

GLOSAS DEL DISCURSO LEGAL ACERCA DE DERECHOS SUBJETIVOS

RAFAEL HERNÁNDEZ MARÍN
Universidad de Murcia – España

Resumen

El trabajo comienza con ocho tesis sobre el punto de vista tradicional acerca de los derechos. Luego discute a los realistas escandinavos, que presentan la oposición más radical a ese punto de vista. Cabe señalar que ellos rechazan todas las tesis que componen el enfoque tradicional. El autor formula una evaluación de las tesis de ambas posiciones. En particular, discrepa con la tesis común más importante, a saber, que las expresiones que corresponden a derechos son nombres o términos. El autor sostiene que las expresiones de derechos no deben considerarse aisladamente, sino como parte de las oraciones legales en las que aparecen. La cuestión es glosar esas oraciones. El procedimiento permite eliminar o solucionar el problema que surge cuando tales oraciones se analizan.

PALABRAS CLAVES: permisiones jurídicas, enunciados, derechos subjetivos, realismo jurídico, paráfrasis.

Abstract

The present work starts off with some general considerations about the traditional view on rights, dissected into eight theses. Next, the theory of the Scandinavian realists, who represent the most radical opposition to such traditional view, is discussed, although it is worthwhile pointing out that those authors do not reject all the theses that make up the traditional view as a whole. Subsequently, the author expresses his opinion about the above-mentioned theses, sometimes supporting the criteria of one side, sometimes those of the other side. However, there are also occasions in which the author backs up a thesis shared by both views, and even others when he expresses discrepancies with theses supported by both views. The latter is precisely what happens with the most important thesis of all, namely the one according to which the expressions of rights are names or terms. Contrary to this claim, the author suggests contemplating the expressions of rights not in isolation, but as part of the legal sentences in which they appear. The issue at hand is precisely to gloss over the legal sentences that contain expressions of rights. This procedure allows for the deletion or solution of the manifold problems that emerge when analyzing those expressions.

KEY WORDS: legal permissions, statements, subjective rights, legal realism, paraphrasis.

1. Preliminares

El primer enunciado del artículo 564 del Código Civil español dice literalmente lo siguiente:

El propietario de una finca o heredad, enclavada entre otras ajenas y sin salida a camino público, tiene *derecho a exigir paso* por las heredades vecinas, previa la correspondiente indemnización.

Por otra parte, el primer enunciado del artículo 19 de la Constitución Española comienza de la siguiente manera:

Los españoles tienen *derecho a elegir libremente su residencia*¹.

Éstos son dos ejemplos de *permisiones jurídicas* (esto es, de enunciados jurídicos que permiten, facultan, autorizan, etc., para hacer algo) que atribuyen derechos subjetivos. Ambos enunciados contienen una expresión de derecho subjetivo: el primero de ellos contiene la expresión de derecho subjetivo "derecho a exigir paso"; el segundo, la expresión de derecho subjetivo "derecho a elegir libremente (su) residencia".

En dichos ejemplos se puede observar el siguiente dato, que es del máximo interés. En los enunciados citados, en las permisiones jurídicas citadas, las expresiones de derechos subjetivos (en adelante, EDS) *ocupan el lugar de un nombre o término*, como "amigos", "dolor de cabeza", "casa", etc. O, dicho de otro modo, las permisiones citadas tienen, aparentemente, la misma forma sintáctica que los enunciados "El propietario de una finca o heredad, (...) tiene buenos amigos", "Los españoles tienen casa", "Los españoles tienen grandes ambiciones", etc.

El hecho de que las EDS ocupen, en las permisiones jurídicas en que aparecen, el lugar de un nombre ha originado que dichas expresiones sean tratadas como nombres, por el legislador y por la doctrina. Ello se manifiesta cuando se antepone un artículo a una EDS y se habla de "*el* derecho de propiedad", "*el* derecho al honor", "*un* derecho subjetivo", etc. Al anteponer un artículo a una EDS, se está tratando dicha expresión como un nombre o término, dado que

¹ El texto completo de este enunciado jurídico es el siguiente: "Los españoles tienen derecho a elegir libremente su residencia y a circular por el territorio nacional".

los artículos sólo se anteponen a las expresiones que son o funcionan como nombres o términos.

Una vez destacada esta circunstancia, paso a analizar dos concepciones en torno al tema de los derechos subjetivos (en adelante, DS): la concepción tradicional y la de los realistas escandinavos.

2. La concepción tradicional

La concepción tradicional está integrada por ocho tesis, de las cuales dos son tesis generales de filosofía del lenguaje, mientras que las otras seis las podemos denominar "tesis jurídicas".

La primera tesis de la concepción tradicional es una tesis de filosofía del lenguaje. Lo que esta tesis dice es lo siguiente:

(T 1) Si un enunciado tiene sentido entonces también tienen sentido los nombres contenidos en él.

Por ejemplo, el enunciado "Madrid es una ciudad rusa" tiene sentido. Por ello, según esta primera tesis, también tienen sentido los nombres o términos («Madrid», "ciudad" y "rusa") contenidos en él.

La segunda tesis de la concepción tradicional afirma que:

(T 2) Las permisiones jurídicas son enunciados que tienen sentido.

Conforme a esta tesis, las permisiones jurídicas, y concretamente las permisiones jurídicas que contienen EDS, son expresiones con sentido. Enunciados jurídicos como los contenidos en el art. 564 del Código Civil español y en el art. 19 de la Constitución Española, que contienen EDS, tienen sentido según esta tesis (T 2).

La tercera tesis de la concepción tradicional dice así:

(T 3) Las expresiones de derechos subjetivos son nombres (nombres, cabe precisar, que aparecen en permisiones jurídicas).

