

DESCONFIANZA E IRONÍA DE LA SOCIEDAD
ANTE EL ARTE DEL DERECHO

PROF. DR. D. JOSÉ ANTONIO CORRIENTE CÓRDOBA

CATEDRÁTICO DE DERECHO INTERNACIONAL PÚBLICO
Y RELACIONES INTERNACIONALES.

CATEDRÁTICO JEAN MONNET DE LA UNIÓN EUROPEA

DESCONFIANZA E IRONÍA DE LA SOCIEDAD
ANTE EL ARTE DEL DERECHO

LECCIÓN INAUGURAL
DEL CURSO ACADÉMICO 2007-2008
PRONUNCIADA POR EL
PROF. DR. D. JOSÉ ANTONIO CORRIENTE CÓRDOBA
CATEDRÁTICO DE DERECHO INTERNACIONAL PÚBLICO
Y RELACIONES INTERNACIONALES.
CATEDRÁTICO JEAN MONNET DE LA UNIÓN EUROPEA



Pamplona, 26 de septiembre de 2007

Edita: Universidad Pública de Navarra : Nafarroako Unibertsitate Publikoa
Coordinación: Dirección de Comunicación
Fotocomposición: Pretexto. pretexto@cin.es
Imprime: Ona Industria Gráfica
Depósito Legal: NA 2.631/2007
Distribución: Dirección de Publicaciones
Universidad Pública de Navarra
Campus de Arrosadía
31006 Pamplona
Fax: 948 169 300
Correo: publicaciones@unavarra.es

I. PARÁBOLA DEL COCODRILO

Una mujer pasea, con su hijo de la mano, por las orillas del Nilo. De pronto, de las aguas sale un cocodrilo que, rápida y sorpresivamente, le arrebató al niño.

La madre rompe a llorar y grita: “*¡Devuélveme a mi hijo!*”.

Río adentro, al estilo de tantos extorsionadores que aparentan dialogar, el cocodrilo le responde: “*Hagamos un trato. Si aciertas qué voy a hacer con tu hijo, te lo devolveré. Pero si no aciertas, me lo quedaré*”.

Creyendo y queriendo acertar, aterrorizada, la mujer afirma: “*Te lo vas a comer*”.

Y el cocodrilo argumenta: “*Para que hubieras acertado, me lo tendría que comer. Y te he dicho que si no acertabas, no te lo devolvería: luego no te lo devuelvo*”.

Todavía la madre (con lucidez, nacida de la inteligencia, del apuro y del cariño) responde: “*Si lo que vas a hacer es comértelo, he acertado; luego me lo tienes que devolver. Si no te lo vas a comer, para nada lo quieres; devuélvemelo*”.

Este relato proviene de un sofista, que, acto seguido, comenta: “Ese cocodrilo fue el primer jurista de la Historia”.

A finales del siglo V a. C. (el llamado “siglo de Pericles”), aparece en Grecia el movimiento sofístico. Se trata de pensadores (Protágoras de Abdera, Gorgias de Leontini, Hippias, Eutidemo, Lisias, Hipérides, Trasímaco, Pródico...), que eran maestros ambulantes; van de ciudad en ciudad, enseñando a los jóvenes destrezas intelectuales para la vida práctica, el arte de desenvolverse y triunfar en la democracia, mediante retribución económica (lo cual resultó entonces nuevo y escandaloso). Hábiles en la oratoria, en la retórica, los sofistas se ocuparon de reflexionar sobre las Leyes, la Polis, la Justicia.

Colaboraron de manera importante en abandonar la *physis*, el mundo, como objeto central del pensamiento filosófico, y situarlo en el hombre, en la persona¹.

Los sofistas cuestionaron los modelos sociales de las “polis” griegas, de Atenas que era una democracia próspera, culta, con aristocracia de los ricos. Jenofonte en los *Memorables* y Platón en los *Diálogos* los rechazaron y censuraron². Aristóteles sentenció: “La sofística es una sabiduría aparente, pero que no lo es”. La sofística se situaba en el ámbito de lo retórico, del decir bien, no en la búsqueda de la verdad.

En alguna ocasión –para hacer pensar sobre el poder político y quienes lo ejercían– preguntaron a sus discípulos: “¿Por qué creéis que los pastores atienden con tanta dedicación y tanto cuidado a sus ganados?, ¿por el bien de las ovejas y corderos, o porque piensan obtener de ellos la lana, la leche, la carne, dinero por su venta en el mercado?”. Trasímaco proclamó: “La justicia no es otra cosa sino aquello que es más ventajoso para el más fuerte”³.

He considerado, en más de una ocasión, por qué al sofista se le ocurrió ver en el cocodrilo (también sofista) la imagen, el paradigma de los juristas:

¿Sería por la condición de anfibios, por la ambigüedad, por la defensa de esto y de lo contrario, si llega el caso?

¿O por lo que algunos juristas puedan tener de “reptiles”?

¿Tendría que ver con las tan desacreditadas “lágrimas de cocodrilo”?

¿Acaso, porque cuando se sientan a la mesa del Príncipe o del poderoso, o si les dejan comer las migajas, algunos se enternecen con la tiranía, producen distingos, tratan de enmascarar la realidad y la villanía, y halagan sin recato ni límite?

¿Pensaría que, como los cocodrilos, los juristas somos sorpresivos y devoradores, que también ahogamos a nuestras víctimas antes de devorarlas?; ¿quiso referirse a la dureza de nuestra coraza?; ¿aludía a los tremendos coletazos que se pueden propinar en una sentencia, una resolución administrativa, un decreto, o una orden ministerial?

1. Bertrand RUSSELL, *Historia de la Filosofía*, pág. 117 y ss., Barcelona, 2005; J. MARÍAS, *Historia de la Filosofía*, Madrid, 1965, pág. 34 y ss.; J. M. Valverde, *Vida y muerte de las ideas*, Barcelona, 1980, pág. 23; J. BURCKHARDT, *Historia de la Cultura Griega*, vols. I y II, Barcelona, 2005; Luciano DI CRESCENZO, *Historia de la Filosofía griega*, Barcelona, 1986, pág. 189 y ss.

2. “¿No adviertes, Hipócrates, que el sofista es un mercader de todas las cosas de que se alimenta el alma?” le hace decir Platón a Sócrates en el diálogo *Protágoras o de los Sofistas*, *Diálogos*. Uso el texto de Ed. Porrúa, Buenos Aires-México, 1966, pág.108.

3. Así lo recoge Platón en el diálogo *La República o de lo justo*, *Diálogos*, ed. cit. en la nota anterior, pág. 443.

La comparación o asimilación cocodrilo-jurista creo que tiene, en la mente del sofista, un mensaje muy rico. Pretendía llamar la atención sobre la aptitud moral y la dialéctica del reptil. Se trataba de provocar un análisis de la relación entre justicia y razonabilidad, entre verdad y discurso retórico, realidad y dialéctica, un análisis de las posiciones, pretensiones y argumentos lógicos de las partes.

Es una invitación a pensar críticamente la relación entre la justicia y el formalismo, lo razonable y el razonamiento; sobre la moralidad de los discursos y las construcciones dialécticas en la actividad jurídica; sobre el uso y el abuso del poder (también el meramente fáctico, obtenido o ejercido de mala manera y, por ello, injusto); sobre la actitud dominante y cínica de quienes detentan una posición de fuerza o dominio (incluso aunque sea legítima en su origen) en las relaciones sociales; sobre los saberes jurídicos y su empleo honesto o desviado en la vida social.

El sofista advertía de los peligros que acechan a los hombres y mujeres que se dedican al Derecho. Estaba sometiendo a consideración cuáles pueden y deben ser las capacidades, los propósitos y las virtudes intelectuales y éticas del jurista.



II. LA JUSTICIA EN LAS MITOLOGÍAS GRIEGA Y ROMANA

Tal vez buena parte de los problemas de la Justicia y del Derecho están ya prefigurados en su propia ideación en la Mitología.

Como escribe Charles Picard, “del mismo modo que lo divino y lo humano se han unido en el drama griego ... el héroe mitológico se mueve simultáneamente en ambos planos... y durante el período helenístico, ha habido un vaivén constante entre cielo y tierra: un dios determinado ha descendido entre nosotros; un humano se ha elevado al plano heroico y celestial”⁴. Y es que aunque Chateaubriand hablara del “rebaño de dioses ridículos” de la Mitología, “siguen presentes entre nosotros y con ellos, todas las alegorías de la fábula, puestas a veces al servicio de la industria moderna...”⁵. La Mitología guarda cierta relación con la Antropología; creada por hombres, refleja —a

4. Prólogo de la obra de Pierre GRIMAL *Diccionario de Mitología Griega y Romana*, Barcelona, 1993.

5. PICARD, *loc. cit.* en la nota anterior.

través del artificio de su atribución a dioses, a elementos y fuerzas de la Naturaleza y a seres extraordinarios– los sueños, las pasiones, los deseos, los fracasos, las ansias, las insatisfacciones, los vicios, las ensoñaciones del alma humana.

