

Los operadores jurídicos

Gregorio Peces-Barba Martínez

Catedrático de Filosofía del Derecho
Universidad Complutense de Madrid

I

Me refiero a un término que se usa originariamente en la cultura jurídica anglosajona, y que en los últimos años se ha extendido a Europa y más específicamente a España.

La palabra operador procede de la voz latina *operator operatoris*, que significa «el que hace», y en el *Diccionario* de la Academia no se incluye el sentido con el que aquí lo vamos a utilizar¹. Otros conceptos que en la teoría jurídica e incluso en el Derecho positivo se usan habitualmente al máximo nivel, en España tampoco son aludidos en el *Diccionario*. Por poner un ejemplo importante, piénsese en la palabra *ordenamiento*, de empleo tan frecuente en nuestra cultura jurídica e incluso utilizado en el artículo 9.1, entre otros, de nuestra Constitución². Como es sabido, las necesidades del uso del lenguaje van por delante de su reconocimiento académico, y aquí estamos en uno de esos supuestos, donde términos procedentes de la matemática o la física son asumidos por otra rama del conocimiento, en este caso la teoría del Derecho.

En las aproximaciones lingüísticas al Derecho se habla de operadores normativos como sinónimo de *functores*, o sea, de comportamientos o modalidades, como modelos de calificación jurídica. Así serían denominados, por ejemplo, «obligatorio» y «permitido», como formadores de proposiciones normativas. Desde el punto de vista del lenguaje, una propo-

¹ Véase *Diccionario de la lengua española*, vigésima edición, t. II, Madrid, 1984, pág. 979.

² Véase la voz *ordenamiento* en la edición citada en la nota anterior, pág. 983, donde se usa en sentido jurídico como ley, pragmática y ordenanza del superior, o como breve código de leyes promulgadas al mismo tiempo, o colección de disposiciones referidas a determinada materia, pero no como sinónimo de sistema jurídico en su conjunto.

sición prescriptiva, una norma, se compone así, para Capella, de un operador normativo («obligatorio» o «permitido»), de una descripción de acción y de una descripción de la condición de acción³.

Para acotar el uso del término en este trabajo conviene, pues, en primer lugar, señalar el sentido que tiene, a mi juicio, en la Filosofía del Derecho, y concretamente en la parte que estudia el Derecho válido, la teoría del Derecho. Operador jurídico parece un genérico que identifica a todos los que, con una habitualidad profesional, se dedican a actuar en el ámbito del Derecho, sea como creadores, como intérpretes, como consultores o como aplicadores del Derecho, y que se diferencian precisamente por ese papel, que caracteriza su actividad del común de los ciudadanos.

Estos normalmente cumplen y obedecen el Derecho, aunque ocasionalmente puedan ser actores y aparecer también como operadores, como al realizar un contrato o cualquier otro acto jurídico relevante. Los operadores jurídicos no tienen ese comportamiento, sino una intervención estable en un cargo, oficio o profesión. Me parece un término más amplio que el de jurista, y así como se puede afirmar que todo jurista ejerciente es un operador jurídico, no se puede decir lo mismo de su contrario, porque no todo operador jurídico es un jurista. Un juez de paz, un alcalde, un jurado, no son juristas o no tienen por qué serlo, y son, sin embargo, operadores jurídicos.

En las sociedades democráticas esta realidad de la desaparición del monopolio de los juristas y de su identificación con los operadores jurídicos supone un elemento que favorece la participación de todos, que evita los peligros de la especialización y que acerca a todos los ciudadanos a los centros de decisión jurídica. El operador jurídico como sacerdote, conocedor exclusivo del misterio del Derecho e intermediario necesario entre el Derecho y los destinatarios de las normas de conducta, ha ejercido un gran poder con su especialización y con su monopolio del

³ Véase *El Derecho como lenguaje*, Ariel, Barcelona, 1968, pág. 56. Utiliza el término operadores normativos en págs. 43 y 45. Otros autores, como García Maynez, Von Wright o Kalinowski, ofrecen sobre el tema distintas propuestas (véase, del primero, *Introducción a la lógica jurídica*, FCE, México-Buenos Aires, 1951, y *Los principios de la ontología formal del Derecho y su expresión simbólica*, Imprenta Universitaria, México, 1953; del segundo, *The Essay in modal logic*, North Holland Publishing Company, Amsterdam, 1951, y «Deontic Logic», en *Logical Studies*, Routledge and Kegan, Londres, 1957; del tercero, *Théorie des propositions normatives*, Studia Logica, I, 1953, págs. 147-182). Proponen un catálogo de operadores normativos distintos de Capella. Así, para García Maynez son: lícito obligatorio, potestativo e ilícito; para Von Wright, permitido, prohibido, obligatorio e indiferente, y para Kalinowski, son cinco: «no debe hacer» (prohibido), «puede hacer y puede no hacer» (indiferente), «tiene derecho a hacer» (permiso afirmativo), «debe hacer» (obligatorio) y «tiene derecho a no hacer» (permiso negativo). (Véase Bobbio, *Derecho y lógica*, trad. castellana de Alejandro Rossi, Centro de Estudios Filosóficos, UNAM, México, 1965, págs. 35 y sigs.)

conocimiento. La democratización de los operadores jurídicos es un signo de progreso de nuestro tiempo.

Ese complejo entramado de jueces, funcionarios, abogados, notarios, etcétera, usa y utiliza el Derecho. Se puede decir que el dinamismo, la evolución y el ajuste del Derecho se deben a este tipo especial de personas que llamamos operadores jurídicos. La cambiante realidad social se ve recogida en el Derecho o favorecida e impulsada por él a través de su acción.

Y se puede decir también que son signo de la existencia de un orden jurídico. El profesor Hart, en su *Concepto de Derecho*, construye una idea clave para su sistema: la regla de reconocimiento, sobre la base de ese conjunto de personas que llamamos operadores jurídicos.

Para muchos autores, desde Ihering hasta Kelsen y Hart, pasando por el realismo escandinavo de Olivecrona y Ross, el orden jurídico se identifica por la existencia de los operadores jurídicos como destinatarios del Derecho, que se convierte así en regulación del uso de la fuerza de que éstos pueden disponer, de la autorización para utilizarla, de sus contenidos, de los límites en el uso de la fuerza, del procedimiento para usarla, etc.

En Hart, el uso de las normas previamente identificadas por lo que llama regla de reconocimiento, por los jueces y los demás operadores jurídicos, significa su aceptación y se puede por esta vía establecer la validez y la eficacia de un ordenamiento por el apoyo que le prestan los operadores al usarlo habitualmente.

Así dirá: «... En la mayor parte de los casos, la regla de reconocimiento no es expresada, sino que su existencia se muestra en la manera en que las reglas particulares son identificadas, ya por los tribunales u otros funcionarios, ya por los súbditos o sus consejeros. Hay, por supuesto, una diferencia entre el uso que los tribunales hacen de los criterios suministrados por la regla y el uso que otros hacen de dichos criterios: porque cuando los tribunales llegan a una conclusión particular sobre la base de que una regla particular ha sido correctamente identificada como Derecho, lo que ellos dicen tiene un *status* especial revestido de autoridad en mérito a lo establecido por otras reglas...»⁴

Cuando los operadores jurídicos —y yo matizaría: y no sólo los jueces— usan el Derecho, en una actuación que es creación, interpretación y aplicación, no son destinatarios solamente, sino que son testigos y, en cierto sentido, coautores de la validez y de la eficacia. Se puede apuntar aquí también el concepto de operador relevante o competente, puesto que, como dice Hart, ese «*status* especial, revestido de autoridad», viene atribuido por otras normas que les habilitan para ello. El equilibrio entre normativismo y realismo aparece aquí plásticamente expresado.

⁴ Véase *El concepto de Derecho*, edición castellana de Genaro Carrió, Abelardo Perrot, Buenos Aires, 1968, pág. 126.

