya es en sí misma una acción, sea una acción generadora de texto jurídico nuevo, sea una acción "contemplada" en el texto (p. ej., la decisión de testador, plasmada en el testamento). El ordenamiento es un conjunto de normas o de instituciones, según el punto de vista que se adopte, aunque no son incompatibles, por lo que volvemos a la relación de estos conceptos con el de acción, y en definitiva a pensar el texto conjunto del ordenamiento como algo que sólo adquiere su sentido si se le piensa en relación con el conjunto de acciones contempladas...

13. *Las Reglas del Derecho y las Reglas de los Juegos*, cit. pp. 99 y ss. También ROBLES, "L'ordenament jurídic com a conjunt de normes: teoria de la norma jurídica", en F. PUIGPELAT (Coordinadora), *Teoria del Dret*, Barcelona 1996 pp. 17 y ss.



XI

Teatro, juego y Derecho. En el teatro nos encontramos con la *obra o pieza teatral*, en el juego con el *reglamento*, y en el Derecho con el *ordenamiento*. Los tres (obra teatral, reglamento y ordenamiento) son textos en el sentido que estamos tratando. Los tres se relacionan con la acción, pero lo hacen de distinta manera. A diferencia del juego y del Derecho, que "regulan" la acción, la obra teatral no regula la acción sino que la "expone".

El texto de la obra teatral es un texto *cerrado* que se limita a "exponer" la acción que se desarrolla en *actos*, los cuales a su vez se dividen en *escenas*. En el teatro antiguo se solía añadir a la "exposición" de la acción presentaciones o "relatos" que aclarasen al espectador determinadas situaciones o le introdujeran en el conocimiento de los personajes. Pero progresivamente esos elementos externos a la misma acción se han ido eliminando. Pues lo que constituye la esencia misma de la obra teatral es la acción desenvuelta, cuya "exposición" ha de ser suficiente para que sea comprendida desde sí misma.

La acción "expuesta" en la obra teatral es *representada* una y otra vez por los actores en el escenario. La *representación* de la obra conlleva la *interpretación* de los diversos personajes por los *actores*.

Los actores no actúan como son ellos mismos en la vida real, sino como representantes de los personajes ("persona" es el término empleado en la antigua Grecia para designar la máscara que cada actor se ponía a efectos de representar su personaje). El actor interpreta al personaje, se pone en su lugar, desempeñando un *papel* (el papel de guerrero, enamorado, mercader, etc.). La acción del texto teatral se actualiza cada vez que se representa la obra, y si bien la acción es siempre la misma, la interpretación por los actores varía en cuanto a modalidades y matices, pues tal interpretación supone la realización actual de la acción textual. La

realización actual es la representación de la obra en el escenario, y en ella se consume.

Aunque la pieza teatral normalmente representa historias de la vida real, no es vida real. Más bien supone la apertura de un paréntesis en relación a ésta. El espectador sabe que lo que ocurre en el escenario no es real, si bien es verosímil (aunque no necesariamente), en el sentido de que es pensable como real. La vida representada en el teatro supone un paréntesis en relación con la vida real de los espectadores, que asisten al espectáculo sin tomar parte activa sino como contempladores de la acción que transcurre ante sus ojos. No obstante, junto al deleite estético de la mera contemplación de la acción teatral, la obra puede también transmitir un mensaje (del más diverso género, como profundizar en el conocimiento de la naturaleza y las pasiones humanas, reflejar el ambiente de la sociedad o de determinados sectores de la misma, lanzar un mensaje político, humano o religioso, etc.).

El *texto lúdico* es también, por lo general, un texto cerrado, aunque no es ésta una característica esencial de aquel, pues puede haber juegos de texto abierto, permitiendo a los jugadores añadir nuevos elementos al texto inicial mediante decisiones que dependan de ellos mismos. Pero, como digo, la mayoría de los juegos se caracterizan por el texto cerrado. Piénsese en el fútbol, el ajedrez, o en el póker. Estos juegos tienen su *reglamento*, que es el conjunto de reglas que establecen los elementos directos e indirectos de la *acción de juego*.

A diferencia del teatro, en el que, como hemos dicho, se "representa" la acción, en el juego no se representa la acción de juego, sino que simplemente se juega. La acción en principio no es un sustituto de la vida real, por lo que difícilmente se le puede aplicar al juego el calificativo de "verosímil". El texto lúdico constituye o crea la acción de juego, la cual no puede existir en sí misma sino como consecuencia de la preexistencia de las reglas que la establecen. El texto lúdico se descompone en un conjunto de reglas, las *reglas del juego*, sin las cuales el juego no existe en



absoluto. En este sentido, el juego *es* el conjunto de sus reglas. Dicho de otra forma: el juego *es* el texto lúdico. Así, si alguien nos pregunta que le expliquemos en qué consiste el ajedrez, para contestar correctamente a esa pregunta nos limitaremos a decirle las reglas que configuran ese juego, sin necesidad de explicarle su origen histórico, lo bien que se pasa jugando, o cuáles son los campeones mundiales en la actualidad. Hay que distinguir el *ser* del juego del *mundo del juego*. Mientras que el "ser" del juego hace abstracción de las relaciones del juego con el medio circundante, que constituye un *prius* o un *posterius* fáctico, el "mundo del juego" da por supuesto el establecimiento de lo que el juego es, y se centra en sus relaciones con el medio exterior. Pues bien, por muy interesantes que puedan ser las explicaciones acerca del mundo del juego, no podremos transmitir a nuestro interlocutor qué es el juego acerca del cual nos pregunta si nos limitamos a relatarle ese conjunto de relaciones externas, pues lo que el juego es, se limita al conjunto de sus reglas.

