



Tipo de Instrumento:	ACUERDO
Número:	024.11/2018
Origen:	Secretario Coordinador Provincial de Girona
Vigencia:	
Cese de vigencia:	
Breve resumen del contenido:	CONDICIONES DE TRABAJO. Lenguaje y creación artificial de la realidad jurídica

ACUERDO 024.11/2018

“Las grandes oportunidades para ayudar a otros rara vez llegan, pero las pequeñas nos rodean todos los días” (Sally Koch).

I. INTRODUCCIÓN

En un imaginativo ensayo¹, 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 Acuerdo, a caballo entre la filosofía y el derecho, dejará en la mente del operador jurídico más preguntas abiertas que respuestas aclaradas. En cualquier caso, SAPERE AUDE “*Atrévete a saber*”².

Y es que este Acuerdo pretende explicitar como 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,**

¹ CONTE, Amedeo. “Ricerca dún paradosso deóntico. 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 artífice del universo, la potencia activa que plasma la materia informe sobre el modelo de la realidad intangible. Significa, pues, algo así como una concepción 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



en creador de realidades a partir de la nada. Así, la experiencia jurídica se presenta como un complejo de fenómenos observables que 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. Y sin duda uno de los conceptos fundamentales de la ciencia del derecho es el concepto de “norma”. De hecho, muy frecuentemente este concepto es usado sin ser definido en absoluto. 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 es tres días más vieja que el mundo (Séneca).
- *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 esta: 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).

tan sólo el reflejo de otro orden de realidades, el inagotable, perfecto, verdadero y auténtico: el mundo de las ideas.



-
- Sin leyes, los hombres no difieren en absoluto de las bestias más salvajes (Platón).
 - 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).
 - Las leyes, son las relaciones necesarias, que se derivan de la naturaleza de las cosas o la razón humana, en cuanto gobierna 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 hombre ha nacido libre y en todas partes esta 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 aplanar 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).



-
- 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 hoja 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).

II. LENGUAJE Y REALIDAD JURÍDICA

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*”. El célebre profesor escandinavo señalaba que en nuestro discurso jurídico usamos expresiones como “derecho”, “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.**



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 “creer” 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 palabra⁴, 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). 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*”⁵.

⁴ Etimológicamente, el termino deriva de “*parábola*” considerada como sonido o conjunto de sonidos articulados que expresan una idea.

⁵ 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 parezcan 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 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).



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.** 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. ¿No acaso, 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”**). Los “parlantes” usaran un lenguaje mientras resulte exitoso y el lenguaje jurídico, particularmente, lo ha sido⁶.

⁶ El trabajo de los “operadores jurídicos” es en cierto sentido permanente y en cierto 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 no 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.



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”). Para el usuario, simplemente, las palabras, “hacen” lo que se espera que “hagan”. Lo más importante 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.** Al realizar un acto jurídico el sujeto que habla (o escribe⁷) ciertamente “hace cosas con palabras”. Señala Alf Ross que los efectos específicos del acto jurídico dependen de la existencia de un orden jurídico, entendido 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**

⁷ GANDÁSEGUI, M^a 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 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 le hizo ver a KAGAN a 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 mas cresca 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. Conserjería de Cultura y Turismo de la Junta de Castilla y León, 1991, pág. 62.



acto jurídico viene a ser semejante a la magia: las palabras crean el efecto que nombran.

III. LA MAGIA DEL DERECHO

Para Hägerström el objeto de conocimiento de la filosofía jurídica consiste en el análisis de los conceptos jurídicos 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. El mencionado autor escribió “*El concepto romano de obligación*” (1927). Y tomo 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 portadores de fuerza, expresión⁸ 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 solemnes⁹.

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

⁸ A título de ejemplo, la etimología del término “cadaver” proviene de la expresión latina “**caro data vermibus**”, que significa “carne dada a los gusanos”. ESCUDERO MORATALLA, J.F. y FRIGOLA VALLINA, J. *Vademecum jurídico*. Editorial Bosch Barcelona 1998.

⁹ Gayo reproduce esta fórmula para la venta de esclavos: “Yo afirma, 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 Hägerstrom”, Giuffrè Ed., Milán 1982, pág. 101.