Si los funcionarios, jueces, notarios, abogados, etc., desconociesen, no aplicasen un Derecho válido, éste no sería eficaz y, por consiguiente, en su conjunto, dejaría de ser válido. Parece que su protagonismo es mayor que el de los destinatarios ordinarios, los ciudadanos, hasta el punto de que autores como Kelsen han subrayado que los operadores jurídicos son los únicos destinatarios del Derecho. Recuérdese que, para Kelsen, el orden jurídico es el conjunto de normas que afirman que, «bajo determinadas condiciones —es decir, condiciones determinadas por el orden jurídico—, debe efectuarse determinado acto coactivo»⁵. De tal manera que, por ejemplo, el pago del precio por el comprador es sólo condición para la norma, y el Derecho sólo entra en juego cuando el comprador realiza la conducta contraria, es decir, cuando no paga. Este acto, contrario al comportamiento debido, es el presupuesto de la aplicación de la norma que es la sanción. Los destinatarios del Derecho no serán, pues, para Kelsen todos los ciudadanos, por ejemplo, al comprar una cosa, sino que estarán realizando una condición, si se comportan de manera contraria a la debida, para la aplicación del Derecho. Los destinatarios del Derecho serán los operadores jurídicos, a los que éste confiará la misión de aplicar la fuerza, la coacción. Por eso, para Kelsen, el Derecho será regulación del uso de la fuerza, y sólo los operadores jurídicos, y no todos, y en determinadas condiciones, son destinatarios autorizados.

Así, dirá Kelsen que «el orden jurídico determina de manera exhaustiva las condiciones bajo las cuales ciertos individuos —los operadores jurídicos, añadiríamos nosotros— bajo los cuales la coacción, como fuerza física, debe ser ejercida, así como los individuos que deben hacerlo, y protege a los individuos a él sometidos contra el uso de la fuerza por parte de otros individuos...»⁶. No coincide plenamente con el planteamiento de Kelsen, pero es cierto que al menos una parte de las normas del ordenamiento, las que llamamos de segundo grado, o normas de organización o de producción de normas, tienen como destinatarios a los operadores.

Desde otros presupuestos intelectuales y científicos, autores vinculados al realismo escandinavo como Olivecrona o Ross sostienen posiciones similares. Así este último, en *Sobre el Derecho y la justicia*⁷, dirá que «... una medida legislativa que no contenga directivas para los tribunales sólo puede ser considerada como un pronunciamiento ideológico-moral sin relevancia jurídica...»⁸, por lo que incluso sólo serán jurídicas aquellas normas que tengan como destinatarios a este tipo de operadores jurídicos. Así, si identificamos a las normas por sus destinatarios, Ross realzará de manera eminente el papel de los operadores jurídicos. Sólo

⁵ Véase *Teoría pura del Derecho*, trad. castellana de Vernengo, UNAM, México, 1979, pág. 122.

⁶ Kelsen, *ob. cit.*, pág. 50.

⁷ Véase edición castellana de Genaro Carrió, Eudeba, Buenos Aires, 1963.

⁸ *Ob. cit.*, pág. 33.

serán, pues, normas las que llamamos secundarias, normas que regulan el uso de la fuerza, porque son las que contienen directivas para los jueces.

Esta teoría es discutible. En primer lugar porque las normas de conducta dirigidas a los ciudadanos son auténticas normas y ocupan gran parte del contenido del Derecho. Así, sería absurdo decir que el reglamento de la circulación no es una norma dirigida a los automovilistas y a los peatones, sino sólo a los guardias de la circulación.

Además, los jueces no son sólo destinatarios de normas, son también creadores de ellas, y en un ordenamiento todo operador jurídico competente es a la vez creador y destinatario de las normas: creador de las dirigidas a otros operadores que ocupan un rango inferior y destinatario de las normas creadas por otros operadores que ocupan —como poder normativo— un rango superior. La única excepción es el legislador superior, el constituyente —que sólo es creador—, y el operador, aplicador del último y más bajo nivel, que sólo es destinatario de las normas superiores.

Aun así, esta excursión doctrinal, que se podría completar con textos de otros muchos autores como Ihering⁹ o Holmes¹⁰, justifica la importancia que tiene para la teoría del Derecho actual el tema de los operadores jurídicos.

Señalaremos algunos de los aspectos en que este tema se plantea. Quedarán ideas y sugerencias que el lector, sin duda, podrá desarrollar a través de su propia reflexión.

II

Se puede decir que, desde sus orígenes, el Derecho ha contado con intérpretes y especialistas autorizados. Cuando el Derecho estaba confundido con las normas religiosas, eran los sacerdotes los intermediarios con los ciudadanos no sólo de la religión, sino también del Derecho. En su magistral descripción del origen del Derecho, Fustel de Coulanges señala la identificación primitiva entre jefe o rey y sumo sacerdote. «Así como en la familia la autoridad era inherente al sacerdocio, y el sacerdote como jefe del culto doméstico era al mismo tiempo juez y señor, análogamente el gran sacerdote de la ciudad fue también el jefe político»¹¹.

⁹ Cuando en *El fin en el Derecho* dice que «hay imperativos que tienen exclusivamente la mira en las autoridades» (véase ed. castellana de Diego Abad en Santillán, Ed. Lógica, México, 1961, pág. 247).

¹⁰ Es conocida la definición de Holmes: «... yo entiendo por Derecho las profecías acerca de lo que los Tribunales harán en concreto, nada más ni nada menos...» (*La senda del Derecho*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1975, ed. de Eduardo Angel Rumo, pág. 21).

¹¹ Véase *La ciudad antigua*, trad. de Carlos A. Martín, col. Obras Maestras de Editorial Iberia, Barcelona, 1979, pág. 217.

Y Aristóteles decía que «los reyes de Esparta tienen tres atribuciones: hacen los sacrificios, mandan en la guerra y dictan justicia»¹².

Los que hoy llamamos operadores jurídicos surgieron, pues, del tronco de los sacerdotes, y probablemente de ese origen persiste hoy una tendencia al misterio, al dominio de un lenguaje incomprensible para los demás, que asegura el monopolio de la intermediación y, por consiguiente, del poder. No parece totalmente fuera de lugar decir, pues, que los operadores jurídicos son como los sacerdotes del Derecho, con sus ritos, con su liturgia, con sus tradiciones y con sus dogmas. Precisamente por ese origen común, en Grecia se designaba a los magistrados con un término genérico que significaba «los que han de consumir los sacrificios». No es de extrañar tampoco que en ese contexto inicial los operadores jurídicos de entonces tuvieron como pauta de actuación una ley que era al mismo tiempo norma religiosa. Así, por ejemplo, en Israel, en las primitivas leyes romanas, llamadas leyes reales, en las doce tablas, etc. Y en todos esos casos, los legisladores, como Moisés, Solón, Licurgo y otros, recogieron de la divinidad las leyes que luego otorgaron a sus ciudadanos.

Poco a poco, los operadores jurídicos se van emancipando del sometimiento religioso, y un lento proceso de secularización se iniciará en la Grecia clásica y continuará en Roma, coincidiendo con la revolución intelectual que supone la aparición de la filosofía y especialmente de los sofistas. Con ellos se iniciará un concepto de justicia «menos estrecha y menos exclusivista que la antigua, más humana, más racional, despojada de las fórmulas de las edades precedentes...»¹³. El arte de razonar, la dialéctica y la retórica, aparecerán con ellos y serán a lo largo de la historia un instrumento fundamental para los operadores jurídicos.

Quizá en la Antigüedad el modelo más interesante de operador jurídico sea el romano. En efecto, en Roma los operadores jurídicos tendrán un protagonismo grande tanto con el valor de los dictámenes de los juristas como fuente del Derecho como por la acción del pretor. La progresiva extensión de la materia jurídica, su evolución desde el *ius civile* al *ius honorarium* y al *ius gentium*, exigió un mayor grado de especialización y también un trabajo de interpretación, de elaboración y de construcción ordenada del sistema, que supuso un cultivo más sistemático. Son los albores de la ciencia del Derecho y también de la aparición del operador jurídico como categoría profesional.