Esta tesis es central en el tema que nos ocupa, como comprobaremos más adelante. Por esta razón, ha sido destacada y explicada previamente.

De las tres tesis anteriores la concepción tradicional deduce correctamente la que constituye su cuarta tesis, la tesis que afirma que:

(T 4) Las expresiones de derechos subjetivos son nombres con sentido.

Conforme a esta tesis, la EDS "derecho a elegir libremente residencia" sería un nombre o término con sentido, a semejanza de la ex-

presión "contrato de préstamo hipotecario con interés variable".

La quinta tesis de la concepción tradicional es la segunda tesis general de filosofía del lenguaje sostenida por esta concepción. Esta quinta tesis afirma que:

(T 5) Si un nombre tiene sentido, entonces también tiene referencia.

Las dos últimas tesis citadas constituyen las premisas de las cuales la concepción tradicional deduce su sexta tesis:

(T 6) Las expresiones de derechos subjetivos son nombres con referencia.

Lo que esta tesis significa es que existen cosas o entidades nombradas por las EDS, y que constituyen la referencia de dichas expresiones. Esas cosas nombradas por las EDS, esas cosas que constituyen la referencia de las EDS, son precisamente los DS. Conforme a esta tesis, la EDS "derecho a elegir libremente residencia" sería, a semejanza de la expresión "contrato de préstamo hipotecario con interés variable", un nombre o término con referencia; lo que significa que hay cosas a las que dicho término se refiere. Esa cosa o entidad a la que se refiere el término "derecho a elegir libremente residencia" sería precisamente un DS: el DS a elegir libremente residencia.

Estas observaciones revelan que la tesis (T 6) implica la tesis siguiente, que es la séptima tesis de la concepción tradicional:

(T 7) Existen derechos subjetivos.

Por otra parte, siempre se ha dicho que los DS son un reflejo o resultado del Derecho objetivo, o sea, de los enunciados jurídicos. Esta tesis ha sido entendida por la concepción tradicional de la manera siguiente:

(T 8) Los derechos subjetivos son entidades que son creadas al ser creadas las permisiones jurídicas que contienen las correspondientes expresiones de derechos subjetivos.

La tesis (T 8) es un complemento de la tesis (T 7). Puede ser ilustrada mediante el siguiente ejemplo. Supongamos que se crea la permisión jurídica "Los españoles tienen derecho a elegir libremente (su) residencia", que contiene una EDS. Como he dicho antes, para la concepción tradicional la EDS "derecho a elegir libremente (su) residencia" es el nombre de algo, el nombre del DS a elegir libremente residencia, que constituye la referencia de la citada expresión. Pero además, según la misma doctrina, ese algo que es el DS a elegir libremente residencia es creado al ser creada la permisión jurídica "Los españoles tienen derecho a elegir libremente (su) residencia",

que contiene la EDS "derecho a elegir libremente (su) residencia"; de tal manera que, como consecuencia de la creación de la citada permisión jurídica, los españoles adquieren algo que antes no tenían: el DS a elegir libremente residencia.

3. La concepción realista

Probablemente, la oposición más radical a la concepción tradicional ha sido la realizada por los integrantes del realismo jurídico escandinavo.

Los realistas escandinavos no rechazan la concepción tradicional en su totalidad. Estos autores aceptan las dos tesis de filosofía del lenguaje que hallamos en la concepción tradicional, tesis (T 1) y (T 5), e incluso una de sus tesis jurídicas, concretamente, la tesis (T 3) que dice que las EDS son nombres. En los demás aspectos, sí existe un enfrentamiento claro entre ambas concepciones.

Voy a exponer a continuación las ideas y argumentos de los realistas en las cinco cuestiones polémicas.

1ª cuestión: Por lo que respecta a la última tesis de la concepción tradicional, los realistas escandinavos la calificaron como una creencia "mágica", como una creencia propia del pensamiento mágico. Decían que pensar que la creación de un enunciado jurídico (una permisión jurídica) que contiene un nombre (una EDS) provoca la creación de una entidad (un DS) denotada por dicho nombre es creer en magia. Es como creer que por el hecho de que el legislador diga "Los ciudadanos tienen mucho dinero" los ciudadanos adquieren una cosa que antes no tenían: mucho dinero. A ello añadían una crítica ulterior: si esa última tesis de la concepción tradicional fuera correcta, las permisiones jurídicas serían enunciados asertivos que, al crear la realidad a la que se refieren (al crear los DS), quedarían verificados por su mera formulación. Según esta opinión, y dicho con el ejemplo anterior, el enunciado jurídico "Los españoles tienen derecho a elegir libremente su residencia" quedaría verificado por el mero hecho de ser formulado; de tal manera que no haría faltar observar la realidad (no haría falta, en el caso del ejemplo, observar a los españoles) para saber que esas permisiones son enunciados verdaderos (para saber que todos los españoles tienen el DS a elegir libremente residencia). Lo cual también les parecía inverosímil.

2ª cuestión: Los realistas escandinavos negaron incluso, en términos absolutos, la existencia de DS, cualquiera que sea su for-

ma de creación, origen o fundamento. Rechazaban, pues, la tesis (T 7).

La posición de los realistas escandinavos a este respecto es consecuencia de la doctrina ontológica de estos autores. Según dicha doctrina, sólo existe lo que existe en el espacio y en el tiempo; o sea, sólo existen entidades factuales. Por otra parte, es evidente que los DS no existen en el espacio y en el tiempo (los DS no son ni objetos corporales, ni acontecimientos o eventos, físicos, ni psíquicos). De ahí la conclusión extraída por los realistas de que los DS no existen.

3ª cuestión: El rechazo de la tesis (T 7) implica negar la tesis (T 6), es decir, implica negar que las EDS sean nombres con referencia.