Pues bien, en la Mitología, **Temis** (o Themis) es la diosa de la Ley y de las leyes eternas.

Su madre fue **Gea** (la Tierra, elemento primordial del que surgieron las razas divinas). Los hermanos mayores de Gea son **Caos** (personificación del vacío primordial anterior a la creación) y **Eros** (dios del amor). Es decir –en términos coloquiales–, los tíos carnales de Temis –la Justicia– son Caos y Amor.

El padre de Temis era **Urano**, hijo, según algunas teogonías, de la propia Gea (en cuyo caso estamos ante un incesto), y según otras, de **Eter** (personificación del luminoso cielo superior; del que, a su vez, nacieron, entre otros, **el Pesar, la Ira, la Mentira, las tres Furias...**).

Urano era la personificación del cielo como elemento fecundo (tanto que se le atribuyen 48 hijos antes de que su vástago **Cronos** –el Tiempo– lo castrara y arrojara al mar los desechos de aquella mutilación. Otros atribuyen la autoría de la mutilación a Zeus en persona).

Urano acabó devorando a sus hijos. (Recuerden el cuadro de Goya: *Saturno* –nombre romano de Urano– *devorando a sus hijos*.) Es decir, que el padre –o hermano, según otras versiones– de la diosa de la Ley acabó castrado y antropófago salvo que, en un arrebato de paternal ternura, pensara que sus hijos eran tan lindos que estaban “para comérselos”.

Zeus, el más grande de los dioses del Panteón helénico, contrajo varios matrimonios (con Metis, Temis, Eurínome, Mnemósine), y además tuvo hijas con dos de sus hermanas y engendró gran cantidad de hijos. Todas las regiones del mundo helénico y todas las familias de la leyenda dicen tener un héroe propio engendrado por Zeus.

Observemos: la primera esposa de Zeus, Metis, representa la prudencia y la perfidia. Solo después de ella, el dios se enamoró de Temis, la diosa de la Ley. De modo que el más importante de los dioses se comprometió antes con la prudencia y con la perfidia que con la Ley. En cualquier caso, ésta no fue su primer amor.

De la pareja Zeus-Temis nacieron: **Dike** (personificación de la Justicia), **Eirene** (la Paz) y **Eunomía** (la Disciplina). Este matrimonio representa la encarnación del Orden Eterno, de la Ley. De esta suerte, en la representación mitológica, el orden y la ley eternos, la justicia, la disciplina (*eu-nomos*), la seguridad jurídica –dicho en términos más modernos– y la paz forman parte de una familiar nuclear.

A Temis se le atribuye la creación de los oráculos, los ritos y las leyes; es decir, los dictámenes y consejos jurídicos, los procedimientos y procesos y las normas legales en general.

En la mitología romana **Júpiter** es la deidad suprema equivalente al Zeus griego. En Roma la personificación de la Justicia es **Iustitia**, que no se identifica con la Temis griega sino con la Dike helena y recibe el nombre de **Astrea** (hermana, por cierto, del Pudor).

En la versión latina, los crímenes de la Humanidad ahuyentaron a la Justicia, que dejó de convivir con los hombres, abandonó la Tierra y se refugió en el cielo convirtiéndose en la constelación Virgo⁶. La Justicia, pues, dejó de estar con los hombres y se alejó de ellos. En pocas palabras: no hay Justicia en este mundo. En el siglo XVIII algunos pensadores dirán que la Justicia –se referían a la Ley Natural– “está escrita en las estrellas”.

Estos son los antecedentes (¿preocupantes?) y el árbol genealógico de la Justicia, según la Mitología.



III. LA ICONOGRAFÍA DE LA JUSTICIA

En nuestra cultura, desde hace más de 2.000 años, la imagen de la Justicia se presenta de esta guisa:

- Es una **mujer virgen**⁷. No pasó ni por la Vicaría del Olimpo ni por el Registro Civil de Deidades ni por el Registro Celeste de Parejas de hecho. (Entonces será cierto que no se casa o, al menos, no yace con nadie.)

6. Francisco de Quevedo, con el nombre de Astrea, recoge esta versión de la huida de la Justicia de la Tierra. en la que “no halló comodidad” por “rigurosa”. Cuenta que anduvo “desacomoda... rogando a todos; y viendo que no hacían caso della y que le usurpaban su nombre para honrar tiranías, determinó volverse, huyendo al cielo”, *El alguacil endemoniado y el Licenciado Calabrés*, en *Obras completas*, Madrid, 1974, pág.154.

7. Aulio Gelio (130 a. C.) recoge del filósofo griego Crisipo esta descripción: “*forma atque filo virginali, aspecto vehemente et formidabili, luminibus oculorum acribus, neque humilis neque acrocis, sed reverendae cuiusdam tristitiae dignitate*” (cit. en G. RADBRUCH, *Introducción a la Filosofía del Derecho*, Méjico, 1955, pág. 139, que recoge datos interesantes y curiosos sobre representaciones de la Justicia).

- La Justicia no sigue la moda. Desde tiempo inmemorial no ha cambiado su **vestimenta**: una clámide bastante amplia.
- Para dar a entender su imparcialidad, **cubre sus ojos con una venda**.

Esta venda parece que es un añadido iconográfico tardío. La descripción de Crisipo la presentaba con ojos bien abiertos.

Radbruch hace notar que la venda “no se halla en consonancia, sino en contradicción con los otros dos atributos clásicos, la espada y la balanza, pues con los ojos tapados no es posible esgrimir la una ni manejar la otra” e, incluso, atribuye un sentido irónico a la tal venda⁸.

Lo cierto es que, tapados los ojos, oye pero no ve a las partes en litigio; aunque parecer ser que, de vez en cuando, derrama la mirada por algún resquicio. Sorprende que dama tan principal juegue a “la gallinita ciega” y que –al no ver– pueda dar “palos de ciego” (cosa que también a veces sucede).

- En época más tardía –y no siempre– se añade a la imagen algún **libro o varios infolios** que significan la ciencia jurídica.
- En su mano derecha, la Justicia porta una espada; en la izquierda una **balanza**⁹.

La balanza aparecía ya en la cultura egipcia para el pesaje de las almas al morir. Algunos de los aquí presentes la conocimos y vimos utilizar en nuestra niñez; es la que popularmente se llama una “romana”.

No es un instrumento de precisión, pero probablemente no conviene cambiarla porque permite a la Justicia decidir con unos gramos de equidad, e incluso “a ojo de buen cubero”. Desde la Antigüedad venimos repitiendo un aforismo que es criterio de sensatez: *summum ius, summa iniuria*. El Derecho estrictamente aplicado puede producir la mayor de las injusticias. Tito Livio dijo que la Ley no debe ser “una cosa sorda e inexorable”. El papel que se ha reconocido a la equidad es vario: fuente del Derecho en los sistemas anglosajones; templanza en la aplicación de las normas en los sistemas continentales (art. 3.2. de nuestro Código Civil); decisión *ex aequo et bono*, a petición y con acuerdo de las partes (art. 38.2. del Estatuto del Tribunal Internacional de Justicia).

8. *Introducción...* citada en nota anterior, pág. 141.

9. La espada aparece en las imágenes griegas de Temis y Dike. Los romanos ponen la balanza en la imagen de *Aequitas*. Parece ser que es ya en la Edad Media cuando el icono de la Justicia reúne ambos atributos.

La espada en la mano de la Justicia expresa la *potestas*, la fuerza de coerción de las normas jurídicas, el “juzgando y haciendo ejecutar lo juzgado” (art. 117 de la Constitución Española y art. 2.1. de la Ley Orgánica del Poder Judicial) como “ejercicio de la potestad jurisdiccional”.



IV. LA CRÍTICA SOCIAL RESPECTO DEL DERECHO Y DE SUS AGENTES

La parábola del cocodrilo no es más que un precedente antiguo de una amplia corriente, culta y popular, de desconfianza, desconcierto e incompreensión frente al Derecho mismo y a sus aplicaciones concretas: las normas, las decisiones administrativas, las resoluciones judiciales.

La acusación suele ser de palabrería falaz, de argucias, de formalismo, de doblez moral. Se expresa de mil maneras: “El que hizo la ley, hizo la trampa”, *inventa lege, inventa fraud*, “nouvelle la loi, nouvelle la fraude”; en Toscana dicen “fata la lege, pensata la malizia”.

