



CEU
Biblioteca

Me comprometo a utilizar esta copia privada sin finalidad lucrativa, para fines de docencia e investigación de acuerdo con el art. 37 de la Modificación del Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual del 7 de Julio del 2006.

Trabajo realizado por: CEU Biblioteca

Todos los derechos de propiedad industrial e intelectual de los contenidos pertenecen al CEU o en su caso, a terceras personas.



El usuario puede visualizar, imprimir, copiarlos y almacenarlos en el disco duro de su ordenador o en cualquier otro soporte físico, siempre y cuando sea, única y exclusivamente para uso personal y privado, quedando, por tanto, terminantemente prohibida su utilización con fines comerciales, su distribución, así como su modificación o alteración.



EL ORDEN DE LA JUSTICIA CLÁSICA A LA LUZ DE LA TEORÍA COMUNICACIONAL DEL DERECHO

Patricia Santos Rodríguez¹

1. La acción humana en la teoría comunicacional del Derecho y en la tradición clásica iusnaturalista

Desde el punto de vista fenomenológico, el momento de la acción humana es un momento de superación y transformación de la pasividad del sujeto, un momento de creatividad y de eficacia. La superación de la pasividad comienza intencionalmente en el interior del sujeto y la transformación del mismo se produce como uno de los efectos de la acción en el sujeto: nos hacemos como personas al compás de nuestras acciones. Por otra parte, la acción humana es un momento de creatividad, es un misterio que irrumpe en la realidad humana de forma personal y única: el agente tiene experiencia de su virtualidad para incidir en su propia realidad o en la realidad circundante efectuando una transición, un cambio, una transformación o el inicio de algo nuevo. Este gesto humano transformador es también creativo en cuanto generador de

1. Profesor Colaborador Doctor, Facultad de Derecho, Universidad CEU San Pablo (Madrid).

cambio o de novedad en la realidad sobre la que recae. La eficacia es el aspecto más complejo de la acción humana manifestación se proyecta en la realidad transformada –lo que conocemos como trascendencia del actuar- y reflexivamente en el sujeto que actúa –inmanencia de la acción humana-. En este momento el hombre es consciente de su actuación y de sí mismo en cuanto origen de la acción, y en todo o en parte, como sujeto pasivo de la misma. De él depende la existencia del actuar como tal. El hombre se sabe causa de su actuar y reconoce su acción como resultado de su eficacia².

Siguiendo la escuela clásica de pensamiento iusnaturalista llamamos acciones humanas a nuestras acciones libres, o deliberadas. Partimos de un hecho de experiencia y de un principio clásico en nuestra doctrina³ al decir que la persona se revela en sus acciones libres, pues sólo en ellas se nos da desde dentro y no sólo externamente. Nuestros actos libres expresan nuestro ser personal. Este tipo de acciones son las jurídicamente relevantes, pues sólo ellas demuestran la plena conciencia de quien actúa y su correspondiente responsabilidad en relación al acto jurídico; sólo ellas dan cuenta de la culpa, y en cualquier caso, de ellas pende el significado y la culminación del negocio jurídico en unos casos, del delito en otros, de la manifestación de la humana voluntad en todos. Por eso tampoco es posible dejar las acciones jurídicas al margen de la moralidad, puesto que son intrínsecamente libres, es decir, realizadas deliberadamente por sujetos que son responsables de o por ellas. Estos aspectos de la acción son también estudiados por el profesor Gregorio Robles al considerar los elementos intrínsecos y extrínsecos de los actos jurídicos⁴.

2. Cfr. **Wojtyła, Karol**. Persona y acción. B.A.C. Madrid, 2007. Pp. 79-85.

3. Cfr. **AQUINO, TOMÁS DE**. Super Sent., lib. 3 d. 3 q. 2 a. 1 co. y también Contra Gentiles, lib. 3 cap. 69 n. 20. Cfr. también De Finance, J. Conocimiento del ser. Gredos, Madrid 1971. Pp. 400-402.

4. Cfr. **ROBLES MORCHÓN, GREGORIO**. Teoría del Derecho. Fundamentos de Teoría Comunicacional del Derecho. Vol I. Editorial Thompson Civitas. 2ª edición. Navarra 2006. Pp. 301 y ss.

Siguiendo la acepción hermenéutico-analítica o comunicacional de la acción, observamos la misma realidad observada en el pensamiento clásico. El profesor Gregorio Robles define la acción como significado de un conjunto de movimientos, resultado de un proceso interpretativo⁵. Podemos entender y calificar acciones humanas concretas gracias a que existen las acciones genéricas formalizadas que nos dan la clave hermenéutica de las primeras. Desde el punto de vista de la Filosofía del Derecho la formalización de las acciones permite entender su significado y se presenta siempre como un procedimiento; por eso la acción en esencia puede ser entendida como el procedimiento.