Pero los realistas aceptaban la tesis jurídica (T 3), que dice que las EDS son nombres. De todo ello deducían correctamente que las EDS son nombres sin referencia.

4ª cuestión: Los realistas escandinavos aceptaban la tesis filosófico-lingüística, tesis (T 5), según la cual si un nombre tiene sentido entonces tiene también referencia; o lo que es lo mismo: si un nombre no tiene referencia entonces tampoco tiene sentido. Por otra parte, dichos autores sostenían, según acabamos de ver, que las EDS son nombres sin referencia. De todo lo cual deducían correctamente que las EDS son nombres sin sentido, en contra de lo afirmado por la tesis (T 4) de la concepción tradicional.

5ª cuestión: Los realistas aceptaban también la otra tesis filosófico-lingüística de la concepción tradicional, tesis (T 1), que afirma que si un enunciado tiene sentido entonces también tienen sentido los nombres que aparecen en él; lo que equivale a decir que si un enunciado contiene un nombre que carece de sentido entonces el propio enunciado carece de sentido. Sostenían además (tesis (T 3)) que las EDS son nombres que aparecen en permisiones jurídicas; aunque consideraban estos nombres como nombres sin sentido, según hemos observado. De ahí su conclusión de que esas permisiones jurídicas que contienen EDS son enunciados sin sentido, en contra de la tesis (T 2)².

² Por estas y otras razones no sólo A. V. Lundstedt, el más radical de los realistas escandinavos, sino también otros autores realistas más moderados, como K. Olivecrona y A. Ross, llegaron a sostener que todos los enunciados jurídicos, en general, carecen de sentido.

4. Un nuevo enfoque en el tema de los derechos subjetivos

1. Primer punto

La tesis de que los DS son un reflejo o resultado del Derecho objetivo, de las normas jurídicas, puede ser entendida de dos maneras.

En un primer sentido, dicha tesis implica que son equivalentes o sinónimas las dos afirmaciones siguientes: "Antonio tiene un derecho subjetivo a elegir libremente su residencia" y "Existe una norma jurídica según la cual Antonio tiene derecho a elegir libremente su residencia" (o lo que es lo mismo, "Según el Derecho (objetivo), Antonio tiene derecho (subjetivo) a elegir libremente su residencia"). Esta última afirmación no implica la existencia de un DS. Por ello, si la tesis del derecho subjetivo como reflejo del Derecho objetivo es entendida en este primer sentido, la afirmación "Antonio tiene un derecho subjetivo a elegir libremente su residencia" tampoco implica que exista un derecho subjetivo. Es posible, pues, considerar verdadera la afirmación "Antonio tiene un derecho subjetivo a elegir libremente su residencia" y no sostener que exista un derecho subjetivo.

Pero la tesis del derecho subjetivo como reflejo del Derecho objetivo también puede ser entendida en un segundo sentido. En este segundo sentido, dicha tesis es sinónima de la tesis (T 8). Esta tesis implica que son equivalentes o sinónimas las dos afirmaciones siguientes: "Antonio tiene un derecho subjetivo a elegir libremente

A. Ross, sin embargo, cambió de opinión como consecuencia de una evolución general de su pensamiento. En sus últimas obras, las más conocidas, Ross sostiene que los enunciados jurídicos tienen sentido. Por lo que respecta a los enunciados jurídicos, permisiones jurídicas, que contienen EDS, Ross afirma que tales enunciados tienen un "significado demostrable"; lo que significa que tales enunciados jurídicos tienen sentido, indiscutiblemente.

No obstante, Ross seguía manteniendo que las EDS son nombres que carecen de sentido. Y sintió que era un problema sostener, por un lado, que las permisiones jurídicas que contienen EDS tienen sentido y, por el otro, que las propias EDS son nombres sin sentido. Y efectivamente era un problema, una contradicción, si aceptamos la tesis filosófico-lingüística (tesis (T 1)), que dice que si un enunciado tiene sentido entonces también tienen sentido los nombres contenidos en él. Para solucionar este problema, Ross escribió un famoso artículo titulado "Tû-Tû" (en (1951), *Festschrift til professor, dr. juris. Henry Ussing*, København, Nyt Nordisk Forlag, pp. 468-484), cuyas ideas principales he expuesto y criticado en otro lugar (en mi libro, (1989), *Teoría general del Derecho y de la ciencia jurídica*, Barcelona, PPU, pp. 175-178).

su residencia" y "Existe una entidad x , que es el derecho subjetivo de Antonio a elegir libremente su residencia, y x ha sido creada por una norma jurídica según la cual Antonio tiene un derecho subjetivo a elegir libremente su residencia". Esta última afirmación sí implica la existencia de un DS; e implica además que dicha entidad es creada por una norma jurídica que contiene la correspondiente expresión (o noción) de DS. Por ello, si la tesis del derecho subjetivo como reflejo del Derecho objetivo es entendida en este segundo sentido, la afirmación "Antonio tiene un derecho subjetivo a elegir libremente su residencia" también tiene las implicaciones citadas.

La concepción tradicional entiende la tesis del derecho subjetivo como reflejo del Derecho objetivo en el segundo sentido, en el sentido de (T 8). Además, sostiene esta tesis. Por ello, al considerar verdadera la afirmación de que Antonio tiene un derecho subjetivo a elegir libremente su residencia, la concepción tradicional sostiene que existe una entidad x , que es el derecho subjetivo de Antonio a elegir libremente su residencia, y x ha sido creada por una norma jurídica según la cual Antonio tiene un derecho subjetivo a elegir libremente su residencia.