Con el *ius edicendi* y con el *ius respondendi* los operadores jurídicos tendrán un protagonismo enorme en la formación de ese gran sistema que es el Derecho romano clásico.

Por el primero, los magistrados dotados de jurisdicción civil, los pretores, los ediles curales, los gobernadores y los cuestores provinciales

¹² *Política*, III, 9.

¹³ Fustel de Coulanges, *ob. cit.*, pág. 454.

hacían saber al pueblo la opinión y la voluntad que tenían respecto a la forma de ejercer su jurisdicción. Por su actuación concreta, aplicada en su origen a los extranjeros, pero después también a los ciudadanos romanos, apareció el *ius gentium*, que es un modelo de Derecho judicial a través de una acción referida al caso, para resolver en él lo que es justo.

Con el *ius respondendi* los juristas privilegiados podían emitir dictámenes en nombre del emperador, siempre que, a partir de Adriano, estos pareceres fueran concordes.

Y en este contexto se consagrará una ciencia del Derecho secularizada impulsada por operadores jurídicos, los juristas, sobre todo a partir de Gneus Flavius (450 a. C.).

Podemos situar como primer científico del Derecho a Sextus Aelius, en el siglo II a. C., con su *Tripartita*, que se puede considerar el primer ensayo legal y el primer comentario sobre el Derecho. Con la exposición sistemática a partir de Publius Mucius, pasando por Scaevola, Celso y Gayo, se configuró la ciencia romana clásica, con multiplicidad de facetas, como las *regulae*, las *sententiae*, las *opiniones*, las *responsae*, las *epistolae*, las *cuestiones* y las *disputationes*, y también a partir de ese momento se inició la enseñanza del Derecho, con establecimientos dedicados a esa tarea, sobre todo a partir de Antonino Pío. El profesor de Derecho, un tipo especial de operador jurídico que verá aumentar su importancia a través del tiempo, había hecho su aparición.

No podemos profundizar más en este momento en la situación de los operadores jurídicos en Roma. Debemos, sin embargo, señalar que en este tiempo surgirá el operador jurídico, aplicador y también creador del Derecho, que combina *su conocimiento* con la *intuición jurídica*, que Rodolfo Ihering define como un «poder particular de concepción, primero, que no se adquiere sino después de un gran número de años de esfuerzo y de ejercicio, una faceta particular del pensamiento abstracto...», y con el *arte jurídico* como «... el talento de operar con la ayuda de las nociones jurídicas, la facultad de transformar lo abstracto y lo concreto; el ojo clínico y la percepción clara de los principios del Derecho en los problemas propuestos...»¹⁴.

Los resultados de creación jurídica del trabajo de los operadores serán espectaculares, con su dominio de la técnica y del arte, para satisfacer las necesidades reales en la solución de los casos concretos. Este tipo de actuación casuística diseñará, con los juristas romanos, uno de los dos grandes modelos de operadores jurídicos; el tipo de operador jurídico que utiliza una reflexión tópica, que Aristóteles y Cicerón propugnaron y que Viehweg identifica como la «técnica del pensamiento que se orien-

¹⁴ Véase Ihering en la versión francesa, *L'esprit du droit romain...* Reimpresión de Forni, Bolonia, 1969, de la edición de París, 1886-1888, con trad. de Meulenaure, t. III, pág. 7.

te hacia el problema...», como la técnica del pensamiento problemático¹⁵.

El segundo gran modelo histórico de operadores jurídicos se dibuja en la Edad Moderna, aunque se origina ya con los *Elementos de Euclides* (325 a. C.), y supone otro punto de vista dentro del gran proceso de secularización que se vive a partir del tránsito a la modernidad. Frente al análisis tópico, que en el renacimiento del Derecho romano en los siglos XII y XIII se produce en Italia con la escuela de los glosadores (*Accursio*) y con los posglosadores (*Bartolo* y *Baldo*), se generará una forma de pensamiento, a partir de los siglos XVI y XVII, que construirá un tipo de operador jurídico que utilizará una aproximación al Derecho basada en la elaboración sistemática, *more geometrico* o *more mathematico*.

Vico describirá así este modelo: «... el punto de partida es un *primum verum* que no puede ser anulado ni siquiera por medio de la duda. El desarrollo ulterior se hace de acuerdo con el modo de la geometría, es decir, conforme a los cánones de la primera ciencia estrictamente demostrable y, en lo posible, mediante largas deducciones en cadena...»¹⁶.

Hugo Grocio, en los prolegómenos de *El Derecho de la guerra y de la paz*, afirmaba que, «como las matemáticas, al examinar las figuras, hacen abstracción de los cuerpos que modifican, yo también, al explicar el Derecho, he alejado mi pensamiento de la consideración de todo hecho particular»¹⁷. Es la cultura jurídica del sistema, frente a la cultura jurídica del problema, y los operadores jurídicos que se sitúan en este punto de vista parten de unas normas abstractas de un orden general que deben interpretar y aplicar a los casos concretos.

Todo el mundo moderno, en el Derecho continental, estará marcado por esta mentalidad, y los operadores jurídicos, jueces, funcionarios, abogados y profesores desarrollarán un trabajo en una cultura jurídica de predominio de normas generales y abstractas basada en la primacía de la ley como clave de bóveda de todo el sistema.

Tanto el iusnaturalismo racionalista de Pufendorf, de Thomasio, de Barbeyrac o de Burlamaqui, o el de Leibnitz y Wolff, como la construcción jurídica del Derecho positivo vigente en los siglos XVII y XVIII que realizan Domat y Pothier, se insertarán en ese esfuerzo de sistematización que influirá en la codificación y en el constitucionalismo.

Desde este punto de vista no hay contradicción, sino continuidad entre iusnaturalismo y positivismo. Ambos generarán un tipo de operador jurídico que tendrá que buscar el principio inspirador del sistema, el espíritu de la ley, como dirá Domat, para ajustar su interpretación y su aplicación del Derecho a ese fundamento y a todo su desarrollo en

¹⁵ *Tópica y jurisprudencia*, versión castellana de Luis Díez Picazo, con prólogo de García de Enterría, Taurus, Madrid, 1963, pág. 49.

¹⁶ Citado por Viehweg, *ob. cit.*, pág. 27.

¹⁷ *Derecho de la guerra y de la paz. Prolegómenos*, IX, tomado de la edición francesa de Barbeyrac, editada en Amsterdam, Pierre de Coup, 1728, pág. 35.

el sistema. Para estos operadores jurídicos hay poco espacio para la creación, porque el sistema prevé todos los casos posibles; son aplicadores mecánicos, encargados sólo de asegurar que el orden que el Derecho establece se realiza en la práctica y de trasladar al ciudadano normal, que no entiende y que considera al Derecho como algo misterioso y superior, los secretos de éste. Son sacerdotes también, pero con un dogma que les ata y que les condiciona en su libertad productora.

Los iusnaturalistas reducirán al Derecho a unidad conceptual partiendo de una norma básica material de la que derivarán por deducción todas las demás. Se prepara con ellos el legalismo estatalista del positivismo que, basado en la ley, impulsa la codificación y el constitucionalismo. Es un sistema de construcción racional que desciende a veces a detalles mínimos, pretendiendo que se deducen de la norma superior y así hasta llegar a esa norma básica material, raíz de todo el sistema. En cualquiera de las obras de estos autores se puede apreciar este planteamiento. Así, por ejemplo, Barbeyrac, en su prefacio a la traducción francesa de *Los deberes del hombre y del ciudadano*¹⁸, dirá que el objetivo de la obra que traduce es el de «reunir (...) con orden las principales reglas más importantes de la ciencia de las costumbres...», y añadirá que «no sería bastante proveerse de un número suficiente de máximas de moral reducidas en un orden natural, sería necesario, además de ganar profundamente en el espíritu los fundamentos generales de esa ciencia y de cada una de las materias que la componen, recoger también los proceptos particulares que produce...»¹⁹.