La ironía (que, con malicia o sin ella, suele ser un signo de inteligencia) sobre el Derecho se presenta en dos frentes: el culto y el popular.

El primero lo constituyen juristas, filósofos y otros hombres de la Cultura. Juristas y filósofos someten a crítica todo: el fundamento del Derecho, el Derecho Natural, las razones de ser y de obligar del Derecho y las concretas manifestaciones y decisiones jurídicas.

Los otros hombres de la Cultura (especialmente, los literatos) están a medias entre ese frente culto y la vena popular, la que dirige sus críticas a las concretas aplicaciones legales, administrativas y jurisprudenciales cuando aparecen reñidas con el sentido común de lo justo o con los intereses y pretensiones que se sienten como justos.

Petrarca, Erasmo de Rotterdam, Luis Vives, Rabelais, Racine, Goethe, Uhland, Scheffeld, Ulrico de Hutten, Montaigne¹⁰, Pascal, Anatole France, Tolstoi, Dostoiewski, Kafka y tantos otros forman parte del coro polifónico de escritores y pensadores que

10. Vid. *Ensayos*, Libro II, cap. XII y Libro III, cap. XIII. (En la edición que utilizo, Ed. Cátedra, Barcelona, 2003, págs. 447, 1.012 a 1.014.)

hacen mofa y siembran alarma sobre los juristas y su arte. “Desde el Renacimiento –afirma Truyol y Serra– hay toda una tradición denigratoria de la Jurisprudencia. Sabido es cuán profunda fue la animadversión de los humanistas hacia los juristas”¹¹.

En la conversación con el estudiante sobre los diversos saberes y Facultades universitarias, Goethe pone en boca de Mefistófeles estas palabras sobre el Derecho: “*Conozco de sobra lo bueno y lo malo que tiene esta ciencia... La razón, con el estudio de semejante ciencia, se vuelve loca; la razón sufre el más acerbo tormento*”¹².

Diego Torres de Villarroel escribió: “*Bien saben Vmds. que el legista come fiado en el enredador y el litigioso*”¹³... “*En mi casa no entrarán ni abogados ni gatos, pues, siendo estos últimos destinados a cazar ratones, no se sabe cuáles son más perniciosos enemigos: éstos que roen un arca, o los otros que suelen merendar la cena...*”... “*De cualquier vaporcillo se hace un abogado*”... “*Comúnmente se ladean los jueces de parte de los reos. Conque también los remedios se ponen de parte de las enfermedades*”¹⁴.

En Francisco de Quevedo leemos: “*Cuando nosotros ganemos el pleito, el pleito nos ha perdido a nosotros. Los letrados defienden a los litigantes en los pleitos, como los pilotos en las borrascas a los navíos, sacándoles cuanto tienen en el cuerpo, para que, si Dios fuere servido, lleguen vacíos y despojados a la orilla*”¹⁵.

“*La sacrosanta justicia –afirmaba en 1847 von Kirchmann– sigue siendo objeto de escarnio en el pueblo, y las mismas personas educadas, aun cuando tienen el Derecho a su favor, temen caer en sus garras, tratando en vano de orientarse en medio de sus formalidades y procedimientos. ¡Qué cúmulo de leyes y, no obstante, cuántas lagunas! ¡Qué ejército de funcionarios y, no obstante, cuánta lentitud en la administración de justicia! ¡Qué lujo de estudios y de erudición y, no obstante, cuántas oscilaciones, cuánta inseguridad en la teoría y en la práctica*”¹⁶.

11. Escrito preliminar a la obra de Von Kirchmann *La Jurisprudencia no es la ciencia*, Madrid, 1961, pág. 14.

12. *Fausto*, en el segundo “Gabinete de estudio”. Uso el texto de Ed. Austral, Madrid, 1960, pág. 66.

13. «Anatomía de todo lo visible e invisible en ambas esferas», en la obra *A la cola del mundo (aforismos y pensamientos)*, edic. R. Andrés, Madrid, 2004, pág. 91.

14. *Visiones y vistas de Torres con D. Francisco de Quevedo por la Corte*, op. cit. en nota anterior, pág. 87.

15. *La Fortuna con seso y la hora de todos. Fantasía moral*, Obras completas, tomo I, Madrid, 1974, pág. 269.

16. Julis Hermann VON KIRCHMANN, *La Jurisprudencia no es la ciencia*, trad. de Antonio Truyol y Serra, Madrid, 1961, pág. 31.

Jaime Guasp habló de un “*enorme y continuo resentimiento de la Humanidad frente al Derecho*”, de algo “*no humoral, sino metafísico; es un gigantesco ateísmo frente a la ley, una perenne blasfemia social que sobrecoge en mucha mayor medida de la que el repertorio de chistes y agudezas con la que se azota a otras parcelas del vivir humano, podría imaginar*”¹⁷.

Por solo citar un ejemplo en el campo de las artes plásticas recordemos los grabados de Daumier sobre “Les gents de Justice”, que rezuman sarcasmo sobre jueces, abogados y demás “operadores jurídicos”¹⁸.

En la cultura popular son cientos los refranes¹⁹, chistes, historietas, anécdotas reales o literarias, que expresan el sentimiento de confusión, de desconcierto, desconfianza y rechazo a las normas jurídicas, a su aplicación y a la actividad de los profesionales del Derecho:

*Ansí está el labrador entre dos abogados: como el pece entre dos gatos.
Buen abogado, mal cristiano (o mal vecino).
Necios y porfiados hacen ricos a los letrados.
El oficio de picapleitos: embarullarlo todo y hacer lo blanco, negro.
Abogado madrugado, hombre de cuidado.
Los que aplican las leyes andan a paso de bueyes.
Justicia es lo que, de cinco, rebuznan tres.
En todo hay malicia, y más en la gente de Justicia.
Mucho papel y mucho tintero y la justicia al retortero.
La Justicia, Dios la conserve pero que de ella nos preserve.
La Justicia es una señora que el que ante ella canta, pronto llora*²⁰.

17. Prólogo del libro *Los hombres frente al Derecho* de J. GÓMEZ JIMÉNEZ DE CISNEROS, Madrid, 1959, pág. 2. En tono quizás un tanto excesivo, dice Guasp en la pág. 5: “... el hombre, olvidado de que se enfrenta con un producto de su propia humanidad, denuncia, zahiere, increpa, reniega de todo lo que con vestidura de jurídico se presenta frente a él. Desde las viejas farsas medievales hasta los alucinantes cuadros de un Kafka actual, el desfile es inacabable y demoníaco; pero siempre en un solo sentido, siempre con una sola voz, siempre hacia una sola meta: la abominación total del Derecho en cualquiera de sus manifestaciones”.

18. Radbruch califica a Daumier como “el más grande de los caricaturistas de la Justicia, pensador y humorista al mismo tiempo”, pág. 144 de *Filosofía del Derecho*.

19. Prueba del eco popular que tiene la actividad jurídica, su valoración crítica, muchas veces, y elogiosa, en otras ocasiones, es cómo se refleja en el refranero. En el *Refranero General Ideológico Español*, compilado por L. MARTÍNEZ KREISLER y publicado por la Real Academia se contienen: sobre abogados, 45 refranes; sobre escribanos, 82; sobre administración de justicia, 60; sobre leyes, 40; sobre pleitos, 138; sobre testigos, 64; sobre jueces, 178; etc.

20. En GÓMEZ JIMÉNEZ DE CISNEROS, J., *Los hombres frente al Derecho*, se recogen numerosas expresiones populares, literarias y de todo tipo que contienen críticas al Derecho y a los juristas.

También es cierto que en el acervo popular encontramos abundantísimos ejemplos de que el común de los ciudadanos ha comprendido y asumido excelentemente ciertos rasgos y exigencias éticas —e incluso técnicas— del ordenamiento jurídico. No todo es, pues, rechazo y sarcasmo.



V. EL ARTE DEL DERECHO

Si por arte se entiende el “conjunto de preceptos y reglas necesarios para hacer bien algo”²¹, el Derecho es el arte que pretende hacer bien la Justicia.

“Rendimos culto a la Justicia y profesamos el saber de lo bueno y de lo justo, separando lo justo de lo injusto, discerniendo lo lícito de lo ilícito, anhelando hacer buenos a los hombres, no sólo por el temor de los castigos, sino también por el estímulo de los premios, dedicados, si no yerro, a una verdadera y no simulada filosofía”, proclamó el Emperador de Oriente Justiniano al comienzo del *Digesto* (año 553)²².

En Ulpiano la Justicia es definida como *constans et perpetua voluntas ius suum cuique tribuendi* y el Derecho, *divinarumque atque humanarum rerum notitia, iusti atque iniusti scientia*.