Los realistas criticaron, a mi juicio con razón, la tesis (T 8) y sus implicaciones. Creo incluso que cabe añadir una observación ulterior a las críticas de los realistas, a la crítica de que, si dicha tesis (T 8) fuera correcta, las permisiones jurídicas serían enunciados asertivos que quedarían verificados por su mera formulación. Pues si esas permisiones jurídicas quedaran verificadas por su mera formulación, entonces su verdad podría ser establecida sin necesidad de observar la realidad. Por tanto, dichos enunciados jurídicos serían enunciados analíticos o necesariamente verdaderos, similares a enunciados como "Si duermo entonces duermo" o "Nieva o no nieva". Lo cual sería doblemente sorprendente: por un lado, porque esas permisiones jurídicas no se parecen, ni de lejos, a enunciados analíticos; por otro lado, porque la presencia en el Derecho de enunciados analíticos sería un fenómeno extraordinario, por inusual, y difícil de explicar desde el punto de vista de la función social del Derecho, que es regular la vida de los hombres en sociedad.

Para evitar todas estas consecuencias, hay que rechazar la tesis que las implica, la tesis de que existen DS que son creados al ser creados los enunciados jurídicos que contienen las correspondientes EDS.

2. Segundo punto

Comparto también la tesis, más radical, de los realistas que afirma que los DS no existen, cualquiera que sea su origen o fundamento.

En los realistas, la negación de la existencia de los DS, la negación de la tesis (T 7), es consecuencia de su doctrina ontológica, que sólo acepta lo que existe en el espacio y en el tiempo. Pero a la misma conclusión se llega, si partimos de una doctrina ontológica más amplia o comprensiva, como la que domina en la filosofía actual.

Conforme a la doctrina ontológica dominante en la filosofía actual, junto a las entidades factuales o fácticas, existen también entidades ideales, pero en número muy restringido: sólo las necesarias para dar cuenta de la actividad científica en las ciencias formales o abstractas, como la lógica y las matemáticas. Por ello, las únicas entidades ideales que la ontología actualmente dominante admite son las entidades lógicas y las entidades matemáticas (aunque también habría que citar quizá las entidades semánticas, los sentidos de las expresiones).

Si aceptamos este marco ontológico, que permite a la filosofía actual dar cuenta de toda la realidad estudiada por las ciencias, también tenemos que llegar a la conclusión de que los DS no existen, dado que no tienen cabida en dicho marco. Pues los DS no son entidades fácticas, ni tampoco son entidades lógicas, ni matemáticas (no son teoremas, ni son entidades parecidas a los números o figuras geométricas).

3. Tercer punto

La tesis de que los DS no existen implica negar la tesis (T 6) de la concepción tradicional, que dice que las EDS son nombres con referencia.

Mas negar esta tesis no significa afirmar que las EDS sean nombres sin referencia, como sostienen los realistas. Negar que las EDS sean nombres con referencia sólo significa que *si las EDS son nombres entonces no tienen referencia*.

Naturalmente, si las EDS fueran nombres, habría que concluir que las EDS son nombres sin referencia, como afirman los realistas. Sin embargo, dejaré en suspenso por el momento esta cuestión, la cuestión de si las EDS son nombres, y la retomaré más adelante.

4. *Cuarto punto*

La tesis (T 5) de la concepción tradicional es la tesis filosófico-lingüística, sostenida también por los realistas, que afirma que si un nombre tiene sentido entonces también tiene referencia.

Ésta es una tesis falsa, claramente. Pues, por ejemplo, "la diosa Venus" y "centauro" son nombres con sentido, pero sin referencia; y lo mismo ocurre con otros términos tales como "la montaña de oro", "la fuente de la eterna juventud", etc., los cuales no tienen referencia, pero sí tienen sentido.

En este punto, pues, creo que ambas concepciones están confundidas.

5. *Quinto punto*

En cambio, creo que ambas concepciones aciertan al sostener la otra tesis filosófico-lingüística, la tesis (T 1). Recuérdese que lo que esta tesis dice es que si un enunciado tiene sentido entonces también tienen sentido los nombres contenidos en él. O lo que es lo mismo: si un enunciado contiene un nombre que carece de sentido, entonces también el propio enunciado carece de sentido.

El ejemplo lo tenemos en el (pseudo)enunciado "Los españoles tienen planfos", que contiene el (pseudo)nombre "planfos", carente de sentido, y que convierte el propio enunciado en una expresión sin sentido, en un pseudoenunciado.

6. *Sexto punto*

Con la posición tradicional comparto su opinión, su tesis (T 2), que dice que las permisiones jurídicas que contienen EDS tienen sentido. Negar, como hacen los realistas, que permisiones jurídicas como la del art. 564 del Código Civil español y la del art. 19 de la Constitución Española tengan sentido es negar la evidencia. La mejor prueba de que los enunciados jurídicos citados tienen sentido es que los entendemos. Quizá no todos los entendemos de la misma manera. Pero creo que todos los entendemos de alguna manera, y ello es suficiente para mostrar que dichos enunciados jurídicos son expresiones con sentido.

7. *Séptimo punto*

Una cuestión ulterior es la de si las EDS son nombres con sentido, como afirma la tesis (T 4), o sin sentido, como afirman los realistas.

La concepción tradicional deduce correctamente la tesis de que las EDS son nombres con sentido a partir de tres tesis, dos de las cuales (las tesis (T 1) y (T 2)) son, en mi opinión, verdaderas; mientras que la tercera (la tesis (T 3)) es dudosa.