Según la clasificación de significados atribuidos a la acción por el profesor Gregorio Robles⁶, coincidimos en señalar que nos referimos a menudo a la acción como un producto acabado, estático, que semánticamente se presenta bajo la forma de un sustantivo (p.e., el perdón, el cambio, el pensamiento, etc.), y otras veces nos referimos a ella como un proceso dinámico, que semánticamente se presenta mediante un verbo (perdonar, cambiar, pensar, etc.). Si nos preguntamos cuál de las dos antecede a la otra, vemos que el sustantivo supone el verbo; que, por lo tanto, la acción más genuina es la considerada en su perspectiva dinámica, una perspectiva que nos da la acción nuevamente bajo la forma de un procedimiento. ¿Qué es el procedimiento? “Una regla o norma que establece lo que un sujeto tiene que hacer para realizar una acción”⁷.

El procedimiento hace posible la acción y la regla posibilita a su vez el procedimiento: si pretendemos realizar una determinada acción habremos de seguir la regla que prescribe el procedimiento adecuado que la haga inteligible al resto de la comunidad en que dicha acción tiene lugar o se desarrolla. Las acciones tienen el significado que socialmente les

5. ROBLES, GREGORIO. Teoría... Op. Cit. P. 258.

6. Cfr. ROBLES, GREGORIO. Teoría... Op.cit. Pp. 257 y ss.

7. ROBLES, GREGORIO. Teoría... Op.cit. P. 262.

otorgamos. La consecuencia que describe el profesor Robles⁸ es el paso de la acción como procedimiento reglado a la noción de acción como texto, en cuanto que la regla (o proceso reglado) necesita ser comunicada, y esto puede suceder bien verbalmente o bien por escrito, como texto. Realizar acciones, en definitiva, podría sintetizarse como actuar según determinadas reglas. Los actos humanos son una forma más del lenguaje, son una auténtica forma de comunicación⁹.

El mundo del derecho se desarrolla sobre todo a través de acciones (las acciones o actos jurídicos) y es un mundo de comunicación. Siguiendo las tesis propuestas por la teoría comunicacional, convenimos en afirmar que el derecho es un mundo de acciones ó mensajes fundamentalmente prescriptivos¹⁰. Desde el punto de vista de la tradición iusnaturalista clásica diríamos que las acciones jurídicas, los mensajes del derecho, regulan, organizan, ordenan, prohíben,... con vistas a crear ó restablecer el equilibrio general que supone la realización de la justicia, como criterio básico de la convivencia, criterio que entraña la acción de “dar a cada uno su derecho”. Esta fuerza prescriptiva de las acciones del derecho como lenguaje, o como texto, ha sido contemplada por el profesor Austin, y dentro de la doctrina española por el profesor Gregorio Robles, como una de las virtualidades que el lenguaje tiene en líneas generales¹¹ (elementos performativos).

Siguiendo la perspectiva clásica podemos añadir a la siguiente clasificación de acciones de la teoría comunicacional

8. **ROBLES, GREGORIO**. Teoría... Op.cit. P266.

9. Cfr. **AUSTIN, J.L.** How to do things with words. 2nd edition. Oxford University Press. Oxford 1976. Pp. 4-11.

10. Cfr. **ROBLES, GREGORIO**. El derecho como texto. Cuadernos Civitas. Thomson Civitas. 2. edición. Navarra 2006. Pp. 156 y ss.

11. Cfr. **AUSTIN, J.L.** How to do things... Op. cit. Pp. 53 y ss., 94 y ss. Y también cfr. **ROBLES, GREGORIO**. Comunicación, Lenguaje y Derecho. Discurso de Recepción del Académico de Número Excmo. Sr. D. Gregorio Robles. Sesión de 3 de Noviembre de 2009. Real academia de Ciencias Morales y Políticas. Madrid, 2009. Pp. 41 y ss.

del derecho: acciones jurídicas “stricto sensu”, (vigentes en el derecho penal, administrativo, civil, procesal, etc., como medio de comunicación entre las partes relacionadas dentro de un mismo caso) y acciones jurídicas referidas a una actividad laboral o mercantil (y reconocidas como tales en los ordenamientos jurídicos correspondientes)¹²; añadir, decíamos, en coherencia con ella¹³ un tercer tipo de acciones jurídicas, las acciones humanas que denominamos jurídicas en sentido amplio, todas aquellas que por su contenido pertenezcan al ámbito de la justicia o sean relevantes para ella (suponen alteridad de sujetos, intercambio o restablecimiento de una cosa, proporción de cierta igualdad en la relación establecida y manifestación de la voluntad de las partes). Desde el punto de vista de la teoría comunicacional estas acciones se revelan como jurídicas cuando son interpretadas tomando como referencia textos jurídicos en los que se tipifican las acciones con sentido jurídico¹⁴. En este punto habría que señalar la divergencia entre un enfoque filosófico y el otro: mientras que el clásico iusnaturalista acude al contenido de la acción en cuestión, el enfoque comunicacional estima que una acción es jurídica porque es inteligible a la luz de los textos jurídicos que la hacen significativa. El punto de partida, el análisis de la realidad, es en los dos idéntico.