Podríamos seguir con ejemplos de autores de esta escuela, como Burlamaqui, Wolff y otros, pero sería redundar en estos planteamientos, y se puede concluir que en este momento, y con este enfoque, los operadores jurídicos, como hemos dicho, tienen poco que añadir, y su misión es precisamente sólo la de aplicar y no de crear.

Lo mismo ocurre con el esfuerzo de sistematización del Derecho nacional que realizan en Francia Domat y Pothier, dos juristas prácticos que afrontan una ordenación de los materiales del Derecho positivo francés para construir un sistema en el cual se identificarán los principios del Derecho natural, que son la estructura de ese sistema, con el Derecho privado. En Domat empezará esa corriente, defensora de los intereses de la burguesía, entonces clase ascendente, que se prolongará hasta nuestros días con el decisivo impulso de Kant de divinización del Derecho privado y de su consideración como Derecho permanente y estable, base de todos los principios del Derecho en cualquiera de sus ramas. Muchas veces se ha oído recomendar a los estudiantes, sobre todo por juristas prácticos: «En la Facultad estudiad sobre todo Derecho privado, que es

¹⁸ Pufendorf, *Les devoirs de l'homme et du citoyen, tels qu'ils sont prescrits par la loi naturelle*, traducción de Barbeyrac, Arstée y Merkus, Amsterdam-Leipzig, 1756, pág. xxx.

¹⁹ *Ob. cit.*, pág. xxxv.

lo importante.» Esa mentalidad tiene su origen en esta obra de Domat, y creo que no responde a la compleja realidad del Derecho, mucho menos en el siglo xx.

En España, el esfuerzo de sistematización del Derecho nacional dará lugar a las recopilaciones, reclamadas incluso por las Cortes, por ejemplo en 1544, cuando los procuradores reunidos en Valladolid solicitan que «... todas las leyes destes reynos se compilen e pongan en orden e se ympriman...». Así surgirán el Ordenamiento de Montalvo, las Leyes de Toro de 1505, la Nueva Recopilación de 1567 o la Novísima Recopilación de 1805, y en otros reinos de España, el *Quaderno de las Leyes y Ordenanzas de la Hermandad de Alava* (1671), en el País Vasco, o la recopilación de los Síndicos en Aragón, por poner sólo algún ejemplo.

A partir del siglo XVIII el positivismo estatalista refuerza el valor de la ley como expresión de la soberanía que regula todos los casos posibles. Este fetichismo de la ley, cuya característica de plenitud excluye las lagunas, no deja tampoco espacio creador para los operadores jurídicos, que serán sólo los intermediarios entre la ley, como ordenación general y abstracta, y su aplicación al caso concreto. Así, Montesquieu podrá decir: «... Los jueces de la nación no son, como hemos dicho, sino la boca muda que pronuncia las palabras de la ley, y que no pueden moderar ni su fuerza ni su rigor...»²⁰

III

Estos dos modelos de pensamiento generarán dos formas distintas de cultura jurídica y dos sistemas distintos de Derecho positivo, que se identifican en el mundo moderno con el británico del *Common Law* y con el continental, basado en la primacía de la ley.

Los operadores jurídicos, jueces, abogados y funcionarios en el *Common Law* tendrán, además de mayor movilidad entre los diversos grupos, mayor libertad creadora. Radbruch lo describe con gran finura en su trabajo sobre *El espíritu del Derecho inglés*²¹, y también Roscoe Pound en *El espíritu del «Common Law»*²².

La importancia del sistema judicial y de los operadores jurídicos, jueces y abogados, la describirá el juez Holmes en su concepto del Derecho, donde se aprecia el valor decisivo que da a la creación judicial: «... Tomad, por ejemplo, la pregunta fundamental: '¿qué es Derecho?' Encontraréis que ciertos autores os dirán que es cosa distinta de lo que deciden los tribunales de Massachusetts o de Inglaterra, que es un sistema de la

²⁰ *L'esprit des lois*, en *Oeuvres complètes*, Du Seuil, París, 1964, primera parte, libro XI.6 (en la ed. cit.), pág. 579.

²¹ Véase la ed. italiana, *Lo spirito del Diritto inglese*, Giuffrè, Milán, 1962 (edición de Alesandro Baratta).

²² Ed. española de Puig Brutau, Bosch, Barcelona, 1954.

razón, que es deducción a partir de principios de ética, axiomas universalmente aceptados o cosa parecida, que puede o no coincidir con las sentencias judiciales. Pero si adoptamos el punto de vista de nuestro amigo el mal hombre (el delincuente hubiera traducido yo), vemos que a éste le importa un bledo los axiomas o deducciones, pero que, en cambio, le interesa saber qué es lo que, en efecto, han de resolver probablemente los tribunales de Massachusetts o de Inglaterra. Yo opino de manera bastante parecida. Yo entiendo por Derecho las profecías acerca de lo que los tribunales harán en concreto, nada más ni nada menos...»²³

En el siglo XIX el positivismo estatalista, que dará lugar al movimiento codificador y al constitucionalismo, dominará toda la cultura jurídica continental²⁴.

El Derecho será un hecho, no un valor, y su validez dependerá sólo de su producción de acuerdo con las normas de organización, que identifican a las normas por el órgano y por el procedimiento para su producción. El núcleo central será su carácter coactivo, y su norma central, la ley, que tendrá la consideración de mandato. En ese contexto, como ya hemos dicho, quedará sin espacio la labor creadora de los operadores jurídicos. Hobbes, Kant, Ihering o Bentham y Austin representarán eminentemente ese punto de vista, que, sin embargo, en algunos de esos casos, como hemos visto, se consideran los únicos destinatarios del Derecho.

Sin embargo, la situación ha cambiado sustancialmente en este siglo y se ha producido una aproximación entre las dos formas de cultura jurídica.

La vieja polémica, que arranca de Hobbes, entre *Common Law* y el *Statute Law*, y que se prolonga en el siglo XIX con Bentham y Austin, aumentará la importancia de la ley en el sistema anglosajón. Por su lado, las críticas realistas, historicistas, institucionalistas o sociologistas al legalismo estatalista romperán el fetichismo de la ley y aumentarán la importancia de la creación judicial del Derecho y de la incorporación de principios y de valores en la aplicación del Derecho en el sistema continental.

No podemos analizar en profundidad en este artículo las razones de esta evolución. Pero sí podemos apuntar algunas que incidirán de manera importante en el papel que jueces, funcionarios, abogados y los demás operadores jurídicos desempeñan en el proceso de creación-aplicación del Derecho:

Primero. El Derecho es un sistema de normas generales que forman un ordenamiento, en cuyo marco se desarrolla la actividad de los operadores jurídicos.

²³ Traducción castellana de *The Path of the Law*, ed. del Prof. Russo, con el título *La senda del Derecho*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1975, págs. 20-21.

²⁴ Véase Bobbio, *Il positivismo giuridico*, Giappichelli, Turin, 1979.

Segundo. El funcionamiento de la maquinaria jurídica supone un proceso difícilmente separable de creación, interpretación y aplicación del Derecho. Así, salvo los autores de la norma fundamental puesta, norma máxima del Derecho positivo, que no depende de otra norma sino del hecho fundante básico (el Poder), que no son operadores jurídicos, sino sólo creadores, todos los demás protagonistas del Derecho son operadores jurídicos, incluso los legisladores en los países de Constitución escrita, puesto que aplican con su actuación una norma superior y están normalmente sometidos a un control de constitucionalidad. Hay que superar la idea de que sólo son operadores jurídicos los jueces y los funcionarios. Esta constatación es muy importante para sustituir la argumentación difundida profundamente en la cultura jurídica contemporánea de que la positivación de los valores y de los principios (piénsese en el sistema español, con el desarrollo del artículo 1.1 de la Constitución) es obra de los jueces. Previamente es obra de los operadores jurídicos parlamentarios, que son los primeros que aplican la Constitución al crear el Derecho legal y, consiguientemente, son los primeros que tienen ocasión de incorporar esos principios y esos valores al Derecho positivo.