Por lo que respecta a los realistas, éstos afirman que las EDS son nombres sin sentido. Ésta es una conclusión correctamente extraída, pero a partir de tres premisas de desigual valor veritativo. Una de estas premisas es la dudosa tesis (T 3), que dice que las EDS son nombres, tesis que los realistas comparten con la concepción tradicional. Otra de las premisas es la tesis, también dudosa, de que las EDS son nombres sin referencia. Y la tercera premisa es la tesis (T 5), que afirma que si un nombre no tiene referencia entonces tampoco tiene sentido; una tesis falsa, como sabemos, aunque compartida por ambas concepciones.

En definitiva, la cuestión de si las EDS son nombres con sentido o sin sentido depende obviamente de si dichas expresiones son nombres.

8. Octavo punto

8.1. *¿Un callejón sin salida?*

La última cuestión que queda por abordar es precisamente ésta, la de si las EDS son nombres, como sostienen ambas concepciones.

La tesis de que las EDS son nombres tiene consecuencias inaceptables, ya sean consideradas las EDS como nombres sin sentido o como nombres con sentido.

Supongamos que fueran nombres sin sentido. Las EDS serían entonces nombres sin sentido contenidos en permisiones jurídicas; esto es, habría enunciados jurídicos, las permisiones jurídicas que contienen EDS, que contendrían nombres sin sentido. Por otra parte, conforme a la tesis (T 1), sostenida por ambas concepciones y que también a mí me parece verdadera, si un enunciado (o pseudoenunciado) contiene un nombre que carece de sentido, entonces también el propio (pseudo)enunciado carece de sentido. La conclusión que se deduce de ambas tesis es que las permisiones jurídicas que contienen EDS carecen de sentido. Esta conclusión contradice el dato, a mi juicio indiscutible, de que dichas permisiones jurídicas son expresiones significativas.

Por otra parte, supongamos que las EDS son nombres con sentido. En este caso, tenemos de nuevo dos alternativas, según supongamos que las EDS tienen referencia o no.

La hipótesis de que las EDS sean nombres con sentido y referencia tropieza con muchas dificultades: con la acusación de magia de los realistas escandinavos y con otras críticas encadenadas a ella que he expuesto anteriormente, e incluso con la acusación de que la ontología resultante de dicha hipótesis, una ontología que admite la existencia de DS, se sitúa fuera del marco ontológico admitido por la filosofía actual.

Por otra parte, si las EDS fueran nombres con sentido y sin referencia serían similares a las expresiones "la diosa Venus" y "centauro". En este caso, y desde el punto de vista de la referencia de las expresiones, lo mismo daría que el legislador dijera "Los españoles tienen derecho a elegir libremente su residencia" que "Los españoles tienen centauros". Pero, al margen de que esa semejanza no parece existir, ¿cómo se podría explicar que el legislador hablara frecuentemente con sentido, pero de cosas inexistentes?

Ante todas estas conclusiones negativas, la opción más sensata parece ser negar la tesis de que las EDS sean nombres. Sin embargo, rechazar sin más dicha tesis sería ignorar el hecho de que las EDS ocupan el lugar de un nombre en las permisiones jurídicas en las que aparecen (recuérdense las dos permisiones jurídicas citadas al comienzo de este trabajo y los comentarios realizados entonces).

8.2. *Glosas y paráfrasis*

Para escapar del dilema al que hemos llegado, hay que modificar el planteamiento del problema. Lo que sugiero, más precisamente, es contemplar las EDS, no aisladamente, sino como partes de los enunciados, permisiones jurídicas, en los que aparecen. Lo que hay que hacer, a mi juicio, es *glosar* dichos enunciados jurídicos.

El término "glosar" ha de ser entendido en el sentido resultante de la siguiente definición (que generaliza una definición de "glosa" ofrecida por W. V. Quine): E_2 es una *glosa* de un enunciado E_1 respecto a una expresión x contenida en E_1 , si y sólo si E_2 es un enunciado sinónimo de E_1 , aunque más comprensible que E_1 , y no contiene la expresión x^3 .

³ Véase W. V. Quine, "Use and Its Place in Meaning", en W. V. Quine (1981), *Theories and Things*, Cambridge, Massachusetts, and London, England, The Belknap Press of Harvard University Press, pp. 43-54, p. 52 ("El uso y su lugar en el significado", en W. V. Quine (1986), *Teorías y cosas*, traducción de

Antes de adoptar la perspectiva de la glosa, recordemos el primer enunciado del art. 564 del Código Civil español, citado al comienzo:

El propietario de una finca o heredad, enclavada entre otras ajenas y sin salida a camino público, tiene *derecho a exigir paso* por las heredades vecinas, previa la correspondiente indemnización.

Este enunciado puede ser glosado de la siguiente manera:

- (1) Si el propietario de una finca o heredad, enclavada entre otras ajenas y sin salida a camino público, solicita a los propietarios de las fincas o heredades vecinas que le concedan paso por sus propiedades y les paga la indemnización correspondiente, entonces éstos deben concederle paso a través de sus fincas o heredades.

Este enunciado (1) *es una glosa* de la permisión contenida en el art. 564 del Código Civil español, *respecto a* la EDS “derecho a exigir paso” contenida en dicha permisión jurídica. Pues el enunciado (1) es sinónimo de esa permisión jurídica, aunque más comprensible que ella, y en él no aparece la EDS “derecho a exigir a paso”.

Contemplado desde otra perspectiva, y dicho también en términos de W. V. Quine, el enunciado (1) es, *respecto a* la EDS “derecho a exigir a paso” contenida en aquella permisión jurídica, una *paráfrasis* o una *definición contextual* de dicha EDS.