Como es sabido, la expresión “Derecho” no procede propiamente de la tradición jurídica romana más primigenia, sino que “aparece en el lenguaje vulgar tardo-romano, de inspiración judeo-cristiana: refleja la idea de que la conducta justa es aquella que sigue el camino recto. La palabra propiamente romana es **ius**, que significa lo justo, es decir, el orden judicial socialmente admitido, formulado por los que saben de lo justo, los **iuris prudentes**²³.

Derecho y prudencia, Derecho y buen sentido o sentido común, Derecho y sensatez social, Derecho y bonhomía (que no es lo mismo que “buenismo”) aparecen sustancial e indisolublemente unidos en la concepción y en las expresiones que sig-

21. *Diccionario de la Lengua Española*. Real Academia Española, 22ª edición, Madrid, 2001. Igualmente en *Diccionario esencial de la Lengua española*, 2006.

22. Es el “*Corpus Iuris*” justiniano, siglo VI d. C. *Digesto de Justiniano, Tomo I. Constituciones preliminares y Libros 1-19*, versión castellana por A. d’Ors, F. Hernández-Tejero, M. García Garrido y J. Burillo, Pamplona, 1968, pág. 45.

23. A. D’ORS, *Derecho Privado Romano*, Pamplona, 1968, pág. 14.

nifican y articulan el Arte del Derecho. La *Iuris-prudentia* es la ciencia, el arte de los *iuris-prudentes*, los que poseen *auctoritas*, es decir, prestigio por su ciencia y prudencia, su sensatez, su honradez. Cosa distinta es la *potestas* a la que hemos aludido al referirnos a la espada en manos del icono de la Justicia.

Todo Arte y toda Ciencia necesitan y se instrumentan a través de técnicas, es decir, procedimientos y recursos de los que se sirven. Arte y Ciencia necesitan de las técnicas para encarnarse en la realidad social. Aunque más adelante haré alguna reflexión sobre las consecuencias que esto acarrea al Derecho, creo oportuno hacer ahora dos consideraciones:

1ª) Que la Ley y el Derecho afectan a la existencia de cada ser humano, desde antes de su nacimiento (vgr. derecho a la vida, tratamiento jurídico del *nasciturus*, del concebido aún no nacido), durante el curso de sus años y aun después de muerto (vgr. sucesión). Pocas otras Artes o Ciencias se proyectan tan extensamente –aunque ocasionalmente, lo puedan hacer de manera muy intensa– sobre cada persona. Acaso junto al Derecho sea la Moral el orden más largamente interesado por el hombre, puesto que abarca desde la adquisición de la condición de sujeto moralmente responsable –temporalmente más tardía que la condición de sujeto de Derecho– hasta situarse en el mundo de la trascendencia.

Como consecuencia o fruto natural de esta realidad, sucede que todo el mundo cree y quiere saber algo de Derecho, que todo el mundo tiene su propia percepción de lo que es legal o ilegal, justo o injusto, sobre todo si le afecta directamente. Porque el Derecho es una realidad omnipresente, cercana, influyente, y aun decisiva, en la vida personal y social²⁴.

En el diálogo *Protágoras* de Platon se comenta este acceso universal a las ideas políticas y de lo justo e injusto²⁵. Aristóteles consideró como un carácter fundamental y

24. RECASENS SICHES escribe: “el ser humano es afectado por el Derecho de tres maneras: A) En tanto que es salvaguardado, defendido y regulado día a día por normas jurídicas, que protegen su vida, su integridad física, sus posesiones, su trabajo, su libertad, etc. B) En tanto que es objeto o sujeto del mecanismo jurisdiccional, por ejemplo, al ser acusado de la comisión de un delito, o al iniciar un pleito civil o laboral, o al ser demandado en un litigio. C) Y, en la medida en que viva bajo un régimen democrático, en tanto que puede ejercer alguna influencia en la configuración del Derecho, propugnando reformas, afirmando intereses de grupo, o emitiendo su voto en las elecciones; así como asumiendo y respaldando la responsabilidad de aquellos actos que sus representantes realicen, en nombre y por cuenta de la autoridad del pueblo”, en *Introducción al estudio del Derecho*, México, 1970, pág. 58.

25. “Así, pues, Sócrates, por estos motivos tanto los atenienses como los demás, cuando el tema versa sobre la virtud relativa a la construcción o sobre la de algún otro oficio, creen que a pocos les asiste el derecho a la deli-

específico del ser humano el “sentimiento jurídico” del que nos hablan con frecuencia los filósofos del Derecho.

G. del Vecchio lo concibe como una “facultad originaria, no deducible de la experiencia, de distinguir la justicia de la injusticia”, ... “un poder autónomo e insuprimible de juzgar sobre lo justo y lo injusto” ..., de suerte que “nuestras valoraciones jurídicas pueden también prescindir de las positivas y contraponerse a éstas.... En vano se ha querido afirmar que sólo al Estado compete el valorar lo justo y lo injusto... Lo cierto es que ninguna prohibición podría impedir a la conciencia humana el proceder de modo autónomo al valorar lo justo, ni podría destruir nuestra facultad natural de sentir como injusta una determinada ley, aunque esté vigente”²⁶.

Otros artes y saberes (vgr. la Ingeniería aeroespacial, la Física cuántica, la Historia de los hititas, la Química orgánica, la Filología sánscrita, la Nanotecnología) parecen vedados a los no especialistas; cuando llega el caso –si es que llega– de entrar en contacto con ellos, se confía a ciegas en lo que diga el experto correspondiente. Sin embargo, en cuestiones jurídicas se oye la opinión propia, las de los amigos y conocidos, la de los familiares, la de vecinos, compadres y entrometidos... y puede que la de algún abogado “de confianza”.

El Derecho –y esto no debe entenderse sólo como una valoración negativa, sino, tal vez, como una de sus grandezas– es más accesible a la opinión y a las percepciones subjetivas. Versa sobre intereses tan vivos como comunes.

2ª) Otra consideración a tener presente es que, desde el campo mismo de la Ciencia del Derecho, se ha cuestionado –y de maneras diversas– la propia existencia y naturaleza de la Ciencia del Derecho y de la relación Derecho-Justicia²⁷.

En 1847 un joven fiscal prusiano, Julius Hermann von Kirchmann, pronunció aquella conferencia por la que ha pasado a la Historia de la literatura jurídica: “La Jurisprudencia no es Ciencia”.

beración, y si alguien ajeno a estos pocos da consejos, no lo admiten... pero cuando van a deliberar de la virtud política, toda la cual se debe abordar con justicia y sensatez, con razón admiten a cualquier persona creyendo que, si no participan todos de esta virtud no habrá ciudades,... todos los hombres piensan que cualquier persona participa en la justicia y del resto de la virtud política...”

26. *Filosofía del Derecho*, tomo II, Barcelona, 1936, pág. 251.

27. *Vide*, vgr., J. RAZ, R. ALEXI y E. BULYGIN, *Una discusión sobre la teoría del Derecho*, Madrid, 2007.

Desde una concepción confusa del Derecho Natural y una tendencia historicista, ante el ya triunfante Positivismo Jurídico, pensó que “un pueblo podrá vivir sin ciencia jurídica, pero no sin Derecho..., aunque no tenga Jurisprudencia, tendrá un saber acerca de su Derecho. Pero este Derecho no constituye una ciencia...”. La ley positiva es una “figura híbrida, compuesta de ser y saber, que desliza entre el Derecho y la Ciencia, alcanzando a ambos con sus funestas consecuencias... Por obra de la ley positiva, los juristas se han convertido en gusanos que solo viven de la madera podrida, desviándose de la sana establecen su nido en la enferma”... “He aquí, pues, el triunfo de la ciencia jurídica: 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”²⁸.

Del Vecchio entendió que esta tesis “que es considerada como expresión típica del realismo jurídico, encuentra el fundamento del Derecho en el sentimiento de respeto (*achtung*), esto es, en el temor reverencial hacia la autoridad constituida”, y por tanto, “ninguna especulación racional puede ser contrapuesta por el individuo al hecho de la autoridad imperante...”²⁹. En esta manera de pensar, se entiende o afirma, en definitiva, que la Justicia se identifica con la Legalidad.

Y es que Hegel³⁰ había diseñado el escenario en que habrían de moverse, con comodidad, todos los autoritarios y totalitarios que en el mundo han sido y son, se proclamen o no demócratas de derechas o de izquierdas o de “terceras vías”.

Kirchmann se inserta en un proceso dialéctico de búsqueda del ser del Derecho³¹, que, partiendo de “la vocación de nuestra época por el Derecho” de F. K. Savigny (1814), pasó por la “lucha por el Derecho” de Rudolf von Ihering (1872)³², la tesis del

28. *Op. cit.*, págs. 33, 34, 49, 54 y 70.