2. “Dar a cada uno lo suyo” como acción jurídica

En el caso de la definición clásica de justicia “dar a cada uno lo suyo¹⁵”, la acción humana que se plantea tiene la

12. Cfr. **ROBLES, GREGORIO**. Teoría... Op.cit. Pp. 252-254.

13. Cfr. **ROBLES, GREGORIO**. El derecho como texto... Op. cit. Pp. 173-174. Cfr. también, Vallet de Goytisolo, Juan M^a Berchmans. Metodología de la Determinación del derecho. Editorial Centro de Estudios Ramón Areces. Madrid, 1994. Pp. 31-40.

14. Cfr. **ROBLES, GREGORIO**. Comunicación, Lenguaje... Op. Cit. Pp. 164-165.

15. **CORPUS IURIS CIVILIS** 1. 1. 10, versión basada en el texto latino de Mommsen, Berlín 1954. Disponible en <http://web.upmf-grenoble.fr/Haiti/Cours/Ak/> el día 29 de septiembre de 2010.

complejidad suficiente como para no ser una acción inconsciente, de la que uno no es dueño. La acción de la justicia tal como se la plantearon los clásicos pasa por la auto-conciencia del sujeto agente en cuanto que da, comprende la misma consciencia de la existencia de otro/s a quienes se les debe algo porque les pertenece, y por último hay un conocimiento de lo que debe darse, que no es cualquier cosa, sino específicamente “lo suyo” en cada caso¹⁶. Podríamos decir que se trata del enunciado más característico de acción jurídica por excelencia.

La versión clásica de la justicia parte de la realidad del mundo, de la existencia societaria de los hombres, reunidos en comunidades políticamente organizadas, en virtud de las cuales aparece la titularidad de las cosas que los hombres así reunidos poseen. La justicia presupone la existencia de un derecho previo, entendido como un compuesto de acciones, cosas y personas; este derecho se convierte en una atribución de un objeto determinado a un sujeto igualmente concreto, y que por ello mismo se convierte en objeto de restitución o de reconocimiento por parte de los otros miembros de la comunidad.

Desde el punto de vista de la teoría comunicacional del derecho, la acción de dar a cada uno lo suyo implica una acción humana genérica que se especifica en los textos legales de referencia para cada una de las relaciones jurídicas que tienen lugar. Se trata de acciones cuyo sentido o significado se desprende de las personas en la relación, de las cosas en juego, de las acciones que se entrelazan, y de los textos jurídicos a cuya luz se interpretan¹⁷. En palabras autorizadas¹⁸ sobre la materia podemos afirmar que: *“La acción concreta que ha realizado un individuo no es sino el procedimiento concreto que corresponde a un procedimiento genérico propio de una acción típica. Esa operación, que usualmente se llama subsunción, es*

16. Cfr. FINNIS, JOHN. *Aquinas. Moral, Political and Legal Theory*. Oxford University Press. New York, 1998. Pp. 133-135.

17. Cfr. ROBLES, GREGORIO. *Comunicación, Lenguaje...* Op. Cit. Pp. 161-166.

18. ROBLES, GREGORIO. *Comunicación, Lenguaje...* Op. Cit. P. 166 i.f.

posible porque se relacionan dos textos: el texto del procedimiento genérico o, lo que viene a ser lo mismo, del tipo de acción, y el texto del procedimiento concreto, propio de la acción efectivamente realizada.”

Desde el punto de vista de la teoría comunicacional del derecho, “dar” es una acción genérica que puede tener infinidad de manifestaciones, todas ellas basadas en la aproximación de un contenido a un sujeto por acción de otro. Se puede dar algo de muchas maneras, ofreciéndolo con las manos, enviándolo por otros medios (p.e. correo electrónico, correo postal,...), se puede dar de palabra (p.e. ¿Te doy mi teléfono?), etc. La acción dar alcanza todos los medios materiales e inmateriales imaginables; el dar acontece de muchas formas. La acción de dar, desde el punto de vista clásico iusnaturalista, no sería estrictamente jurídica en sí misma. Veamos sus otros elementos.