La técnica de la paráfrasis o definición contextual consiste en definir una expresión x , no aisladamente, sino como parte de un contexto, como parte de otra expresión más larga, normalmente un enunciado, de la que forma parte la expresión x que se define. O dicho con más precisión: definir mediante paráfrasis una expresión x , contenida en un enunciado E , es formular un enunciado que sea una glosa de E respecto a x . Por ejemplo, realizar una paráfrasis o una definición contextual de la EDS “derecho a exigir paso”, contenida en la permisión jurídica del art. 564 del Código Civil español, es formular un enunciado, como (1), que es una glosa de dicha permisión respecto a esa EDS⁴.

Antonio Zirón, México, Universidad Nacional Autónoma de México, pp. 59-72, p. 69).

⁴ Según el propio Quine, el método de la paráfrasis como técnica analítica fue inaugurado por J. Bentham. Bentham y posteriormente, sobre su huella, H. L. A. Hart usaron la técnica de la paráfrasis precisamente para el

Con relación al enunciado (1), paráfrasis de la EDS "derecho a exigir paso", no sólo hay que destacar que en él ha desaparecido la EDS parafraseada o definida de modo contextual (esto sucede siempre, en cualquier definición). También hay que destacar que ninguna otra expresión ocupa en (1) el lugar que la EDS ocupa en la permisión jurídica glosada. Ello se debe a que ese "lugar", lugar sintáctico, también ha desaparecido en (1), al tener éste una forma sintáctica distinta de la que tiene la permisión jurídica glosada.

Por esta razón, creo que la pregunta acerca de la categoría gramatical de la EDS "derecho a exigir a paso", contenida en la permisión jurídica del art. 564 del Código Civil español, ha de ser respondida de la siguiente manera: *dicha EDS es ciertamente un nombre; pero un nombre en un discurso que hay que entender de forma figurada o metafórica, no literalmente.*

Examinemos ahora el otro ejemplo citado antes de permisión jurídica que contiene una EDS: el primer enunciado del art. 19 de la Constitución Española, que dice, abreviadamente, que los españoles tienen derecho a elegir libremente residencia.

El jurista que se sitúa frente a este enunciado lo primero que tiene que hacer es glosarlo o interpretarlo. Y la interpretación revela que lo que este enunciado significa son básicamente dos cosas: por un lado, que está prohibido obstaculizar o poner trabas a un

análisis de EDS. Sin embargo, las EDS analizadas tanto por Bentham como por Hart eran expresiones contenidas en enunciados similares a "Antonio tiene derecho a exigir paso por las heredades vecinas".

Este enunciado, el enunciado "Antonio tiene derecho a exigir paso por las heredades vecinas", no es un enunciado jurídico, no es un enunciado perteneciente al Derecho, sino un enunciado acerca del Derecho. Pues lo que dicho enunciado significa es que según el Derecho, o según una norma jurídica indeterminada, Antonio tiene derecho a exigir paso por las heredades vecinas (entiendo, pues, la tesis del derecho subjetivo como reflejo del Derecho objetivo en el primero de los sentidos antes citados).

En cambio, el enunciado, permisión jurídica, del art. 564 del Código Civil español, que dice "El propietario de una finca o heredad, (...), tiene derecho a exigir paso ..." no significa que según el Derecho (según una norma jurídica indeterminada) el propietario de una finca o heredad, (...), tiene derecho a exigir paso (...).

De ahí la gran importancia de distinguir entre el análisis de las EDS que forman parte de enunciados jurídicos del análisis de las EDS que no forman parte de enunciados jurídicos, sino de enunciados acerca del Derecho.

Los análisis de Bentham y Hart se centran en EDS que forman parte de enunciados no jurídicos. Por esta razón, no nos sirven en este contexto, en el que estamos analizando las EDS que sí forman parte de enunciados jurídicos, que forman parte del discurso legal acerca de derechos subjetivos.

español que desea elegir su residencia; por otro lado, que las normas que prohíban u obstaculicen a los españoles la libre elección de residencia son nulas.

En definitiva, lo que el citado artículo constitucional significa es lo siguiente:

- (2) Está prohibido obstaculizar o poner trabas a un español que desea elegir su residencia. Las normas que prohíban u obstaculicen a los españoles la libre elección de residencia son nulas.

Este enunciado *es una glosa* del primer enunciado del art. 19 de la Constitución Española *respecto a* la EDS “derecho a elegir libremente (su) residencia”, contenida en dicho artículo (el enunciado (2) es sinónimo del citado precepto constitucional, aunque más claro que él, y en (2) no aparece dicha EDS). Por otro lado, el enunciado (2) es al mismo tiempo una paráfrasis de la EDS “derecho a elegir libremente (su) residencia”, contenida en dicho artículo.

También ahora se puede decir que, en el primer enunciado del art. 19 de la Constitución Española, la EDS “derecho a elegir libremente (su) residencia” es un nombre, pero en un discurso que hay que entender de forma figurada, no literalmente.

8.3. *El discurso legal de los derechos subjetivos: ¿un habla figurada?*

El intérprete de una permisión jurídica agota su tarea formulando una interpretación o glosa de ese enunciado jurídico (las diferencias entre interpretar y glosar son irrelevantes en este momento). Al intérprete sólo se le pide, por ejemplo, que formule una paráfrasis o definición contextual de una EDS contenida en una permisión jurídica⁵. En particular, el intérprete no tiene por qué plantearse problemas gramaticales, semánticos u ontológicos, relacionados con las EDS que ha definido de modo contextual.