29. *Op. cit.*, pág. 253.

30. “Ahora bien, eso esencial, la unidad de la voluntad subjetiva y de lo universal, es el orbe moral y, en su forma concreta, el Estado. Este es la realidad en la cual el individuo tiene y goza su libertad; pero por cuanto sabe, cree y quiere lo universal. El Estado es, por tanto, el centro de los restantes aspectos concretos: derecho, arte, costumbres, comodidades de la vida... Al contrario, el derecho, la moralidad y el Estado son la única positiva realidad y satisfacción de la libertad... Sólo en el Estado tiene el hombre existencia racional... El hombre debe cuanto es al Estado. Sólo en éste tiene su esencia. Todo el valor que el hombre tiene, toda su realidad espiritual la tiene mediante el Estado., el Estado es la vida moral realizada...Podría decirse que el Estado es el fin y los ciudadanos sus instrumentos”, *Lecciones sobre Filosofía de la Historia Universal*, Madrid, 1982. En el mismo sentido, en *Filosofía del Derecho* (con prólogo de K. Marx), Buenos Aires, 1968, págs. 212– 215.

31. Ver exposiciones y análisis de estas maneras de pensar en BODENHEIMER, *Teoría del Derecho*, Méjico, 1964; BATIFFOL, H., *La Philosophie du Droit*, Paris, 1970; HERNÁNDEZ GIL, *Metodología de la Ciencia del Derecho*, Madrid, 1971.

32. *Vid. ¿Es el Derecho una ciencia?*, Granada, 2002 y *El fin del Derecho*, Granada, 2000. Con gran nivel doctrinal e ironía, su obra *Bromas y veras en la Ciencia Jurídica*, Madrid, 1987.

“Derecho justo” de Stammler (1886)³³, la concepción del Derecho Privado al servicio de los intereses sociales de Otto von Gierke (1889), la propuesta de la “Escuela Libre del Derecho” de François Geny³⁴, Ernst Fuchs y Hermann Kantorowicz³⁵, la “Jurisprudencia de intereses” de Philip Heck³⁶ y la Teoría Pura del Derecho de Hans Kelsen.

Kelsen, en su pretensión de establecer el verdadero fundamento de la fuerza de obligar del Derecho, plantea el divorcio entre las ideas de Justicia y Derecho: “Derecho (es decir, una ordenación válida obligatoria) es el Derecho positivo –según su propio sentido inmanente–, independientemente de esa relación con el Derecho Natural; es decir, también cuando a causa de su contradicción con éste es valorado como injusto... Pues la fuente de una norma no es otra cosa que su razón de validez específica”³⁷. “Las normas jurídicas –escribió– no son válidas porque ellas o la norma básica tengan un contenido cuya fuerza obligatoria sea evidente por sí misma. No son válidas por el valor intrínseco de la exigencia que de las mismas emana. Las normas jurídicas pueden tener un contenido de cualquier clase. No hay ninguna especie de conducta humana que, por su misma naturaleza, no pueda ser convertida en un deber jurídico correlativo con un derecho subjetivo. La validez de una norma jurídica no puede ser discutida sobre la base de que su contenido es incompatible con algún valor moral o político. Una norma jurídica es válida en cuanto ha sido creada de acuerdo con determinada regla y sólo por ello”³⁸.

Para el maestro de Viena, “Los únicos juicios de valor que la ciencia del Derecho podría pronunciar teóricamente son aquellos que comprueban la conformidad u oposición entre un hecho y la norma jurídica. El hecho sería entonces declarado lícito o

33. Fundador de la nueva filosofía iusnaturalista alemana (1856-1938). Distinguía entre el “concepto del Derecho” (querer colectivo, entrelazante, inviolable y autárquico, obligatorio) y la “idea del Derecho” (realización de la justicia; la norma es justa si consigue una armonía entre los propósitos del individuo y los de la sociedad, comunidad de hombres libres). Vid. *Rechtsphilosophie*, 1928 (trad. española de W. Roces, Madrid, 1930).

34. *Méthodes d'interprétation et sources en Droit privé positif*, 1932.

35. Sostuvieron que en el Derecho legislado o jurisprudencial siempre habrá lagunas que tiene que colmar el juez, para lo cual debe acudir a convicciones éticas y al sentido de justicia dominante en el tiempo y lugar en que actúa.

36. *Begriffsbildung und Interessenjurisprudenz*, 1932. El juez debe averiguar cuáles son los intereses que el legislador trató de proteger por la norma y éstos son los que deben prevalecer.

37. *The Pure Theory of Law and Analytical Jurisprudence*, Harvard Law Review, vol. LV, n.º. 1, nov. 1941.

38. *Teoría general del Derecho y del Estado*, México, 1969, pág. 133. También en *¿Qué es Justicia?*, Barcelona-Buenos Aires, 1993.

ilícito, legal o ilegal, constitucional o anticonstitucional”... “El que considera justo o injusto un orden jurídico o alguna de sus normas se funda, a menudo, no sobre una norma sino sobre una moral positiva, es decir, no sobre una norma que ha sido ‘puesta’, sino sobre una norma simplemente ‘supuesta’ por él”... “La justicia absoluta es un ideal irracional. Por indispensable que pueda ser a la voluntad y a la acción, escapa al conocimiento racional, y la ciencia del Derecho sólo puede explorar el dominio del Derecho positivo”³⁹.

Y todo ello, porque “la Teoría Pura del Derecho es una teoría del Derecho positivo; es teoría general del Derecho, no una exposición o interpretación de un orden jurídico particular... Es difícil liberar el concepto de Derecho de la idea de justicia, porque ambos están constantemente confundidos, tanto en el pensamiento político como en el hablar corriente y también porque esta confusión coincide con la tendencia que permite al Derecho positivo aparecer como justo... Pero la Teoría Pura del Derecho simplemente se declara incompetente de dar una respuesta sea al problema de si un Derecho dado es justo o no, o a ese otro más fundamental de qué es lo que constituye la justicia. La Teoría Pura del Derecho –que es una ciencia– no puede resolver estos problemas porque científicamente no pueden ser resueltos de ninguna manera”⁴⁰.

Decíamos que el Arte del Derecho se dirigía y justificaba por el intento de lograr la Justicia. Pero de las posiciones doctrinales que acabamos de analizar brevemente resulta que o no es Ciencia o, si es Ciencia, no puede pretender otra cosa que construir bien la validez de las normas, sean éstas justas o no.

Me declaro un admirador de la obra, extensa y grandiosa, de Kelsen; debe ser leída y pensada. Algunos lo consideran el jurista más lúcido del siglo XX. Si le he traído a colación aquí es precisamente porque es una figura paradigmática, representativa del pensamiento jurídico moderno y de enorme influencia.

Pero, a la vez, tengo una amplia discordancia con aspectos sustanciales de su obra.

La experiencia intelectual y vital de Kelsen puede ser calificada de trágica. El fue un demócrata y liberal, profeso y activo⁴¹, luchó contra el fascismo y el nazismo. Por ello sufrió afrentas y persecución. Pero su concepción del Derecho, apegada al

39. *Teoría pura del Derecho. Introducción a la ciencia del Derecho*, Buenos Aires, 1968, págs. 56, 57, 59 y 62.

40. *The pure Theory...* cit. En el mismo sentido, en *Teoría general...* cit., pág. 6, y en la obra citada en la nota anterior, pág.13.

41. *Vid.*, su pensamiento, entre otras obras, en *Esencia y valor de la Democracia*, Barcelona 1977, con Nota preliminar de Ignacio de Otto.

positivismo (ciertamente, llamado “crítico”) no imposibilitaba los razonamiento del autoritarismo, del despotismo, del horror nazi.

Si el Derecho es sólo el positivo, si el valor Justicia es una referencia ideológica de la que debe ser liberado el concepto del Derecho, ¿qué oponer a la legalidad válida, a la fuerza de obligar de aquella norma que establecía “la Ley suprema en el Reich es la voluntad del Führer”, o aquella otra afirmación de que el que gobierna sólo responde ante Dios y la Historia?

En la casi obsesiva negación kelseniana del Derecho Natural –hay que reconocer los, a veces, pintorescos abusos de sus defensores–, con el vaciado (visto como “liberación”) del Derecho de valores y referencias que se perciben como impurezas, con la reducción de la obligatoriedad de las normas a un mecanismo de estructura perfecta y jerarquizada, sin mezcla de ideologías políticas, morales, religiosas, etc., se había aportado un nido para el huevo de la serpiente. Si la legalidad (es decir, el mandato apoyado en quien tiene fuerza para hacerlo cumplir) lo es todo y en ella se agota lo pura y verdaderamente jurídico, siempre que tenga detrás un poder que le dé validez (no importa que sea una asamblea democrática o un tirano⁴²), los juristas estamos a bordo de una nave excelente, pero hemos perdido el rumbo⁴³. Y con nosotros la sociedad.