Dar “a cada uno”. Lógicamente toda acción de dar tiene un destinatario. Es una acción que no finaliza en una acción en el vacío, sino que se dirige a alguien. El destinatario del dar puede ser individual ó colectivo, (p.e. si se da una conferencia, se da a un grupo reunido para escuchar lo que alguien va a comunicar por ese medio). Sin embargo aun cuando el sujeto es colectivo la recepción de lo dado es siempre es individual. Nadie puede sustituirnos en la función de ser receptores finales de lo que se da, si es que va dirigido a nosotros. Por eso podríamos decir que el sujeto “a cada uno” de la definición clásica de la justicia supone a todo el mundo como posible destinatario, pero contándolo como receptor individualizado de lo que se da. Sin embargo, la acción de “dar a cada uno”, sigue sin ser específicamente jurídica, puede ser, por lo demás, cualquier tipo de acción que conlleve un reparto, una distribución.

Dar a cada uno “lo suyo” o “su derecho” (ius suum). Estamos aquí ante el núcleo de la juridicidad de la acción. Se pueden dar muchas cosas: materiales (p.e. dinero), inmateriales (p.e. la palabra, una promesa,...etc), contables (p.e. unos libros)

e incontables (p.e. el cariño), etc. El objeto sobre el que recae la acción de dar puede llegar hasta la noción más intensiva de la que un sujeto es capaz, la noción de “darse” a sí mismo en lo que hace. Si la acción no estuviera modalizada en el objeto, tampoco nos hallaríamos ante una acción específicamente jurídica. Es decir, que en la definición clásica, no se trata de dar algo sin más, sino de que ese “algo” que se da sea de la propiedad del que lo recibe, que sea “algo” que anterior o previamente, era “suyo”¹⁹. Esta modalidad que recae en el objeto que se da, es la que pone el acento específico en la acción que venimos considerando: es algo que pertenece a alguien y no está en su posesión, luego es algo que le corresponde, que se le debe. Quien esté en posesión de lo que no es suyo, deberá dárselo a quien es su dueño. Esta connotación de obligación de dar, de deber dar algo a otro, es lo que constituye en jurídica una acción en sí misma y según aparece definida en el *Corpus Iuris Civilis* de Justiniano²⁰. Desde el punto de la teoría comunicacional del derecho, el carácter jurídico de la acción “dar a cada uno su derecho” está implícito en el texto de Justiniano que lo canoniza, que tiene virtualidad reguladora de la vida jurídica romana.

La pregunta por la fundamentación jurídica del texto aparece de nuevo al hilo de estas consideraciones: el texto justiniano, ¿es jurídico por venir del Emperador, o porque las acciones en él recogidas tienen carácter jurídico?

3. “Dar a cada uno lo suyo” en la Jurisprudencia del Tribunal Supremo español a la luz de la teoría comunicacional

Si buscamos el principio “dar a cada uno lo suyo” en la jurisprudencia civil española del Tribunal Supremo desde 1980

19. Estas ideas han sido desarrolladas también aunque con una perspectiva diversa, por **HERVADA, JAVIER**. Introducción Crítica al Derecho Natural, Eunsa. (8ª edición) Pamplona 1994. Pp. 31 y ss.

20. **CORPUS IURIS CIVILIS** 1. 1. 10, versión basada en el texto latino de Mommsen, Berlín 1954. Disponible en <http://web.upmf-grenoble.fr/Haiti/Cours/Ak/> el día 29 de septiembre de 2010.

hasta la actualidad, encontramos que dicho principio aparece mencionado expresamente en seis sentencias: STS 12/1980, 21 de enero; STS 386/ 1980, 10 de diciembre; STS 158/1986, 10 de marzo; STS 772/1989, 27 de octubre; STS 353/1995, 11 de abril y STS 210/2010, 5 de Abril. Comentaremos seguidamente los distintos casos viendo cómo la teoría comunicacional del derecho puede explicarlos, coincidiendo con la explicación de la tesis iusnaturalista clásica. Analicemos algunas de ellas para no extendernos en exceso. Tomemos, por ejemplo, la primera de ellas:

La STS 12/1980, 21 de enero, plantea un recurso de revisión por maquinación fraudulenta, al tenor del art. 1796.4 de la Ley de enjuiciamiento Civil; revisión de una sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia de Lérida el 25 de junio de 1973. Se pide que se revoque la sentencia anterior y se aclare la cuestión de un terreno que la empresa “Segarra Balasch Hermanos, S. A.” está ocupando y que la parte demandante dice ser de su propiedad, para lo que ejercita las acciones: declarativa de propiedad, deslinde, negatoria de servidumbre, reivindicatoria y de resarcimiento. La sentencia alega en su Fundamento jurídico 1º:

“(…) La controversia radica y se ciñe al lindero Mediodía de la parte demandada (lindero Norte) -en parte- para la finca de la actora, ya que la sociedad demandada no ha respetado la distancia de 45 metros, que a tenor de su propio título de propiedad, señala la amplitud de su finca desde el límite opuesto -carretera- a contar desde el mojón del kilómetro 453. No ha respetado la expresada distancia ni las otras circunstancias que configuran el referido lindero conforme al título, que se expresa según el siguiente tenor: “El lindero de Mediodía está delimitado por una línea que partiendo de la esquina noroeste de la casa del resto de finca (la casa de la actora), llega hasta el camino de Remolins, cuya línea es recta y dista del límite de la finca frente al mojón del kilómetro 453 de la carretera, a la altura del mismo, una distancia de 45 metros.” Si dicho lindero ha de ser una línea recta, que guardando la distancia

mencionada ha de ir a incidir al camino de Remolíns, queda patente y clara la antijurídica conducta de la sociedad demandada, toda vez que rebasando la mencionada línea ideal, la línea que podría dibujarse siguiendo el contorno de los terrenos que de un modo u otro ocupa o utiliza la parte demandada, es esencialmente una línea quebrada que evidencia la invasión de aquella parte dentro de la finca de la actora. Invasión y despojo que no puede tolerarse por más tiempo y que demanda su corrección estableciendo mojones y signos evidentes a todo lo largo de la línea que es verdadera divisoria y restituyendo a mi poderdante los terrenos de que ha sido despojada al Sur de la meritada divisoria. *Consistiendo la justicia, por definición, en dar a cada uno lo suyo, esta parte no quiere otra cosa que se señale sobre el terreno el lugar exacto por donde pasa dicha divisoria y que cada una de las partes quede definitivamente con los terrenos que son suyos, sin injerencias ni intromisiones de ninguno de los litigantes en terreno del otro.*”

Este caso se resolvió acudiendo a las escrituras de compra y venta de las fincas colindantes, a las hectáreas que correspondían a cada una y al estudio de las hectáreas que ocupaba la parte demandada. No aparecen mencionados los artículos legales a los que se debían remitir las razones de unos y otros, sólo la narración de los hechos y del razonamiento jurídico con fundamento en las acciones jurídicas de unos y otros: compraventa de terrenos, ocupación y explotación de la propiedad. El principio mencionado aparece en la petición de la parte demandante. Desde el punto de vista de la teoría comunicacional lo narrado en esta Sentencia cobra valor jurídico por hallarse escrito y ser una sentencia del Alto Tribunal, además de hallarse refrendada por los consiguientes artículos del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Desde el punto de vista de la tradición iusnaturalista clásica, es el significado de las acciones el que da sentido a la sentencia y a los preceptos legales. La petición de la demandada de “dar a cada uno lo suyo” encuentra fundamento en ambos enfoques jurídicos.

Otra sentencia que nos ha parecido interesante destacar es la STS 772/1989, 27 de octubre. En ella se plantea un recurso de casación de otra Sentencia dada por la Sala Primera de lo Civil de la Audiencia Territorial de La Coruña, con fecha 22 de enero 1988. El caso en cuestión se centra en la publicación de una noticia en el periódico “La Región” de Orense, haciéndose eco de otra publicada el día anterior en los periódicos de “El País” y “Diario 16”. En la noticia, falsa por error en la persona, se publicaba así: «El Presidente de la Audiencia Provincial de Álava, de origen orensano, acusado de exhibicionismo». El periódico “La Región” recurre la sentencia de la Audiencia por cuatro motivos:

“(…) Motivo primero: «Al amparo del motivo cuarto del art. 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil por error en la apreciación de la prueba basado en documentos que obran en autos, representados por la misma demanda inicial y por las publicaciones realizadas por el periódico de difusión nacional “El País” y “Diario 16” el día 9 de enero de 1986, así como lo publicado por “La Región” el día siguiente 10 de enero que se oponen a la afirmación que se efectúa en el segundo considerando de la sentencia recurrida, sin que ello resulte contradicho por otros elementos probatorios». Motivo segundo: «Al amparo del motivo quinto del art. 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil por infracción de Ley, en el concepto de violación, del art. 20.1 .D de la Constitución en relación con el art. 18.1.º De la misma y arts. 7.7.º de la Ley orgánica 1/1982 de 5 de mayo, conforme a la doctrina constitucional y legal representada por las Sentencias del Tribunal Constitucional de 17 de julio y 12 y 22 de diciembre de 1986». Motivo tercero: «Al amparo del motivo 5º del art. 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil por infracción de Ley, en el concepto de aplicación indebida del art. 1.902 del Código Civil en relación con el núm. 3 del art. 9 de la Ley Orgánica 1/1982 y el criterio de la Sala representado por la Sentencia de 23 de marzo de 1987 al estimar un motivo idénticamente articulado por carecer la sentencia recurrida de enlace preciso y directo según las reglas del criterio humano entre la conducta de los demandados

y la cifra indemnizatoria fijada». Motivo cuarto: «Al amparo del motivo 5.º Del art. 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, por infracción de Ley por no aplicación del núm. 5.º del art. 9 de la Ley Orgánica 1/1982 ».