Tercero. La construcción jerárquica del ordenamiento, que culmina con la Constitución como norma básica puesta, y que supone la sumisión de la norma inferior a la superior (con excepción del primer escalón, que sólo crea normas inferiores, y del último, que sólo ejecuta lo que las superiores disponen), exige un tipo determinado de operadores jurídicos que controlen la regularidad del funcionamiento de ese sistema, y que pueda excluir del ordenamiento a las normas que no se ajusten a él. Estos operadores jurídicos, jueces en tribunales contentioso-administrativos o constitucionales, con la colaboración de abogados que instan y preparan el planteamiento de las pretensiones y de otros funcionarios —fiscales, notarios, secretarios, etc.—, constituyen una forma correctora del Derecho legal y crean, por consiguiente, Derecho, aunque en la mayoría de los casos sea sólo producción negativa o exclusión del ordenamiento.

Cuarto. El sistema de normas generales que constituyen el ordenamiento no está completo, tiene zonas de penumbra y se construye con un lenguaje de textura abierta, que exige en muchos casos una acción creadora del juez en la aplicación al caso concreto, y que incluso se puede elevar a creación con carácter más general. Así, el proceso de creación-aplicación se confundirá y no tendrá ya la neta distinción con que se contemplaban las dos operaciones en el positivismo clásico del siglo XIX, como hemos visto también al referirnos al legislador. Los operadores jurídicos dispondrán de un amplio espacio de actuación por esta razón, también en la actual situación del Derecho continental. Frente a la concepción del legislador como creador del Derecho y del juez como aplicador, hoy se entiende que ambos son creadores y aplicadores del Derecho, con los matices que estamos señalando.

Quinto. El monismo de fuentes, con claro predominio del Derecho judicial en un caso y del Derecho legal en otro, tenderá a difuminarse y a ser sustituido por un pluralismo de fuentes, integrado en el ordenamiento y dependiente de la norma de identificación de normas, situada en la Constitución o en grandes leyes —como en España el título preliminar del Código Civil—, y que establece los órganos y los procedimientos para crear las otras normas. Esa norma de identificación parte, en la regulación de la producción normativa, del papel determinante que cumplen los operadores jurídicos en el proceso.

Sexto. La superación del positivismo cerrado, cuya última manifestación teórica será el formalismo kelseniano, abrirá el Derecho moderno a los valores y a los principios. La carencia de éstos no invalidará a un Derecho regularmente constituido y apoyado en el poder, pero los operadores jurídicos estarán abiertos a esa modalidad social que son los valores y los principios. Así podrán realizar una crítica a la dogmática jurídica e intentar ampliar el grado de moralidad del Derecho positivo. Al componente de moralidad que los operadores jurídicos incluyen en el Derecho positivo se le llamará moralidad o justicia legalizada, y a la que presiona extramuros con la pretensión de positivizarse, moralidad o justicia crítica.

Este punto de vista da una dimensión más universal a la tarea de los operadores jurídicos como cauce no sólo para la creación y aplicación del Derecho, sino también para la potenciación de sus contenidos de justicia y de moralidad.

En España, la positivación en el artículo 1.1 de la Constitución de los llamados «valores superiores» potenciará la función creadora de los operadores jurídicos en esa dimensión material, que se esforzará en superar los puntos de vista iusnaturalistas que pueden surgir, a través de una consideración de los valores como Derecho positivo, como justicia legalizada.

Séptimo. La ampliación de las funciones del Derecho, que superan las clásicas de garantía de la acción de los particulares y de represión de las violaciones y añaden la función promocional, incluyen tareas de prestación de servicios y de realización de acciones positivas, que darán una nueva dimensión a la tarea de los operadores jurídicos.

Por otra parte, la reacción frente al Estado social pretenderá una disminución de la acción de los operadores jurídicos públicos y un aumento de los operadores jurídicos privados, como sostiene, por ejemplo, muy recientemente Cohen-Tanugi en su obra *Le Droit sans l'État* (El Derecho sin el Estado)²⁵.

El reciente proyecto de ley de privatización de las prisiones en Francia pone de relieve la influencia de esas posiciones en los sectores con-

²⁵ Se subtitula *Sobre la democracia en Francia y en América*, PVF, París, 1985.

servadores y liberal-conservadores de los países avanzados. También aquí se puede apreciar la proximidad de esos puntos de vista con las tesis anarquistas²⁶.

Sin embargo, es difícilmente concebible la figura del operador jurídico privado, porque lo son, como hemos visto al principio, los destinatarios de las normas que regulan el uso de la fuerza, es decir, aquellos que son más directamente expresión de la soberanía. Si se produce la privatización de la soberanía y de las reglas que regulan el uso de la fuerza, volvemos al Estado de naturaleza, a una situación donde desaparece la relación entre poder y Derecho y el principio del monopolio en el uso de la fuerza legítima por parte del Estado, es decir, retrocedemos varios siglos.

Desde muchas posiciones distintas, anarquismo, neoliberalismo, marxismo-leninismo, se ataca al poder del Estado y a su Derecho. No creo que sus razones sean suficientes; probablemente se producirá una reacción en defensa del Estado social cuando se vea que persisten las razones que lo justificaron y las consecuencias a que conduce el planteamiento que comentamos.

El operador jurídico en el Estado social de Derecho interviene por medio de los servicios públicos para satisfacer las necesidades básicas y crear a través de eso condiciones de igualdad natural, y lo hace también con una acción incentivadora, usando de sanciones positivas o premios, frente al esquema clásico de utilización por los operadores jurídicos de las sanciones negativas o penas. Estas normas no son del género de las que regulan la identificación del Derecho con normas que regulan el uso de la fuerza, aunque muchas normas secundarias sean normas que regulan el uso de la fuerza²⁷.

Octavo. Si no podemos decir que el Derecho es exclusivamente el conjunto de normas que regulan el uso de la fuerza, sí podemos decir que las normas jurídicas que regulan el uso de la fuerza, que son un grupo importante de normas secundarias (aunque haya otro tipo de normas, incluso secundarias), las normas secundarias formales, tienen a los operadores jurídicos como destinatarios, como parte del inseparable entramado moderno entre poder del Estado y su Derecho. Eso significa que sólo los operadores jurídicos relevantes o competentes (ya veremos después qué

²⁶ En este sentido, en nuestro ámbito es esencial la posición justificadora de los fundamentos filosóficos del Estado mínimo que sostiene Robert Nozick en *Anarchy, State and Utopia*, Basic Books, 1974.

²⁷ Véase, en este sentido incluso, Olivecrona en *El Derecho como hecho*, en su primera edición, donde acepta que las normas del Derecho administrativo no convienen directamente al uso de la fuerza, cuando realizan actividades promocionales (educación, salubridad, comunicaciones), cuando ofrecen servicios públicos (*El Derecho como hecho*, ed. cast. De Palema, Buenos Aires, 1958, pág. 104). Hay una segunda ed. cast. ampliada y modificada sobre la segunda ed. inglesa, con traducción de Luis López Guerra, Labor, Barcelona, 1980.

supone eso) pueden usar la fuerza, y para ello son habilitados por la norma.

En resumen, de todo lo dicho hasta ahora se desprende el papel decisivo de los operadores jurídicos en el proceso de creación-producción del Derecho y también que son los destinatarios exclusivos de las normas secundarias formales que regulan el uso de la fuerza.

IV

Estos operadores se mueven, pues, tienen ámbito de actuación por razón de la existencia de una norma que los crea y que les autoriza a actuar, de ahí deriva su competencia y no de ningún otro valor de su propia naturaleza ni tampoco de la esencialidad de la función social que realizan. Son un elemento del ordenamiento, imprescindible para el funcionamiento del sistema creado por una norma, por lo que no existen operadores independientes en forma más o menos directa, más o menos visible ni tampoco el Derecho puede actuar sin los operadores, no puede prescindir de ellos.