Después vendrán los llamados “realismos”, los usos o abusos alternativos del Derecho y otras epidemias. Y, más recientemente, la “deconstrucción de la Justicia” de Derrida y el “Postestructuralismo” de otros⁴⁴.

Con matices por mi parte, creo que, como ha indicado Friederich, después de la II Guerra Mundial lo “que realmente ha resurgido es un poderoso sentido de la ne-

42. Kelsen, que considera a la Constitución como *grundnorm* (norma fundamental) de todo el sistema, escribe: “Si inquirimos por qué la Constitución es válida, tal vez encontraremos su fundamento de validez en otra Constitución más antigua. Llegaremos finalmente a una constitución que es históricamente la primera y que fue establecida por algún usurpador o por alguna especie de asamblea. La validez de esta Constitución es el supuesto último, el postulado final de que depende la validez de todas las normas de nuestro sistema jurídico. Se prescribe que uno debe conducirse en la forma en que ordenaron el individuo o los individuos que establecieron la primera Constitución. Esta es la norma fundamental del orden jurídico en cuestión”, *Teoría general...* cit, pág. 135.

43. GONZALEZ VICÉN, F., del que fui alumno en la Universidad de La Laguna, clasificó las diversas direcciones del pensamiento positivista: 1) La historicista (Savigny); 2) El positivismo imperativista o normativista (Ihering); 3) El realismo jurídico (Jung, Weigeling, Ross, O. W. Holmes), en “Sobre el positivismo jurídico”, en libro-homenaje a Jiménez Fernández, vol. II, Sevilla, 1967 y en *Estudios de Filosofía del Derecho*, La Laguna, 1979. Vid. así mismo HOERSTER, N., *En defensa del positivismo jurídico*, Barcelona, 1992; BOBBIO, N., *El positivismo jurídico*, Madrid, 1993.

44. *Deconstruction and the possibility of Justice*, Londres, 1992. Exposición de estas tendencias en Timothy A. O. ENDICOTT, *La vaguedad en el Derecho*, Madrid, 2006.

cesidad que en el pasado dio vida a la doctrina de la ley natural: la necesidad de una norma de justicia que permita evaluar la ley positiva”⁴⁵.

El Derecho –pienso– no puede ser una “mónada” (Leibnitz *dixit*) aislada, completa, autárquica, que sobrevuela sobre la cultura, los ideales y las ideas, los intereses de los seres humanos. Necesita y tiene siempre unas referencias humanas, políticas, éticas, un cuadro básico de valores, desde los que se crea y desde los que es enjuiciado y socialmente auditado. Con todas las dificultades que ello entraña, el empeño por lograr la Justicia es lo que da sentido al Derecho.



VI. LA ENCARNACIÓN DE LA JUSTICIA

Mitologías, iconografía y teorizaciones aparte, la Justicia –que, recordemos, se marchó de la Tierra– necesariamente se sienta todos y cada uno de los días en el escritorio del juez que dicta sentencia, del abogado que defiende una causa, de la corporación, autoridad o funcionario que adoptan una resolución, hacen una liquidación de impuestos, imponen una sanción, otorgan una licencia administrativa... Es así y ahí como la Justicia se encarna.

En nuestra Universidad del Siglo de Oro, cada profesor solía impartir, al comienzo del curso, una primera lección que era conocida como la “prelectio”. Y así, por ejemplo, de los apuntes de tomados por los alumnos que siguieron las “prelecciones” de Francisco de Vitoria en la Universidad de Salamanca nació el Derecho Internacional moderno. En la “prelectio” el docente exponía una síntesis de las tesis que iba a desarrollar durante el curso.

En tono de “prelectio” de un curso que no daré –ya en vísperas de mi “dormición” académica (administrativamente se dice de otra manera)– quiero finalmente –a modo de explicación más que de justificación– hacer, con trazos rápidos, unos breves esbozos sobre los problemas que se cruzan y hacen no fácil el camino de “la encarnación” de la Justicia.

45. *La Filosofía del Derecho*, México-Buenos Aires, 1964, pág. 271.

Espero que puedan servir para aquilatar con justeza –no para eliminarlos ni desoírlos– los acerados reproches que hemos leído y escuchado en relación con los juristas y el Arte del Derecho, y como invitación a una mejor comprensión, exigente y misericordiosa a la vez, de las dificultades, necesidad y grandezas que tiene la función social de hacer y aplicar el Derecho.

El Derecho tiene dolencias y padece asechanzas –no sé si llamarlas “esenciales” u “ópticas”– estructurales y funcionales, que, sumadas a las torpezas, debilidades y pasiones de quienes lo elaboran, interpretan y aplican, hacen posible –y, al menos en parte, razonable– la desconfianza y el rechazo social de que hemos hablado.

Tomando la expresión de Pablo de Tarso, podemos decir que el Derecho es “un tesoro que guardamos en vasijas de barro”.

Lograr la Justicia en las relaciones sociales de quienes viven en Estado es un ideal universalmente admitido. Incluso por quienes quieren liberar al concepto de Derecho del de Justicia. Esta es el tesoro a lograr y cuidar, pero las vasijas de barro son:

1) El Derecho es un Arte humano

El Derecho no baja de los Cielos ni del Olimpo⁴⁶. Lo ideamos, expresamos y aplicamos hombres y mujeres, de carne y hueso, de inteligencia excepcional, mediocre o escasa, capaces de las mejores intenciones y de refinadas malicias, transidos de intereses de todo tipo, con sabiduría jurídica y capacidades muy variadas.

Heinecke⁴⁷ hizo una expresiva clasificación de las gentes de Derecho: *Legistas* (conocen la ley pero no saben interpretarla ni aplicarla), *jurisperitos* (conocen el Derecho y saben interpretarlo pero no aplicarlo), *jurisconsultos* (conocen el Derecho y saben interpretarlo y aplicarlo) y *rábulas* (no conocen el Derecho pero lo interpretan y aplican con gran desenvoltura). El Diccionario de la R.A.E. llama ‘rábula’ al “abogado indocto, charlatán y vocinglero”.

46. “El Derecho no es una verdad revelada; no se descubre de pronto en virtud de iluminación alguna, se logra con esfuerzo y con esfuerzo colectivo, a partir de una interacción constante de todos los individuos que componen el cuerpo social...”, A. NIETO y T. R. FERNÁNDEZ, *El Derecho y el revés. Diálogo epistolar sobre leyes, abogados y jueces*, Madrid. 1998, pág. 26.

47. Johann Gottlieb Heinecke (1681-1741), también conocido por su nombre latinizado Heineccius (castellanizado, Heinecio), jurista y filósofo alemán, fue profesor de la Universidad de Halle y consejero del rey de Prusia. *Vid.* reseña de su biografía y obras, por Pedro de Pablo Contreras, Vol. II de la obra *Juristas universales*, Madrid, 2004, pág. 522.

Los abogados que actúan ante los tribunales de Castel Capuano (Palacio de Justicia de Nápoles) han sido clasificados popularmente en cinco categorías: los *abogados* normales, los *abogados de grito*, los *arrastrasuntos* (cuando consiguen un cliente le hacen todo tipo de gestiones para multiplicar las minutas), los *jóvenes de estudio* (semejantes a los pasantes) y los *paglietta* (sofistas, fanfarrones desatinados, más o menos los rábulas⁴⁸).

Los juristas no son todos iguales, ni todos el mismo con variantes. Tampoco todos fungibles o intercambiables.

No lo debía entender así doña Antonia de Ipañarrieta. Existen dos cuadros de Velázquez que representan, por separado, a los cónyuges de un matrimonio. Aunque algunos detalles (y pruebas radiológicas) suscitan dudas y contradicciones en los expertos, parece que pudo suceder lo siguiente: doña Antonia de Ipañarrieta y Galdós convino con el pintor en 1624 la confección de dos retratos: el propio y el de su esposo, el magistrado don García Pérez de Araciel, que apareció en el lienzo con la toga y demás signos de su profesión. El esposo falleció. Tres años más tarde doña Antonia contrae matrimonio con otro magistrado, don Diego de Corral y Arellano. El pintor –o acaso su taller– reciben un nuevo encargo de doña Antonia: que añadan a su retrato la figura de un hijo, tenido en su segundo matrimonio, y que, en el retrato del esposo difunto, se cambie el rostro por el del nuevo⁴⁹. Sabemos que el retrato del primer marido existió, pero no se conserva, lo cual –para algunos– es un indicio de que fue repintado cambiando el rostro del magistrado fenecido por el de su “sucesor”.