Hemos querido transcribir todos los preceptos legales alegados por la parte recurrente para mostrar cómo las acciones narradas en los Hechos probados tienen un refrendo legal que las hace jurídicamente relevantes, según afirma la teoría comunicacional del derecho. Según la teoría clásica estos hechos tienen ya el significado jurídico en sí mismos. Seguimos el tenor de la Sentencia STS 772/1989, 27 de octubre, hasta llegar a la referencia del principio que buscamos en el cuarto Fundamento Jurídico, al referirse a la compensación ó resarcimiento de daños:

“Fundamento Jurídico Cuarto: Aunque en materia de resarcimiento de daños la doctrina de esta Sala ha sentado como regla general que las facultades de los Tribunales son amplísimas en lo que a su delimitación cuantitativa se refiere y, por ello, que su discusión en casación es en principio improcedente a menos de convertir este recurso en una Tercera Instancia, no puede olvidarse: a) Que cual ha quedado indicado en el precedente fundamento, la Ley Orgánica en él citada, establece unos módulos para la determinación del quantum indemnizatorio; b) Que en conexión con ello, ya la sentencia de esta Sala de 23 de marzo de 1987, apuntó la idea de que partiendo de tales bases legales y sin perjuicio de las amplísimas facultades que los Tribunales tienen para señalar el alcance del resarcimiento, existe la posibilidad de combatir sus bases lo que corroboró la Sentencia de 11 de abril de 1987; c) Que en relación a su vez con esto, cabe indicar, que en el supuesto aquí contemplado debe señalarse: 1) La no muy amplia difusión y audiencia del medio de publicidad demandado, el diario «La Región» de principal circulación en Orense únicamente; 2) El tampoco muy claro beneficio que el causante del daño hubiere obtenido con la publicación de la vituperable forma con que publicó la noticia. 3.) Que los Tribunales, en razón de ser según la Constitución y

la Ley Orgánica del Poder Judicial los encargados de aplicar la norma, vienen obligados a inspirarse en y aplicar la Justicia, no puede olvidarse que *para cumplir tan trascendente labor de dar a cada uno lo suyo han de tener en cuenta no sólo los méritos sino también los deméritos de las personas y, consiguientemente, tratándose del daño moral y su resarcimiento, las circunstancias tanto personales como sociales del ofendido*, circunstancias que en el presente supuesto dan lugar a que ese «enlace preciso y directo según las reglas del criterio humano» que el recurrente niega en el motivo exista con toda evidencia, en lo que a la ofensa del honor se refiere, ya que no en vano la función judicial figura entre las más importantes en los Estados de Derecho, al punto de constituir la misma un auténtico Poder (arts. 117 a 136 de la Constitución), razón por la cual si bien sus responsabilidades son por regla general de las más graves que pueden ser exigidas o atribuirse a los organismos del Estado (arts. 405/426 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, 351 a 357 del Código Penal) y sus incompatibilidades también de las más amplias, las consecuencias de los ataques al honor de sus miembros sean lógicamente más graves, tanto en el aspecto personal como especialmente en el social.

La acción humana de resarcir los daños está contemplada en anteriores Sentencias del Tribunal Supremo, de 23 de marzo de 1987 y de 11 de abril de 1987, y según del art. 9 de la Ley Orgánica de 5 de mayo de 1981, se fijan amplias facultades de los Tribunales para determinar el resarcimiento, según las circunstancias de cada caso. Según la teoría comunicacional del derecho, la acción del resarcimiento habría de determinarse por relación a los textos legales y jurisprudenciales; según la teoría iusnaturalista clásica la determinación del resarcimiento vendría dada por la valoración de las circunstancias que rodean al caso en cuestión y que son así mencionadas en el Fundamento Jurídico cuarto de la Sentencia que estudiamos. Al final, ambos enfoques de la acción vienen a ser considerados bajo parámetros muy similares.

Veamos por último otra de las sentencias en la que aparece mencionado el principio clásico, la STS 210/2010, 5 de Abril.