En la cultura jurídica moderna ambas reducciones de la plenitud del sistema jurídico en este campo se han intentado y se han defendido. Así, se ha apoyado la desaparición de los operadores jurídicos, y en la posición totalmente contraria se ha justificado la existencia de operadores jurídicos autónomos, cuya autoridad deriva de ellos mismos.

El primero de los modelos reduccionistas tiene sin duda un fundamento escéptico y gran importancia a partir del Renacimiento, donde se pone de relieve la influencia de los humanistas, enemigos de los juristas²⁸. El conceptualismo y el esoterismo jurídico como «hipertrofia constructiva...», que «... da lugar a una jurisprudencia desvitalizada, divorciada del sentimiento jurídico popular...»²⁹, será la crítica de un pensamiento basado en la original posición de la escuela histórica de defensa de un Derecho popular y en general de las doctrinas de la edad romántica, como las denomina Paul Benichou³⁰.

Al Derecho de los juristas se opondrá el Derecho popular. Von Kirchmann, en su famoso discurso de 1847 sobre la falta de valor científico de la jurisprudencia, será modelo de este planteamiento.

«... Por obra de la ley positiva, los juristas se han convertido en gusanos que sólo viven de la madera podrida; desviándose de la sana, establecen su nido en la enferma...»³¹. Hablará de la ciencia jurídica como

²⁸ Véase el estudio introductorio del Prof. Truyol a *La jurisprudencia no es ciencia*, de J. H. von Kirchmann, CEC, 3.ª ed., Madrid, 1983 (cito por la 2.ª ed., Madrid, 1961).

²⁹ Véase la *ob. cit.* en nota anterior, págs. 19-20.

³⁰ *Le temps des prophètes. Doctrines de l'âge romantique*, NRF, Gallimard, París, 1977.

³¹ *Ob. cit.*, págs. 54.

de un Derecho «... que el pueblo ya no conoce, que ya no vive en su alma y que se equipara a las fuerzas ciegas de la naturaleza...»³². Por eso Federico el Grande intentó suprimir a los abogados, y Kirchmann comenta: «... la empresa hubo de fracasar porque se hacía a medias: no han de suprimirse sólo los abogados, sino los jueces de profesión...»³³, porque dice: «... el país está harto de los juristas de profesión...»³⁴. Su propuesta supone la supresión de los juristas.

«... Ese tan ponderado perfeccionamiento del Derecho por los juristas... sólo se refiere a la filigrana del detalle nimio. Poner los cimientos y levantar enérgicamente el edificio nuevo no pueden hacerlo los juristas. Pero una vez terminada la obra, cuando las columnas la sustentan ya entonces acuden, como los cuervos, a millares, se meten en todos los rincones y miden los límites y dimensiones por pulgadas y líneas, y pintan y adornan el noble edificio hasta el punto de que ni el príncipe ni el pueblo reconocen ya apenas su propia obra...»³⁵

Es indudablemente una posición superada, como lo es la que pretende construir unos operadores jurídicos que se justifican por sí mismos, autónomos o independientes. Esta posición se esfuerza también en rechazar, desde otro punto de vista, la relación poder del Estado-Derecho, y se origina desde posiciones sociologistas o realistas que reducen la validez a eficacia, mientras que el planteamiento desde el que vemos nosotros el problema parte de la existencia y de la distinción entre validez y eficacia³⁶ como esencial para el concepto del Derecho. Por matizar más en la mayoría de los casos, rechazan también el enfoque sistemático y se inclinan por el problemático, por las posiciones tópicas. La justicia se encuentra en el caso concreto a través de la acción de los jueces.

Ejemplos de esta posición pueden ser Kantorowicz, con su trabajo sobre *La lucha por la ciencia del Derecho*³⁷, o Eugenio Ehrlich, con su obra, que es, como dice Bobbio, «una de las más documentadas e intransigentes polémicas contra el positivismo estatalista en nombre de la libre búsqueda del Derecho por el juez y por el jurista, que deben buscar la solución de las controversias no tanto vinculándose al dogma de la voluntad estatal pasivamente aceptada, sino introduciéndose en el estudio del Derecho vivo, que la sociedad, en continuo movimiento, continua-

³² *Ob. cit.*, pág. 70.

³³ *Ob. cit.*, pág. 71.

³⁴ *Ob. cit.*, pág. 72.

³⁵ *Ob. cit.*, págs. 82-83. En su obra *Sobre la extinción del Derecho y la supresión de los juristas*, Capella sostendrá brillantemente una tesis similar. Véase este trabajo en *Materiales para la crítica de la filosofía del Estado*, Fontanella, Barcelona, 1976, págs. 41 y sigs.

³⁶ Véase, por ejemplo, Bobbio, *Teoría della norma giuridica*, Giappichelli, Turín, 1958, espec. págs. 35 y sigs.

³⁷ Véase en *La ciencia del Derecho*, Losada, Buenos Aires, 1949, págs. 325 y siguientes.

mente produce...»³⁸ Por eso en su obra sobre *Los fundamentos de la sociología del Derecho*, Ehrlich dirá que «... los tribunales aparecieron como órganos de la sociedad, no como órganos del Estado», definiéndolos como «... una persona o un conjunto de personas que tienen la tarea de componer una controversia, a la que son ajenos, expresando un juicio sobre su objeto...»³⁹

Los operadores jurídicos son relevantes o competentes, con independencia del Estado; por eso cuatro grupos de personas emergen con relieve en la historia del Derecho, dos de los cuales, jueces y científicos del Derecho, lo hacen desde esa autoridad propia⁴⁰.

Por citar a autores vivos que siguen enseñando, podemos pensar también en Michel Villey, con su defensa del Derecho como el arte de encontrar lo justo en el caso concreto y el protagonismo del juez para esa tarea⁴¹, y Ronald Dworkin, quien, pese a su pretendido objetivismo y su rechazo de la libertad judicial en los casos difíciles de hecho, construye un modelo de juez que encuentra respuesta correcta a través de una reconstrucción de los materiales del Derecho histórico y actual, para llegar a esa respuesta única y correcta. Su misma denominación del juez Hércules, con sus «excepcionales habilidades», como él mismo dice⁴², y su nula preocupación por el tema de la validez del Derecho y de la habilitación de los jueces por la norma de identificación de normas, permite, sea cual sea la opinión de fondo que se tenga sobre su obra, situarle en este modelo.

Frente a estas posiciones, desde un normativismo realista, el operador jurídico aparece con su propio ámbito de competencia, con su decisiva intervención en el proceso de creación, interpretación y aplicación del Derecho, como protagonista del dinamismo de un sistema de Derecho que evoluciona y cambia por su acción principalmente; pero al mismo tiempo su autoridad nace de la norma de identificación de normas, que en sus dimensiones formales básicas responde a las preguntas: ¿quién manda? y ¿cómo se manda?, y le habilita para actuar.

³⁸ *Ob. cit.* en nota 35, pág. 64.

³⁹ Véase la edición italiana, *Il fondamenti della sociologia del diritto*, edición de Alberto Febrajo, Giuffrè, Milán, 1976, págs. 149-150.

⁴⁰ *Ob. cit.*, pág. 216.

⁴¹ Véase su *Philosophie du Droit* (dos tomos), Dalloz, París, 1975 y 1979.

⁴² Véase *Los Derechos en serio*, ed. cast. en A. Calsamiglia, Ariel, Barcelona, 1984, pág. 191. Véase también *A Matter of principle*, Harvard University Press, Londres, 1985, espec. «Political Judges and the Rule of Law», pág. 9 y sigs., y «Is There Really no Righth Answ in Hard Cases?», págs. 119 y sigs. Véase asimismo su última obra, *Law's Empire*, Fontana Press, Londres, 1986.