Psicólogos y juristas han hecho lúcidos y variados análisis sobre la psicología del hombre de Derecho⁵⁰. Han entendido que la complejidad de su vida está directamente relacionada con la idea misma del Derecho y la trinidad justicia-seguridad-finalidad. Spranger entendía que la Justicia tiene la propiedad de dar base a una conducta idealista y progresiva con respecto al Derecho; la seguridad, determina una conducta positivista y conservadora. Frente al sentido de la Justicia surge el sentido del Derecho como expresión de orden. (Recordemos a Goethe: “prefiero la injusticia al desorden”.)

48. Luciano DI CRESCENZO, *Historia de la Filosofía Griega...*cit., pág.208 y ss. “*Paglietta*” es el nombre de un collarín azulino usado en el siglo XVIII.

49. Vid. Jonathan BROWN, *Velázquez*, Madrid, 1992, pág. 139; J. GUDIOL, *Velázquez*, Barcelona, 1982, págs. 155-156-157 y 330; J. LÓPEZ REY, *Velázquez. Obra completa*, Köln, 1999, págs. 134 a 137.

50. Vid. G. RADBRUCH, *Filosofía del Derecho*, 4^a ed., Madrid, 1959, pág.129 y ss.

Hay quienes piensan que existen diferentes resortes psicológicos respecto de los acontecimientos jurídicos en los juristas y en los profanos, los legos en Derecho: el jurista matiza, con base en la seguridad jurídica, su resistencia ante una injusticia sustentada en el Derecho o la legalidad establecidos; el profano⁵¹ no suele resignarse a lo que considera una injusticia y no se aquieta porque le digan que la exige la seguridad jurídica, y pasa del desencanto a la ironía y al resentimiento.

En el hábito de conceptualizar, en tratar siempre de encajar la realidad de la vida en los conceptos jurídicos, en el debate entre justicia y seguridad, suele verse la dificultad del jurista para comprender y ser comprendido.

De todas maneras, la degeneración del jurista (el estar de espaldas a la vida) “surge cuando el hombre de Derecho, por la justicia y la seguridad, olvida el tercer aspecto de la idea del Derecho, la finalidad”, porque... “si por el pensamiento de la justicia y la seguridad se aproxima al hombre teórico, por el pensamiento de la finalidad está emparentado con el hombre social y también con el político”⁵². “Un buen jurista dejaría de serlo si, en todo momento de su vida profesional no fuera consciente de la necesidad y a la par de la profunda fragilidad de su profesión”, según Rehbinder⁵³.

2) Es un arte histórico y cultural, nacido y vivido en y para el tiempo

No entraremos ahora a valorar las posiciones de la llamada Escuela Histórica, ya apuntadas, entre otros, por Montesquieu⁵⁴ y amplia y brillantemente desarrolladas por F. K. von Savigny y sus seguidores. Entendieron que el Derecho era emanación del “Volkgeist”, el espíritu de cada pueblo, su historia, su tradición, sus costumbres, sus valores.

51. Manfred REHBINDER propuso medidas para eliminar el desconocimiento del Derecho por parte del público. *Sociología del Derecho*, Madrid, 1981, pág.183.

52. *Ibidem*, pág. 134.

53. *Ibidem*, pág. 143.

54. La Escuela Histórica trae sus raíces ideológicas de Voltaire, Hume, Burke, Schelling. Montesquieu en *El espíritu de las leyes* expresó que las leyes no nacen como ordenaciones racionales sino que “derivan de la naturaleza de las cosas”, entendiendo por tal el clima, la calidad de la tierra, los regímenes económicos, el bienestar, la religión, las costumbres y otros factores.

Pero cierto es que el Derecho positivo nace, vive, se usa o cae en desuso, y muere en la Historia, en el que llamó Ihering el “escarpado suelo de la historia”⁵⁵. Cicerón afirmó *ubi societas, ibi ius*; añadiríamos *sicut societas, sic ius*.

Las normas positivas son un producto cultural, “en tanto que son vividas,... en tanto que son cumplidas... y en tanto que, llegado el caso, son individualizadas por los órganos jurisdiccionales... constituyen una parte de la cultura de un pueblo... porque personas vivas reproducen unas determinadas pautas culturales y, en su caso, las transforman”⁵⁶.

Esta historicidad del Derecho, en el sentido de que viene de un pasado, se vive en un presente y proyecta un porvenir, se manifiesta, por ejemplo, en el art. 3.1. del Código Civil como norma básica para la interpretación de nuestras normas positivas: “se interpretarán, según el sentido propio de las palabras, en relación con el contexto (método literal o gramatical), *los antecedentes históricos y legislativos y la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas*, atendiendo fundamentalmente al espíritu y finalidad de aquellas (método teleológico)”.

La historicidad encierra virtualidades positivas y negativas. Permite excelentes lecturas interpretativas, pero hace posible –por voluntad de los intérpretes– desviaciones, incluso contradictorias con las palabras y con el espíritu y finalidad de las normas. La pretensión de lograr la Justicia en el caso concreto puede encontrar aquí su apoyo, pero cabe que quien aplica la norma se convierta en un mero servidor de su propia opinión o de la opinión que considere dominante o que, de alguna manera, le viene dictada.

Y ello abre un filón, no sólo a la crítica técnico-jurídica sino también a la desconfianza e incomprensión de los legos en Derecho. Como dijera Montesquieu (el enterramiento de cuyo pensamiento desean algunos, por lo molesto que les resulta), “el juez es la boca que dice la palabra de la ley”. La palabra es la de la ley, que –pese a los problemas que ello comporta– es más segura para el ciudadano que las ocasionales ocurrencias de algunos de sus aplicadores.

55. *¿Es el Derecho una ciencia?* cit., pág.68.

56. RECASENS SICHES, *Introducción...* cit., pág. 26. Como consecuencia el Derecho aparece doblemente determinado: por lo normativo y por lo colectivo (pág. 28).

3) El Derecho requiere formalización: su necesidad y sus problemas

Lo que genéricamente llamamos legalidad (ley, costumbre, principios generales), para su propia existencia –es decir, vigencia– necesita algún mecanismo de formalización, una especie de epifanía social, su conformación mediante mecanismos convenidos (la manifestación de la voluntad del legislador, la publicación, la práctica uniforme, reiterada y constante, etc.). Y esto no sucede del modo en que Lope de Vega se refería a algunas de sus obras, que “en horas veinticuatro pasaron de las Musas al Teatro”.

La formalización de las normas jurídicas requiere procedimientos y requisitos que pueden comportar dilatados espacios de tiempo y la participación de diversos agentes creadores.

En el caso de las normas escritas (la ley), la norma necesita del acierto en la expresión lingüística. Nuestros ancestros liberales creyeron que, para la superación del sistema legal del Viejo Régimen, la ley había de nacer de los representantes del pueblo soberano (no dictadas por el monarca absoluto), había de ser general (frente a los antiguos privilegios), y había de ser escrita y publicada para su general conocimiento⁵⁷.

Pero ley escrita no quiere decir lo mismo que ley completa (que prevea todos los supuestos posibles), ni ley absolutamente clara por la perfección de sus expresiones, ni ley que –como consecuencia de lo anterior– no suscite dudas.

Toda norma jurídica necesita **interpretación**: la operación intelectual –con muchas consecuencias en la práctica– de subsumir los hechos en la norma. El Derecho, la práctica jurídica ha ido estableciendo a través del tiempo métodos (literal o gramatical, histórico, sistemático, lógico, teleológico o finalista, etc.) y, dentro de ellos, toda una panoplia de reglas de interpretación.

Interpretar es –hemos dicho– subsumir **los hechos** en la norma para aplicársela. Pero, ¿cuáles son los hechos? Los hechos tienen que ser probados y apreciados, es decir valorados. **Valoración y apreciación de las pruebas** son actividades, a veces, de una gran dificultad. Así, por ejemplo, el art. 741 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal dispone que “el Tribunal, *apreciando según su conciencia* las pruebas practicadas en el juicio, las razones expuestas por la acusación y la defensa y lo manifestado por

57. HUARTE DE SAN JUAN (1529-1588) en *Examen de los ingenios para las ciencias*, editado en Baeza en 1575 escribe: “*Ser la ley justa y racional, y que provea enteramente para todo lo que puede acontecer, y que se escriba en términos claros, y que no tenga dubios ni opuestos, y que no reciba varios sentidos, no todas veces se puede alcanzar; porque, en fin, se estableció con humano consejo, y éste no tiene fuerza para dar orden a todo lo que está por venir*”, edición preparada por J. R. Corpas Mauleón, Pamplona, 2003, pág. 189.

los mismos procesados, dictará sentencia...”. Y el art. 376 de la Ley de Enjuiciamiento Civil –refiriéndose a la valoración de las declaraciones de testigos– dice que los tribunales la harán “conforme a las reglas de la sana crítica”. Apreciación según la conciencia, sana crítica... Por ese camino nos acercamos al amplio catálogo de los llamados “conceptos jurídicos indeterminados”, que, finalmente, han de ser concretados *in specie*, en cada caso.