Con ello queda patente que el concepto de texto lúdico es inseparable del concepto de regla. El texto lúdico *se descompone* en un conjunto de proposiciones lingüísticas que van dirigidas directa o indirectamente a la acción de juego. Es la acción de juego el punto de referencia central y constante de las reglas y, por tanto, del texto lúdico. Por eso, podemos decir que es éste un texto regulativo, o para ser más exactos, *constitutivo-regulativo*, ya que el texto no sólo "regula" la acción de juego, sino que además, y por decirlo así, previamente, la crea o "constituye". La acción de juego no preexiste a la regla, sino que es la regla la que crea la acción.

También el juego implica un *paréntesis* en la vida real. En ello radica su carácter de *diversión*, en que posibilita salirse de la cotidianidad para ser "diverso", para ser otro distinto al que se es en la vida diaria y rutinaria. Cuando el juego deja de ser una diversión o distracción, y llega a formar un elemento componente

de la vida real, deja de ser juego en sentido propio, transformándose en "ludopatía".

Por esta razón el Derecho *no es* un juego, porque el Derecho no supone la ruptura con la vida real, sino que es vida social real. Nuestra vida personal se halla inmersa en nuestra vida social, siendo artificioso el intento de separar ambas (como ha hecho el existencialismo, que califica a la primera de "auténtica" y a la segunda de "inauténtica"). La vida humana es biografía, y en la biografía se dan los momentos de intimidad y los momentos de socialidad en una unidad inescindible. El texto jurídico expresivo del ordenamiento forma parte, queramos o no, de la vida de cada cual, afectando a ésta no sólo en sus aspectos más superficiales o impersonales (por ejemplo, exigiendo determinado comportamiento como automovilistas), sino que se extiende también a la dimensión profunda o personal (por ejemplo, regulando las relaciones matrimoniales o paternofiliales). El Derecho no nos "distrae" de nosotros mismos, sino que configura nuestra vida real. Por este motivo, yo nunca he afirmado que el Derecho sea un juego, aunque sí he sostenido que es parecido al juego en algún aspecto: concretamente, si se compara el texto lúdico, y se les analiza desde un punto de vista formal (o lógico-lingüístico), se puede ver que ambos textos son *constitutivos-regulativos*, descomponibles por tanto en un conjunto de reglas de caracteres lingüísticos similares. Derecho y juego son "entes" del mismo género ("ámbitos óptico-prácticos") desde el punto de vista del análisis lógico-lingüístico, pero en modo alguno desde otros puntos de vista, como puede ser el antropológico, el psicológico o el sociológico¹⁴.

A diferencia del texto teatral, el texto jurídico no "expone" la acción, sino que la "pone". En esto se parece también al juego, aunque en el juego el "poner" la acción es aún más evidente.

14. Este es el sentido de *Las Reglas del Derecho y las Reglas de los Juegos*. Véase al respecto p. 16 y ss. de esta obra.

"Poner" la acción significa que no existe acción para el Derecho si no ha sido determinada por la norma. Claro que esta consideración tiene un carácter eminentemente *lógico*, y no *genético*. Pues en el caso del Derecho consuetudinario la acción preexiste a la norma y se transforma después en norma, pero hay que subrayar el hecho de que la acción sólo se convierte en norma a través de algún mecanismo normativo ya existente. "Poner" la acción quiere decir "crearla" o "constituirla" mediante la norma. Esa es la misión de las normas o reglas *procedimentales*. Estas normas son las que "definen" las acciones correspondientes, pues una acción no es otra cosa que un procedimiento admitido dentro del ámbito óntico-práctico. El concepto de procedimiento es omnipresente en el Derecho y no sólo en el Derecho procesal. Usualmente la doctrina jurídica se ha referido al procedimiento bajo la noción de *forma*. Se habla de la forma del contrato o de la forma del testamento para referirse al aspecto procedimental o conjunto de requisitos necesarios para que el acto que se pretende alcance validez dentro del ámbito.

En cuanto que la acción es constituida como procedimiento o forma por la norma de Derecho, permanece en el texto como algo potencialmente realizable. La acción constituida por la norma, sin realizarse, no es una acción propiamente dicha sino regulación de la acción. Desde un punto de vista inmanente es indiferente que la acción se realice en la vida real o no. En el plano del texto jurídico en sí mismo considerado la acción "existe" desde que es "contemplada" en el texto. La realización de la acción constituye un *a posteriori* respecto del texto jurídico, una "puesta en escena" (aunque esta "puesta en escena" no tiene el mismo sentido que en la pieza teatral, en la que el actor "representa" la acción, no siendo libre de no representarla).

Para designar el *hecho* de que el Derecho se realiza en la vida social, que es lo mismo que decir que las acciones previstas en las normas jurídicas se ponen *in actu* por los "actores" jurídicos, decimos que el Derecho está vigente. El "estar" implica aquí una

situación existencial, y no esencial, una cualidad contingente que participa de la no-necesidad de lo histórico. No es de la "esencia" del Derecho estar vigente, pues, por ejemplo, el Derecho romano no "está" hoy vigente, pero sí *es* Derecho. El "ser" del Derecho es ser texto, y no "estar" vigente o implantado en la realidad social, que es una cualidad a posteriori y, por eso contingente.