V

Podemos encontrar diversos criterios para clasificar a los operadores jurídicos. Así, por ejemplo, según su función, es decir, según lo que hacen: hay operadores jurídicos que intervienen en la comprensión o interpretación científica, en la investigación y en la enseñanza del Derecho, y hay operadores que intervienen en el proceso de creación, interpretación operativa y aplicación del Derecho. A veces estos modelos aparecen mezclados o confundidos en la realidad de una cultura jurídica concreta, pero se pueden diferenciar porque, en su caso, no intervienen en la producción normativa o lo hacen sólo en segundo grado, es decir, preparando a otros operadores para que lo hagan o preparando material científico o filosófico para ser utilizado por otros, mientras que en el segundo grupo su existencia se justifica precisamente para esa producción normativa, entendida como proceso dinámico y siempre inacabado de creación, interpretación operativa y aplicación, al que nos venimos refiriendo.

Si vemos el tema desde el punto de vista del lenguaje, podemos decir que los primeros hablan del Derecho, utilizan un metalenguaje, es decir, un lenguaje sobre el lenguaje del Derecho positivo. Los segundos realizan actos de creación del lenguaje de la ley y de los otros tipos de normas jurídicas (sentencias, reglamentos, circulares, etc.), que después se independiza de sus autores. Estos operadores siguen en el incesante proceso de creación, interpretación y aplicación del Derecho usando el lenguaje del Derecho, modificándolo o suprimiéndolo. Es evidente que, en muchas ocasiones, el metalenguaje de unos operadores jurídicos se mezcla con el lenguaje del Derecho creado por otros operadores e incluso se incorpora al mismo. Uno de los destinos más razonables del metalenguaje de los operadores jurídicos es ser usado por los operadores que producen normas y convertirse así en lenguaje legal.

Por su autoridad podemos encontrar operadores competentes o incompetentes, según la norma de identificación que les habilite o no para intervenir, en cualquier dimensión, en el supuesto en que sus actos han producido o pretendido producir consecuencias para la vida del Derecho. Sólo en el caso de que se trate de operadores competentes las acciones que realizan tendrán relevancia para el Derecho.

Por los actos que realizan podemos distinguir a los operadores jurídicos que usan la fuerza de aquellos cuya actuación se produce en un ámbito distinto. Así los operadores jurídicos que desempeñan funciones en servicios públicos promocionales.

Por su jerarquía podemos distinguir entre los operadores jurídicos que crean Derecho y aquellos que no lo crean, y entre los primeros, a aquellos que crean Derecho legal o Derecho judicial, o que autorizarán a otros a crear Derecho (bien por su habilitación para autorizar a otros a crear Derecho en sentido estricto o para recibir como Derecho a nor-

mas originadas en grupos sociales no habilitados por la norma de identificación de normas).

Por el poder del que dependen encontramos operadores federales o estatales o dependientes de otros poderes públicos. Entre los federales o estatales podemos señalar a los operadores legislativos, ejecutivos o judiciales, y entre los dependientes de otros poderes públicos, a los operadores autonómicos, provinciales o locales.

VI

En este panorama existen unos operadores jurídicos que no hacen Derecho, que no crean lenguaje legal ni lo usan en su acción, sino que hablan sobre el Derecho a través del metalenguaje de la ciencia o de la filosofía jurídica, en la doble dimensión docente o investigadora, y que tienen la misión de preparar al resto de los operadores jurídicos. Me refiero a los profesores. No es éste el lugar ni el momento de abordar una teoría de los profesores como operadores jurídicos. En su caso, quede para mejor ocasión⁴³. Si se pueden hacer algunas observaciones finales, que, por supuesto, son atinentes a todos esos operadores jurídicos, pero creo que especialmente a los profesores de Filosofía del Derecho, en un momento de cambio en los planes de estudio de las diversas licenciaturas y también en la nuestra⁴⁴. No se trata tampoco del esquema de una memoria de oposiciones, quizá más bien de puntos de vista atinentes a algunos cometidos vigentes, que no deberían dejar de ser desarrollados por estos particulares operadores jurídicos.

a) Nos hemos referido a lo largo de estas reflexiones al aislamiento de los operadores jurídicos, especialistas separados de los ciudadanos, mediadores y sacerdotes del Derecho. No creo que esa situación sea congruente con una sociedad democrática y de participación. A los profesos-

⁴³ Véase sobre ese tema, entre otras muchas publicaciones, el número extraordinario de esta misma revista *La filosofía y la enseñanza del Derecho*, núm. 5, 1982, y en el mismo, mi trabajo sobre «La enseñanza de la filosofía del Derecho». Aunque del contexto de este trabajo se desprende a veces el metalenguaje de los profesores como científicos del Derecho, se convierte en lenguaje legal, porque los operadores que crean Derecho se alimentan para la expresión de su voluntad, entre otras, con la producción científica, y ésta es una función que desarrollan o deben desarrollar los profesores de Derecho.

⁴⁴ Nadie, pero menos aún una Administración educativa progresista, debe poner en peligro el papel central de la Filosofía del Derecho en las enseñanzas jurídicas, puesto que se trata de la única materia crítica en un conjunto de disciplinas más descriptivas y constructivas del material dado por el Derecho positivo, en el ámbito de lo que se ha llamado dogmática jurídica. En los nuevos esquemas de materias troncales, obligatorias y optativas, la única forma de asegurar la presencia de la Filosofía del Derecho —con sus contenidos especialmente, aunque la denominación no esté vacía de significado— en todas las Facultades es atribuyéndole el carácter de troncal. Me gustaría que la preocupación que en esta nota se refleja perdiese todo su sentido cuando estas líneas salgan a la luz. Pero no estoy seguro de ello.

res corresponde, en parte, cambiar la mentalidad de los operadores juristas. La resistencia vendrá porque ese monopolio ha sido, como hemos señalado, fuente de poder; esto se ve con mucha claridad cuando se analizan a fondo los focos de corporativismo que reflejan muchas profesiones jurídicas.

En verdad que se necesita, también desde el otro lado, un impulso del conocimiento del Derecho por parte de los ciudadanos. En los planes de enseñanza a todos los niveles —desde EGB— hay que instrumentar una pedagogía de la libertad que arraigue en la conciencia de cada uno el papel del Derecho y de los operadores que le hacen funcionar en el desarrollo moral de las personas en una sociedad de hombres libres⁴⁵. Aquí sólo podemos intentar influir en el comportamiento de los profesores; en la otra dimensión sólo podemos opinar; para influir tendríamos que ser legisladores. En el capítulo primero de *El contrato social*, J.-J. Rousseau dice: «... se me preguntará si soy príncipe o legislador para escribir sobre política. Respondo que no, y por eso escribo sobre política. Si fuera príncipe o legislador no perdería mi tiempo diciendo lo que hay que hacer, lo haría o me callaría...»⁴⁶ Salvando las distancias, la situación es la misma.

En todo caso, el profesor debe enseñar a los futuros operadores jurídicos a aproximarse a la vida real para vaciar de contenido a aquellas críticas, tan extendidas en Montaigne, en Pascal o en las diatribas de Miguel de Unamuno en *La vida de Don Quijote y Sancho contra bachilleres y defensores*, de lo que llama «la justicia vulgar de los códigos y tribunales...»⁴⁷, por poner algún ejemplo.

La secularización llevó a separar al jurista del teólogo y del sacerdote; hoy está aún pendiente la superación de formalismos externos y de idealismos imposibles, que mantienen a los operadores como auténticos sacerdotes jurídicos que administran el misterio y los dogmas y que exigen la fe de los ciudadanos.

Los profesores tienen la responsabilidad de poner de relieve las insuficiencias y los intereses que están detrás de las construcciones aparentemente neutrales de la dogmática judicial, de superar una cierta retórica, de disminuir el rito y la liturgia, de simplificar el lenguaje en su relación con los aprendices de operadores jurídicos.

No deben tampoco enseñarles a perderse en la maraña de las normas ni utilizar su complejidad para confundir o retrasar la aplicación del

⁴⁵ También en este tema parece que las corrientes de política de enseñanza no van en esta línea, sino en la de una mayor especialización, con desaparición o disminución de la importancia de asignaturas formativas como el latín o partes importantes de la historia. En nuestro supuesto no se puede hablar de desaparición, porque esas enseñanzas que reclamamos no estaban presentes en los planes de estudios, ni de Enseñanza General Básica, ni de Formación Profesional, ni de Bachillerato.