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.

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 que opera es exactamente igual a como operan los actos mágicos.

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 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 augural¹⁰.

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

¹⁰ 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 aun 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. ¡Que fuente de poder tuvo que haber sido esta circunstancia!”.



el “*ius dicere*”. “*ius*” aparece asimismo, como la expresión de un magistrado o juez. De ahí la frase: “*ita ius esto*”. “*ius*” es un operador oracional que señala un específico pronunciamiento de palabras sacramentales. 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 esto*) 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 donde quiera 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 pontifices, 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”, ósea “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 moderno y de origen canónico que, según Prieto Castro, vino a sustituir a palabras romanas como “*lis*”, “*litigium*” y fundamentalmente “*iudicium*” (juicio¹¹). Así, es clásica la definición de juicio como ***Legitima 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 conocer la ley; “***addico***

¹¹ 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*”; IN IUDICANDO CRIMINOSA EST CELERITAS, es decir, “*Es reprobable juzgar con precipitación*”; NOLITE IUDICARE UT NON IUDICEMINI, es decir, “*No juzguéis para no ser juzgados*”; etc.



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 LECiv. y Crim.¹²). 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 señaló, 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 Paricio¹³ “... *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 formulas, 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. afirma¹⁴ que el colegio de pontífices designaba a uno de sus miembros cada año para que se ocupara de*

¹² 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.

¹³ Javier Paricio “*Los juristas y el poder político en la Antigua Roma*” Editorial Comares, Granada 1999.

¹⁴ 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 praesset 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 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.



responder a las consultas que se formularsen 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 de término “*ius*”: el veda “*hoh*” y el avéstico “*yaos*”. “*Yaos*” significa “purificación”, el sentido de “*yoh*”, debe ser “salud” (así: “*samca yosca*”: felicidad y salud¹⁵).

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 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 comprometido 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

¹⁵ Según Benveniste, E. en su obra *Le vocabulaire des institutions indoeuropéennes 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, “*yoh*” es una expresión de augurio: se dirige a alguno deseándole que el estado de salud y prosperidad le sea concedido; “*yoh*” 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*”.



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 "**paet 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 praet**" (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 palabra. 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 "**fari**" ("**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 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.

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 alquimistas¹⁶, encantadores, pontífices máximos interpretadores del derecho contenido en la norma, en “*hechiceros*” que “... *conjurán 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*”¹⁷. 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*”¹⁸. 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”.

IV. CONCLUSIÓN

Cuando se usa el discurso jurídico se construye un “mundo” *ex iure* (*ex magia*). Para explicarlo es necesario explicar los hechos (las ideas y las creencias) que están detrás de los hechos. 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: ¿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

¹⁶ “*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.

¹⁷ NIETO A. *El retorno de los hechiceros*. Revista Lex Nova, julio-agosto 2000.

¹⁸ 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.



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 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...

Por este motivo, y haciendo uso de las competencias reconocidas por el **art. 18.e) ROCSJ** y el **art. 467.1 y 4 LOPJ**, dicto el Acuerdo con el contenido siguiente:

**ACUERDO 024.11/2018 DEL SECRETARIO COORDINADOR
PROVINCIAL DE GIRONA, ILMO. SR. JOSÉ FRANCISCO ESCUDERO
MORATALLA,**

- 1. Destinatarios de este Acuerdo.** Este Acuerdo va dirigido a los LAJS de la provincia de Girona, así como a todos los funcionarios que prestan sus servicios en las oficinas judiciales que estos dirigen.
- 2. Objeto del Acuerdo.** El objetivo es dar a conocer dicha Acuerdo a todos los operadores jurídicos.
- 3. Entrada en vigor.** Este Acuerdo entrará en vigor el día **7 de enero de 2019**.

Notifique este Acuerdo a todos los destinatarios del mismo, haciéndoles saber que contra este Acuerdo puede interponerse recurso de altura en el plazo de un **(1) mes** a contar desde su comunicación ante el Sr. Secretario de Gobierno del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña.

Así lo acuerdo y firmo, en Girona, a 21 de diciembre de 2018.



José Francisco Escudero Moratalla
Secretario Coordinador Provincial de Girona