Por consiguiente, una vez que ha formulado los enunciados (1) y (2), el intérprete no tiene que preocuparse de determinar si, por ejemplo, las EDS “derecho a exigir paso” y “derecho a elegir libremente residencia” son o no nombres, ni si, caso que lo sean, son nombres

⁵ Como dice W. V. Quine, “si todos los enunciados en los que usamos un término pueden parafrasearse en un enunciado que tenga sentido, no puede pedirse nada más” (W. V. Quine, “Five Milestones of Empiricism”, en W. V. Quine, *Theories and Things*, ob. cit. (nota 3), pp. 67-72, p. 69 («Cinco hitos del empirismo», en W.V. Quine, *Teorías y cosas*, pp. 87-93, p. 89)).

en un discurso figurado o no. El intérprete tampoco ha de preocuparse de si dichas EDS tienen sentido o no, ni si tienen o no referencia. Por tanto, tampoco ha de cuestionarse si existen o no DS, ni mucho menos qué son esas supuestas entidades, cuál es su naturaleza, su fundamento, etc. Los problemas ontológicos no son competencia del intérprete; y mayor razón hay para que el intérprete se desentienda de dichos problemas cuando, una vez realizada una interpretación o glosa de un enunciado jurídico, ninguna de las expresiones que aparecen en la glosa le plantea problema ontológico alguno.

Por otra parte, cualquier otro jurista que venga detrás de un intérprete de una permisión jurídica (ya sea ese otro jurista un jurista dogmático, un especialista en teoría general del Derecho, un sociólogo del Derecho, un historiador del Derecho, etc.) ha de partir de la interpretación proporcionada por ese intérprete (salvo que ese especialista ulterior, asumiendo él mismo la condición de intérprete, revise la interpretación realizada por el intérprete anterior).

Por todo ello, una vez que el intérprete ha formulado una glosa de la permisión jurídica del art. 564 del Código Civil español, una glosa como el enunciado (1), en la que la EDS "derecho a exigir paso" ha desaparecido, nadie, ni él mismo ni ningún otro especialista, tiene por qué ocuparse de ningún problema relacionado con dicha EDS. Observaciones análogas son válidas, naturalmente, respecto al primer enunciado del art. 19 de la Constitución Española y la EDS "derecho a elegir libremente (su) residencia", contenida en dicho precepto constitucional.

8.4. *Paráfrasis y ontología*

Y no sólo es el intérprete el que se ve liberado de tales problemas. Por lo que respecta a los problemas ontológicos planteados por las EDS, la existencia de una paráfrasis de una EDS revela que es posible que el propio legislador, que es quien usa o formula dichas expresiones, no esté comprometido ontológicamente con la existencia de DS. Dicho más claramente: la existencia de una paráfrasis de una EDS revela que es posible hablar de DS, sin que ello implique que existen DS.

W. V. Quine expresa estas ideas, en términos generales, con las siguientes palabras: "La definición contextual, o lo que Bentham llamaba paráfrasis, puede permitirnos hablar muy considerable y convenientemente sobre objetos putativos sin tener que pagar factura ontológica"⁶.

⁶ W. V. Quine, "Existence and Quantification", en W. V. Quine (1969), *Ontological Relativity and Others Essays*, New York and London, Columbia

En este pasaje, Quine alude tácitamente a la situación que se produce cuando el uso de una expresión determinada tiene una carga ontológica comprometida. Esto es lo que ocurre, por ejemplo, con el uso por el legislador de la expresión "derecho a elegir libremente (su) residencia", que sugiere la existencia de un presunto objeto, el DS a elegir libremente residencia, cuya existencia es dudosa.

Aunque, si disponemos de una paráfrasis de esa comprometida expresión, la cosa cambia radicalmente. Ante todo porque, en lugar de usar la expresión problemática, siempre es posible usar su paráfrasis, que no compromete ontológicamente con presuntos objetos de dudosa existencia. Pero precisamente por eso, porque sabemos cómo parafrasear una expresión que compromete con entidades cuya existencia es dudosa, es posible seguir usando dicha expresión, sin que ello implique ningún compromiso ontológico. Esto es lo que Quine quiere decir al afirmar que la paráfrasis nos permite hablar de objetos putativos sin tener que pagar factura ontológica. Una vez que disponemos de una paráfrasis de una expresión, el uso de dicha expresión ya no nos compromete ontológicamente, como lo haría si careciéramos de una paráfrasis de ella.

8.5. *Las permisiones jurídicas y sus glosas: confrontación*

Las observaciones anteriores relativas a las paráfrasis y sus consecuencias ontológicas son trasladables a las glosas. Pues también podemos decir que, si disponemos de una glosa de un enunciado, es indiferente desde el punto de vista ontológico usar dicho enunciado o su glosa. Y lo mismo es válido respecto a las permisiones jurídicas que contienen una EDS: desde el punto de vista ontológico, es indiferente usar esas permisiones o sus glosas (aunque es preciso señalar que el abandono definitivo, por parte del legislador, del uso de permisiones que contienen EDS contribuiría al olvido, también definitivo, de los problemas ontológicos asociados con dichas expresiones).

No obstante, cabe preguntarse si hay razones de tipo no ontológico que aconsejen dar preferencia a las permisiones que contienen una EDS o, al contrario, a las glosas de estos enunciados. En seguida voy a abordar esta cuestión. Pero antes conviene realizar la importante observación siguiente: como muestran los enunciados

University Press, pp. 91-113, p. 101 («Existencia y cuantificación», traducción de J. L. Blasco, en W. V. Quine (1974), *La relatividad ontológica y otros ensayos*, Madrid, Tecnos, pp. 121-146, p. 132).

(1) y (2), glosas de sendas permisiones jurídicas que contienen una EDS, *no hay nada que se diga mediante una permisión que contiene una EDS que no pueda ser dicho mediante uno o más enunciados prescriptivos o cualificatorios, que no contienen ninguna EDS*. Estos enunciados (prescriptivos, cualificatorios o mixtos) integran una glosa de la permisión respecto a la EDS contenida en ella.