El caso trata de un recurso de casación de una sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Sta. Cruz de Tenerife en un recurso de apelación de otra sentencia anterior dictada por el Juzgado de Primera Instancia número 9 de Santa Cruz de Tenerife el 30 de diciembre de 2003. Un hombre de 44 años ha resultado muerto por una caída accidental a 3 metros de altura en el curso de unas tareas de mantenimiento de la pista de tenis de un Club deportivo. Su mujer demanda a la sociedad gestora del Club por responsabilidad extracontractual, responsabilidad por hechos ajenos y responsabilidad civil de los empresarios por relación de dependencia existente entre su marido y el Club al que prestaba sus servicios en estas tareas. La Sentencia del Juzgado de Primera Instancia en su Fundamento Jurídico tercero pone de manifiesto cuál ha sido la línea jurisprudencial respecto de la responsabilidad, y hace referencia al principio de dar a cada uno lo suyo como principio perenne del derecho que debe inspirar también en este caso la decisión final del juez:

“(…) En la aldea globalizada y obsesionada con la seguridad que habitamos corren malos tiempos para la culpa clásica que inventaron los Romanos con la Lex Aquilia como soporte de uno de los tres pilares de su Derecho, no dañar a nadie, junto con el de vivir honestamente y con el que se dirá al final. El fundamento de la responsabilidad aquiliana era la culpa del causante del daño en cualquiera de sus grados. No había responsabilidad sin culpa. (…)

Muy en síntesis, la evolución jurisprudencial arranca con la emblemática sentencia de 30 de junio de 1959, posibilitando la aplicación analógica de los arts. 1104 y siguientes del Cc, instaurando el principio de agotamiento de la diligencia; matizando el principio general de la carga de la prueba, aplicando el principio de expansión en la apreciación de la prueba (se suaviza la rigurosa exigencia de una prueba plena de la culpa en beneficio del más débil cuando éste es la víctima, sentencia de 14 de octubre de 1969); autorizando la inversión de la carga probatoria con carácter general (corresponde al

demandado acreditar que actuó con toda la diligencia exigible para evitar la producción del daño, sentencias de 16 de octubre de 1989 o 5 de febrero de 1991); y culminando con la adopción de una variante de la teoría de la responsabilidad por riesgo, tanto en justificación del recurso a la inversión del onus probandi (sentencia de 9 de Mayo de 1999), como de forma autónoma, imponiendo la obligación de resarcir el daño causado por una actividad peligrosa a quien obtiene el beneficio de la misma (sentencias de 21 de noviembre de 1995 o de 6 de abril de 2000, entre otras).» Alega la defensa de la demandada que su patrocinada no debe responder del caso fortuito, y que la responsabilidad por riesgo no es aplicable al caso de autos por no generar la actividad que realizaba el fallecido, en modo alguno, riesgo susceptible de provocar la susodicha objetivación. Empezando por lo último, la mejor prueba de que había riesgo es que el Sr. Ismael se mató al caerse de la escalera. Y respecto al caso fortuito definido en el art. 1105 Cc, la desgracia acaecida no es un suceso que no hubiera podido preverse, de haberse empleado la diligencia debida. Pero la carga de probar ésta correspondía a la demandada por disposición legal expresa contenida en la última norma del art. 1903 del Cc. (...)

Suum cuique tribuere. El tercer gran pilar era y es dar a cada uno lo suyo.”

Desde el punto de vista de la teoría comunicacional del derecho, es evidente que la acción correspondiente a la responsabilidad tiene amparo en toda una línea legal y jurisprudencial, tal como evidencian los extractos que hemos seleccionado. Desde el punto de vista de la tradición clásica iusnaturalista la acción debida por responsabilidad aflora en primer lugar del análisis de los hechos y de las circunstancias pormenorizadas del caso: qué tipo de actividad realizaba el hombre en el Club, cuáles eran riesgos previsibles, cuál hubiera sido la diligencia debida; cuál era la relación legal de aquel hombre con la empresa gestora del Club deportivo; si la relación de dependencia entonces existente era suficiente para generar responsabilidad civil; qué tipo de vínculos habían entre ambas

partes. El relato de los Hechos probados es lo que finalmente decide la existencia de vínculos propiamente jurídicos y por tanto fundamentales en el Fallo de la Sentencia. La definición clásica del principio aparece con claridad en los dos enfoques estudiados: de una parte, refrendado y reconocido a la luz de la historia del derecho y del Corpus legal al que pertenece; de otro, como principio que surge con fuerza propia de la narración y prueba de los hechos.