⁴⁶ *Du contrat social*, Garnier, París, 1962, cap. I, pág. 235.

⁴⁷ Col. Austral, Espasa-Calpe, 16.ª ed., Madrid, 1975, pág. 73.

Derecho, olvidando que su fin es una justa organización de la vida social que permite el desarrollo moral de la persona.

b) Deben también poner de relieve que tratan con personas, en unos casos para regular su conducta, en otros para juzgarles y en otros para aconsejarles. En todos ellos, los operadores que salgan de las Facultades de Derecho deben tener en cuenta que los hombres no pueden ser cosificados ni las cosas personificadas, y que todos, sea cual sea su condición, deben ser tratados como fines en sí y no como instrumentos.

Como se puede ver, se plantean muchos problemas éticos en la acción de los operadores jurídicos en sus diversos modelos de actuación.

No estamos ante un trabajo mecánico ni mucho menos preestablecido. En cada acción, los operadores jurídicos comprometen elementos humanos y pueden impulsar o dificultar la autonomía moral de las personas. Por eso es tan importante resaltar la imprescindible dimensión ética de la formación y de la actuación de los operadores jurídicos.

c) Hay también que hacer entender la importancia que tienen los operadores jurídicos para la eficacia del Derecho, es decir, para su propia existencia.

Un sistema jurídico no se apoya en sí mismo, no es autosuficiente, como creyó Kelsen, al menos hasta los últimos años de su vida. Es necesaria una referencia exterior: el poder que le sostiene, y que yo he denominado hecho fundante básico. El fundamento último de la validez y de la eficacia del Derecho es ese hecho fundante básico, el Poder.

Y podría, con una visión esquemática, identificarse al Poder, como lo hizo Austin, con el soberano estatal, con el Estado, con el conjunto de instituciones y de poderes públicos. Creo que esto supondría reducir el concepto. En un sentido amplio, el hecho fundante básico debe comprender también a los operadores jurídicos. En efecto, el Derecho válido es eficaz cuando se cumple con carácter general, aunque puedan existir desobediencias concretas. Para ello no basta con la presión de la fuerza del Estado, sino que es necesario que aquellos que la usan profesionalmente y actúan con regularidad en su ámbito lo hagan habitualmente. Es decir, que los operadores jurídicos, jueces, abogados y funcionarios apliquen el Derecho partiendo de su aceptación generalizada. La eficacia del Derecho pasa, pues, por su aplicación por los operadores jurídicos.

d) En esta misma línea es comprensible que los profesores descarten la especialización excluyente y que vinculen al Derecho con el resto de la cultura.

El Derecho es vida humana objetivada, creación del hombre que trasciende a través del lenguaje normativo a su creador. En su vida, independiente de su origen, otros hombres intervienen en su evolución, lo usan, lo aplican, lo modifican. Son, como estamos viendo, los operadores jurídicos. Esta situación del Derecho, inmerso en la cultura y regulador de la vida humana en sociedad, impide el aislacionismo de los operadores jurídicos; no son técnicos separados, no pueden encerrarse en la torre

de marfil de unas normas que tienen que usar ni pueden desentenderse del resto de la realidad porque esas normas son para la realidad.

Todos los operadores tienen que trascender la especialización. Cuanto más conozcan de otras ciencias, de arte, de literatura, de cine o de teatro, mejor podrán realizar su tarea.

Y deben también huir de la atención exclusiva a la parcela que cultivan, sea el Derecho civil, el mercantil o el laboral. Si no tienen una visión general del Derecho, si no conocen los grandes conceptos de la teoría general, si no tienen un bagaje crítico respecto a la dogmática jurídica, si no se distancian, en definitiva, del pequeño mundo de la rama especializada que conocen, no serán buenos juristas ni siquiera en ella. El operador jurídico ideal, para aplicar con tino el Derecho, debe ser un hombre abierto a las corrientes del pensamiento y de la cultura. Si tiene vocación, ésa no puede ser sólo la del éxito o la del beneficio. La vocación tiene unos horizontes más amplios si se quiere alcanzar con ella la felicidad. Y la felicidad es meta de la vida humana, aunque nunca se la alcance plenamente. Uno de los caminos de la felicidad es la vocación a través de la profesión.

Como dice Holmes, «... un intelecto lo suficientemente grande como para obtener el premio necesita otro aliciente además del éxito puramente material. Son los aspectos más remotos y generales del Derecho los que le dan interés universal. Sólo a través de ellos podréis no simplemente llegar a ser grandes maestros en el ejercicio de vuestra profesión, sino relacionar el objeto de vuestros estudios con el universo y a pretender un eco del infinito, un momento de su insondable proceso, un escorzo del Derecho universal...»⁴⁸

e) Ya lo he apuntado con anterioridad con la referencia al capítulo primero de *El contrato social* de Rousseau. Así, los profesores deben formar a operadores jurídicos que creen el lenguaje legal y también operadores que hablen sobre el lenguaje legal. Aunque el lenguaje de los juristas pueda incorporarse al lenguaje legal —o lenguaje del Derecho positivo—, los profesores deben enseñar la separación entre esos dos tipos de operadores. Cuando se desempeña el papel de operador que produce Derecho no se debe desempeñar al mismo tiempo el papel del operador que estudia o aplica ese Derecho producido. Quizá se pueda hacer compatible algún tiempo ambas funciones, pero desde luego no se puede hacer compatible todo el tiempo. Quizá es aún más radical la distinción cuando el operador que estudia o aplica el Derecho positivo es un profesor.

Kant lo explicará muy bien en un célebre fragmento: «... No hay que esperar ni que los reyes se hagan filósofos ni que los filósofos sean reyes. Tampoco hay que deseárselo; la posesión de la fuerza perjudica inevitablemente al libre ejercicio de la razón. Pero si los reyes o los pueblos prin-

⁴⁸ *Ob. cit.*, pág. 52.

cipes —pueblos que se rigen por leyes de igualdad— no permiten que la clase de los filósofos desaparezca o enmudezca, si los dejan hablar públicamente obtendrían en el estudio de sus asuntos unas aclaraciones y precisiones de las que no se puede prescindir...»⁴⁹

f) Los operadores jurídicos que salen de sus estudios de licenciatura teóricamente preparados para afrontar alguna de las plurales tareas en el funcionamiento de la maquinaria del Derecho deben poseer en su bagaje una formación crítica que les permita distanciarse del Derecho positivo y no convertirse en meros teóricos al servicio del poder. Creo que no se justificará la vocación de un profesor de Derecho si el resultado de sus esfuerzos fuese un simple eslabón de una maquinaria de fuerza. Por eso es tan imprescindible que se pueda enseñar Filosofía del Derecho como camino para abrirse a los grandes temas del Derecho, que están latiendo hasta en la más pequeña de las actuaciones de los operadores.

Con la lectura de algunos grandes libros quizá se pueda entender mejor lo que pretendo transmitir.

Creo que no puede ser un jurista completo sin conocer el libro V de la *Ética a Nicómaco* de Aristóteles, o los *Tratados de la justicia y de la ley* de Santo Tomás; el *Leviatán* de Hobbes, o el segundo tratado sobre el gobierno civil de Locke, o *El espíritu de las leyes* de Montesquieu; *El contrato social* de Rousseau, o *La teoría pura del Derecho* de Kelsen, por citar una lista incompleta.

VII

El tema de los operadores jurídicos tiene unas posibilidades todavía no exploradas. Los rasgos que he apuntado en este breve trabajo ponen de relieve sus dimensiones, aunque soy consciente de las lagunas y de las zonas de penumbra que persisten después de mi aproximación. Creo que es un punto de vista el de los protagonistas más activos del Derecho, creadores, destinatarios y usuarios privilegiados, que permitirá una mejor comprensión del concepto del Derecho válido, del Derecho positivo.

⁴⁹ *Sobre la paz perpetua*, Espasa-Calpe, Madrid, 1933, pág. 51 (trad. de Francisco Rivera Pastor).