En cuanto a la cuestión que acaba de ser suscitada, a mi juicio existen consideraciones de tipo pragmático que aconsejan, respecto a las permisiones jurídicas que contienen una EDS, usar las glosas de estas permisiones en vez de usar las propias permisiones.

Pensemos en los enunciados (1) y (2), que son glosas, respectivamente, de la permisión del párrafo primero del art. 564 del Código Civil español y de la permisión del art. 19.1 de la Constitución Española. Al observar dichas glosas, se aprecia que no son similares, o dicho con algo más de precisión, que no comparten un núcleo de sentido. Esta circunstancia tiene una doble consecuencia.

La primera de ellas es la imposibilidad de formular una definición materialmente adecuada de la expresión *legal* "derecho (subjeto)". Cualquier definición (contextual) que se formule de esta expresión podrá ser *parcialmente* adecuada, esto es, será conforme a cierto uso lingüístico de la expresión, será conforme al sentido de dicha expresión en un contexto legal determinado. Pero ninguna definición será *totalmente* adecuada, es decir, no puede existir una definición de la expresión "derecho (subjeto)" adecuada a todos los usos lingüísticos de esta expresión, adecuada a todos los contextos legales en los que la expresión aparece; pues para ello, esos usos lingüísticos tendrían que compartir un núcleo significativo, y, como acabamos de ver, esto no es así. Considerar el concepto de derecho subjetivo como una categoría jurídica básica (como sucede en la llamada "teoría fundamental del Derecho", en la parte general del Derecho civil, en el análisis de W. N. Hohfeld de los conceptos jurídicos fundamentales, etc.) significa ignorar esta circunstancia.

La inexistencia de dicho núcleo significativo tiene una segunda consecuencia: la necesidad de definir (contextualmente) cada EDS de modo individual, esto es, al margen del sentido que tengan otras EDS.

El hecho de que distintas EDS necesiten definiciones (contextuales) no semejantes entre sí revela que la expresión "derecho (subjeto)" adolece de ambigüedad; adolece de ambigüedad simple o elemental (la ambigüedad simple o elemental consiste en que una expresión en un contexto determinado tiene un sentido y en otro

contexto distinto esa misma expresión tiene un sentido diferente del anterior).

Pero además, en ocasiones, esta misma expresión, o dicho más exactamente, algunas expresiones de derechos subjetivos presentan una forma ulterior de ambigüedad, la que llamo "ambigüedad conjuntiva" (ésta es el tipo de ambigüedad que presentan los juegos de palabras, los dobles sentidos, etc.)⁷. Este fenómeno se observa típicamente en las expresiones de derechos humanos o fundamentales, como la expresión "derecho a elegir libremente (su) residencia", contenida en el art. 19.1 de la Constitución Española.

Este tipo de ambigüedad conjuntiva es más grave en las expresiones de derechos humanos o fundamentales que en otras expresiones que también son ambiguas conjuntivamente. Puedo decir, por ejemplo, "mi madre me alumbró" con el doble sentido evidente de "mi madre me engendró y mi madre me iluminó (o me sacó del error)"⁸. En cambio, las expresiones de derechos humanos o fundamentales contenidas en las Constituciones nos dejan siempre con la duda de si las hemos entendido bien, de si los dos o tres sentidos que les hemos atribuido son los que el autor de la expresión quiso encerrar en ellas.

Por ejemplo, alguien podría observar que no es correcta la interpretación que he realizado antes del art. 19.1 de la Constitución Española mediante el enunciado (2); alguien podría decir que dicho artículo no tiene alguno de los sentidos que yo le he atribuido o que tiene algún sentido adicional que no he mencionado. O, por poner un ejemplo más claro, pensemos en el enunciado jurídico constitucional, que también es una permisión jurídica, que habla del derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 de la Constitución Española); pensemos en el cúmulo de sentidos que se atribuyen a este enunciado y las dudas que surgen acerca de si dicho enunciado tiene en realidad todos los sentidos que se le atribuyen.

Precisamente para evitar estas dudas y los demás problemas provocados por la ambigüedad es por lo que sugiero que el legislador sustituya las permisiones jurídicas que contienen EDS por sus glosas, más claras y siempre disponibles (recuérdese la observación anterior: no hay nada que se diga mediante una permisión jurídica,

⁷ Analizo este fenómeno en el capítulo 8 de mi libro (2002) *Introducción a la teoría de la norma jurídica*, Madrid, Marcial Pons, 2ª ed.

⁸ El ejemplo está inspirado en otro parecido de Quine.

que contiene una EDS, que no pueda ser dicho mediante uno o más enunciados prescriptivos o cualificatorios, en los que no aparece ninguna EDS).

Sin embargo, tratándose de permisiones jurídicas que contienen expresiones de derechos humanos o fundamentales, la propuesta que acabo de hacer tropieza con muchas dificultades prácticas, ya que las expresiones de derechos fundamentales se imponen por la tradición y por su aparente solemnidad, pero también, curiosamente, a causa precisamente de su ambigüedad: la ambigüedad de una permisión legal que contiene una expresión de derechos fundamentales facilita el acuerdo político a la hora de aprobar la permisión en sede parlamentaria. Pues ocurre que un diputado o un partido político aprueba una permisión que contiene una expresión de derecho fundamental, entendiéndola en un sentido que no coincide con el sentido que otro diputado o partido, que también aprueba dicha permisión, atribuye a ésta. Sin embargo, esta circunstancia no debería ser una razón para usar tales permisiones, sino todo lo contrario. Pues dicha circunstancia revela que lo que ocurre en tales casos es que el legislador no sabe exactamente qué es lo que ha querido decir al formular una permisión que contiene una expresión de derecho subjetivo. Y, si él no lo sabe, ¿cómo lo vamos a saber los demás, los intérpretes, los jueces, los ciudadanos?