Puede observarse, como conclusión al análisis de la jurisprudencia que acabamos de hacer, que el principio clásico de “dar a cada uno lo suyo” está muy próximo tanto a la teoría comunicacional del derecho como a la tradición del iusnaturalismo clásico, especialmente en la búsqueda práctica de la justicia. Las sentencias analizadas lo reflejan desde la perspectiva de los hechos probados y desde la perspectiva de los fundamentos jurídicos, el principio está vigente en la mente y en las palabras de los jueces. Sigue inspirando y caracterizando las acciones humanas debidas en cada caso, acciones por tanto, jurídicas.

4. Conclusión

Concluamos brevemente lo planteado en este trabajo, si las acciones ó procedimientos tipificados en las normas, son jurídicos por estar tipificados en normas jurídicas, o son jurídicos por las características de los hechos que suponen. En último término no discutimos que las acciones sean vistas como textos, sino la razón por la que esos textos son vistos como jurídicos. En el fondo, nos estamos preguntando por la legitimación de las normas que procedimentalizan las acciones que denominamos jurídicas.

Nos parece que existe una forma de conciliar ambos enfoques –el de la teoría comunicacional del derecho y el del iusnaturalismo clásico- por otra parte tan próximos en la búsqueda práctica de la justicia, como se ha podido observar en la sección anterior de este trabajo. La fórmula estribaría en admitir la teoría comunicacional para explicar en primer término

las acciones jurídicas de un caso determinado, acudiendo como referencia a los textos jurídicos, costumbres y principios generales correspondientes que la historia y la cultura ponen a nuestra disposición, viéndolos como textos, y a la vez, en nombre de la tradición iusnaturalista clásica, fundamentar la juridicidad de dichos textos, costumbres y principios generales no tanto en su refrendo positivo-normativo (al menos, no en primer lugar, aunque se llegase a tomarlo en cuenta), sino sobre todo en función del contenido específicamente jurídico que todos los textos ejemplifican al describir acciones jurídicas con sus notas características de alteridad, libertad, comunicación y proporcionalidad debida.

Bibliografía

- AUSTIN, J.L. *How to do things with words*. 2nd edition. Oxford University Press. Oxford 1976.
- DE FINANCE, J. *Conocimiento del ser*. Gredos, Madrid 1971.
- FINNIS, JOHN. *Aquinas. Moral, Political and Legal Theory*. Oxford University Press. New York, 1998.
- HENRY, MICHEL. *Fenomenología Material*. Ed. Encuentro. Madrid, 2009.
- HERVADA, JAVIER. *Introducción Crítica al Derecho Natural*, Eunsa. (8^a edición) Pamplona 1994.
- ROBLES, GREGORIO. *El derecho como texto*. Cuadernos Civitas. Thomson Civitas. 2^a edición. Navarra 2006.
- ROBLES, GREGORIO. *Teoría del Derecho. Fundamentos de Teoría Comunicacional del Derecho*. Vol I. Editorial Thompson Civitas. 2^a edición. Navarra 2006.
- ROBLES, GREGORIO. *Comunicación, Lenguaje y Derecho*. Discurso de Recepción del Académico de Número Excmo. Sr. D. Gregorio Robles Morchón. Sesión de 3 de Noviembre de 2009. Real academia de Ciencias Morales y Políticas. Madrid, 2009.

SEIFERT, JOSEF. *Discurso de los Métodos*. Ed. Encuentro. Madrid, 2008.

SEIFERT, JOSEF. *Back to things in themselves*. 2nd electronic edition. Edited by Josef Seifert and Giovanni Reale in collaboration with Agustin Basave (Mexico), Rocco Buttiglione (Liechtenstein), John Crosby (USA), Evangelhos Moutsopoulos (Greece), Tarcisio Padilha (Brazil), Juan-Miguel Palacios (Spain), Tadeusz Styczeł (Poland) and Fritz Wenisch (USA) The International Academy of Philosophy, Liechtenstein/USA. 1997.

VALLET DE GOYTISOLO, JUAN M^a BERCHMANS. *Metodología de la Determinación del derecho*. Editorial Centro de Estudios Ramón Areces. Madrid, 1994.

WOJTYLA, KAROL. *Persona y acción*. B.A.C. Madrid, 2007.

Recursos electrónicos

Corpus Thomisticum: URL = <http://www.corpusthomisticum.org/>

The Roman Law Library: URL = [http://web.upmf-grenoble.fr/Haiti/Cours/Ak/Corpus Iuris Civilis](http://web.upmf-grenoble.fr/Haiti/Cours/Ak/Corpus_Iuris_Civilis).

The Stanford Encyclopedia of Philosophy (*Spring 2009 Ed.*), Edward N. Zalta (ed.), URL = <http://plato.stanford.edu/archives/spr2009/entries/speech-acts/>. Green, Mitchell, "Speech Acts".