El sentido común, la equidad, la razonabilidad son instrumentos imprescindibles para la formulación u justificación de las decisiones jurídicas y para su “simpatía” social.

¿Cómo explicarle y hacerle comprender y aceptar a aquel montañés que entró con su oso amaestrado en la estación del ferrocarril de un pueblecito alemán, que le era de aplicación el mandato de un cartel, existente en el andén, que prohibía el acceso con perros? “La prohibición habla de perros. Mi oso no es un perro”, le razonaba al Jefe de estación.

La determinación del contenido de las normas, su interpretación y aplicación, percibidas por un jurista, son una extraordinaria riqueza de la técnica del Derecho, pero abren también un espacio a la desconfianza y a la alarma social del común de los mortales.

El Derecho es terreno abonado para lo que ya desde tiempos muy antiguos se llamó las “aporías de la Justicia”, es decir, para la perplejidad suscitada por la presentación (a veces, incluso, muy brillante) de dos afirmaciones racionalmente sustentables, si bien opuestas.

El escritor y médico, navarro de Ultrapuertos, Juan Huarte de San Juan afirmaba que “si el jurisperito ha de tener atado el entendimiento y la imaginación a seguir a lo que dice la ley sin quitar ni poner, es cierto que esta facultad pertenece a la memoria... Por donde me parece que es mejor diferencia de ingenio para el legista tener mucha memoria y poco entendimiento que mucho entendimiento y poca memoria... Y, así, es cierto que la teórica de la jurisprudencia pertenece a la memoria, y no al entendimiento ni imaginativa”⁵⁸.

Precisando más su pensamiento, dice Huarte: “...es menester que en el juez o en el abogado haya mucho entendimiento... Esto no lo pueden hacer los letrados de mucha memoria... Las tiseras del buen abogado son el entendimiento agudo... Los

58. *Op. cit.*, págs. 187-189.

legistas que alcanzan tal ingenio y habilidad no deben ser llamados *letrados*. Porque no construyen la letra ni están atentos a las palabras formales de la ley; antes deben ser llamados *legisladores o jurisconsultos...*”⁵⁹.

4) La técnica jurídica es imperfecta e incompleta y sigue con dificultad a las realidades sociales

Con frecuencia sucede que la norma jurídica queda desfasada de la realidad social. Puesto que está sometida a la formalización de que hemos hablado y –pese a la tarea de acomodación al tiempo que realiza, especialmente, la jurisprudencia–, lo legislado o lo consuetudinario se comportan como la “foto fija” de una realidad social, que es muy dinámica, cambiante y movediza.

Se producen entonces lo que se ha llamado las “zonas de sombra”, es decir, actos y negocios jurídicos que se realizan, instalan y funcionan en la vida práctica *extra legem*, es decir, sin cobertura legal, sin que el legislador haya producido normativa al respecto. La realidad social va por delante, se le ocurren más cosas y antes que al legislador. A veces, el legislador va un poco con la lengua fuera tratando de alcanzar el paso de la sociedad.

No es menos cierto que, en otros casos, el legislador produce regulaciones que quedan sin seguimiento social, porque no responden a necesidades reales o no son las soluciones adecuadas, o que, siendo útiles durante un tiempo, después decaen y, entonces, estamos ante el problema del desuso. A veces, también se legisla en “noches de vino y rosas”.

5) Maquinaciones de diverso tipo acechan a las normas jurídicas

La condición humana de los agentes de las relaciones jurídicas y de los profesionales del Derecho ocasiona, también con cierta frecuencia, manipulaciones de la normativa positiva vigente, mediante la utilización de un envoltorio formal irreprochablemente legal, para obtener y encubrir finalidades o resultados diametralmente opuestos a los queridos por el legislador, incluso totalmente contrarios a la *mens legislatoris* y, por tanto, desviados y opuestos a los fines de la legalidad. Se juega torticeramente con las palabras de la ley para violar su espíritu.

59. *Op. cit.*, pág. 190.

Es lo que sucede en figuras tales como el abuso de derecho, la desviación de poder y el fraude de ley, expedientes que tienen en común el que un particular o una autoridad pública, con apariencia de legalidad, logra burlar y quebrantar la ley. Y con un problema añadido no pequeño, por cierto: sus efectos perversos no pueden ser destruidos sino mediante pruebas que pueden resultar diabólicas, es decir, muy difíciles de obtener y de hacer creíbles.

Desde hace años, estas perversiones de la vida jurídica, que venían siendo vistas y tratadas como desvergüenzas y picaresca, moral y jurídicamente rechazables y perseguibles, se han incorporado al lenguaje y a la realidad como prácticas integradas en lo que se ha dado en llamar “ingeniería jurídica”, expresión que parece dotarlas de elegancia y respetabilidad social.

Tampoco cabe olvidar que las llamadas “nuevas tecnologías”, si bien han venido a multiplicar y optimizar los instrumentos de información y manejo de las técnicas jurídicas, tienen también virtualidades, ampliamente utilizadas, para el quebrantamiento del Derecho.

6) La ley habita cerca del poder político

Todos conocemos un viejo dicho: “¿Qué son leyes? Lo que quieren reyes”. En el pasado, y particularmente en la Monarquía absoluta, efectivamente así fue. Todavía lo es en la multitud de sistemas políticos no democráticos, ahora ya con muy pocos reyes, pero con tiranos, comandantes, grandes timoneles, padrecitos, jeques, salvadores de la patria y otras especies semejantes.

Lo cierto es que, salvo las normas jurídicas que surgen como tales espontáneamente en ciertos sistemas legales –me refiero a la costumbre–, hoy en día podemos decir que la creación de normas está asociada al poder público, cualquiera sea su origen y su ámbito.

El poder público envía papeles todos los días al Boletín Oficial del Estado y a los de las Comunidades Autónomas; formaliza la mayor parte del caudal del Derecho. “Armadura del Estado” llamó Carnelutti al Derecho⁶⁰. El poder público tiene un doble contenido: lo que puede hacer y lo que no debe hacer.

60. *Arte del Derecho. (Seis meditaciones sobre el Derecho)*, Buenos Aires, 1956, pág. 21.

El Derecho –decía Bodenheimer⁶¹– es “un término medio entre la anarquía y el despotismo”,... “en su forma pura y perfecta se realizará en aquel orden social en el que esté reducida al mínimo la posibilidad de abuso de poder tanto por parte de los particulares como por parte del gobierno”, es decir, del poder público.

El poder público y los particulares tienen capacidad de llevar a la sociedad hacia la anarquía y hacia el despotismo. El poder público, sea incumpliendo su función y deber de ordenar en justicia la vida social, sea mediante la instauración del autoritarismo o totalitarismo. Las dos tentaciones –o acaso, las dos son la misma– persistentes de todo poder. Los particulares, sea por un generalizado y alocado alejamiento de las reglas de convivencia, sea mediante la actividad de grupos oligárquicos (económicos, políticos o de otra naturaleza) que crean un desorden social en beneficio propio.

El Derecho emana de la sociedad y refleja cómo es, cómo aspira a ser, cómo la dejan o le permiten ser, con qué proyectos, valores y miserias. Pero, a la vez, le corresponde una función conformadora y también de Pedagogía y Terapéutica sociales, al servicio del bien común o del interés general (dígase como plazca).

Cuando las normas, los procedimientos, las decisiones y resoluciones judiciales o administrativas se desvían de esa función del Arte Jurídico, aparecen y se instalan en la conciencia colectiva, en el imaginario popular, en la pluma de los pensadores y de los escritores, en las conversaciones privadas... críticas fundadas, pero también desconfianza, indignación, ironía, desprestigio, lamentaciones, maledicencias sobre el Derecho y los juristas.

Oídas atentamente esas críticas, he pretendido ofrecer alguna explicación y excusa en relación con las dificultades en que la naturaleza de las cosas, las exigencias y limitaciones endógenas de la técnica jurídica y la agudeza de la inteligencia humana ponen al Arte del Derecho.



61. *Jurisprudence*, publicada en 1940 en Londres y Nueva York, y con el título de *Teoría del Derecho*, Buenos Aires-Méjico, 3ª ed., 1964, págs. 26 y 32.