

# TRES TÓPICOS FALSOS SOBRE EL DERECHO Y UN COLOFÓN PARA JURISTAS\*

Andrés de la OLIVA SANTOS\*\*

SUMARIO: I. *La tópica contraposición entre “teoría” y “práctica” en el derecho.* II. *Tópico segundo: “en derecho, todo es discutible”.* III. *Tercer tópico: el conservadurismo (pretendidamente) consustancial a la condición de jurista.* IV. *Colofón para juristas.*

1. Me parece que bien pueden interesarles algunas ideas generales, que trascienden cuestiones y problemas concretos de esta o de aquella legislación. Además, la actual es una época histórica en que a todos nos es preciso recordar —o aprender o volver a aprender— ideas verdaderamente fundamentales, mucho más que nuevos datos. Ya he expuesto en varias ocasiones las consideraciones que siguen, pero nunca enlazadas como ahora.

## I. LA TÓPICA CONTRAPOSICIÓN ENTRE “TEORÍA” Y “PRÁCTICA” EN EL DERECHO

2. Veamos, en primer término, la tópica *dialéctica teoría y práctica*, aplicada al derecho, que se ha instalado en grandes parcelas del mundo de las profesiones jurídicas, con visible influencia en la actividad editorial y en los amplios territorios de la enseñanza y de la formación, tanto públicos como privados, sin excluir siquiera los programas curriculares y extracurriculares de las universidades.

\* Conferencia, seguida de coloquio, pronunciada el día 13 de febrero de 2004 en el Auditorio del Centro Cultural Chiapas, “Jaime Sabines”, Tuxtla Gutiérrez, México, por invitación de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, como actividad de la Casa de Cultura Jurídica de dicha Suprema Corte.

\*\* Catedrático de derecho procesal, Universidad Complutense, Madrid.

3. Lo que quiero y debo decir, sin ambages, es que esa dialéctica es profundamente errónea y perturbadora del trabajo jurídico. Si bien se mira, no se conocen seres humanos con práctica que no responda a alguna teoría, aunque se conozcan seres humanos muy idóneos para pensar (y dedicados fructíferamente a ello) y poco hábiles en la *aplicación* de los conocimientos teóricos. Pero, en cuanto al derecho, para ser muy práctico y enemigo de la teoría hay que convertirse en un “mono con pantalones”, por utilizar la gráfica expresión de C. S. Lewis. Sólo los monos (y otros animales parecidos) pueden estar sumamente bien adiestrados y alcanzar algunas habilidades prácticas repetidas sin ninguna teoría subyacente.

Como quiera que el saber o la teoría jurídicos son, por esencia, un saber o una teoría *sobre* y *para* la vida humana en cuanto necesitada de orden y justicia (es decir, sobre la vida humana con relevancia jurídica), la teoría jurídica (la buena teoría) se ha de nutrir de la realidad humana, de la práctica. Y, a su vez, la única práctica jurídica —lo que *hacen* los sujetos jurídicos, los abogados, los jueces y magistrados, los fiscales, etcétera— que puede ser razonable —y, por tanto, a la vez humana y jurídica—, la única buena práctica jurídica, es la que se apoya en una buena teoría.

4. Por encima de su aparente ingenio y más allá de su posible intención irónica o cínica, el celebrado dicho “no hay nada más práctico que una buena teoría” encierra una afirmación de elemental conformidad con la naturaleza de las cosas.

5. En esta misma línea, no cabe entender por “profesionales del derecho” o “profesionales de la justicia” a “los prácticos”, por oposición a “los teóricos”. Profesionales del derecho” o “profesionales de la justicia” son —o somos— todos los que se ocupan, o nos ocupamos, como profesión —con mayor o menor dedicación, pero profesionalmente—, en asuntos jurídicos o en los asuntos de la justicia, que son casi todos los asuntos jurídicos en cuanto pueden ser llevados a los tribunales.

No se trata de desembarazarse de la incómoda y peyorativa etiqueta de “teórico”, aunque librarse de ella sea del todo justo y legítimo. Se trata de volver a pensar sin desvaríos. Pero no está de más, de paso, defender el trabajo teórico y, sobre todo, el universitario.

6. Valga un ejemplo, que ya he utilizado muchas veces y que, sin duda, seguiré utilizando: quien realiza bien una tesis doctoral sobre alguna cuestión con origen o reflejo en el derecho, debe conocer *todos* los casos cognoscibles en que se ha planteado esa cuestión, es decir, *todos los casos reales*, toda “la práctica”.

Porque todos los casos reales que se puedan conocer son los casos de cada una de las resoluciones judiciales —de la jurisprudencia accesible—, que ha de estudiarse exhaustivamente. La jurisprudencia importa, sobre todo, como “fuente de experiencia jurídica”, antes que como fuente de doctrina. Y la *doctrina jurisprudencial* no se capta reproduciendo las frases más repetidas en las sentencias, sino poniendo en relación los casos con las decisiones correspondientes y estando, así, en condiciones de separar la paja del grano, la genuina *ratio decidendi* de lo *obiter dictum*.

Cuando se trabaja de ese modo, la sola investigación jurisprudencial permite ya un conocimiento de la realidad mejor que el derivado de una limitada experiencia profesional. Desde luego que la doctrina o la teoría pueden ser malas. Inevitablemente será deficiente el trabajo doctrinal que desconozca la realidad, incluida la extraprocesal. Pero la práctica o la experiencia también pueden ser malas, e incluso la doctrina jurisprudencial puede estar equivocada: por eso cabe rectificarla.

7. Proyectemos lo anterior sobre la legislación. De mi maestro, el profesor Carreras Llansana (un excepcional talento jurídico, un excelente profesor y un gran abogado), tuve la fortuna de aprender que no se debe legislar como si cada abogado tuviese un solo caso y cada juez, un solo proceso. En los asuntos de *lege ferenda*, las propuestas formuladas por personas que carecen de experiencia o que no se preocupan de conocer la realidad, difícilmente pueden ser prudentes (y, desde luego, no concibo la prudencia como indecisión o apocamiento).

Pero los “prácticos”, por su parte, pueden encontrar desventajoso y censurable todo lo que les aparte de sus hábitos. Sin embargo, no siempre lo habitual, lo usual, es lo mejor. Por el contrario, pertenece al terreno de la evidencia que lo que se hace por muchas personas o por casi todas no tiene por qué ser, por ese solo motivo, ni lo mejor ni siquiera simplemente bueno.

Así, pues, el conocimiento de la realidad es imprescindible. Pero no sin capacidad para verla con espíritu crítico. Sin este espíritu, la realidad siempre arrastraría y nunca sería posible cambiarla, mejorándola.

8. En resumen: “no” a la distinción entre “derecho práctico” y “derecho teórico”, jamás seriamente explicada, pero a diario esgrimida como arma de cien filos, apta para múltiples fines, entre los que destaca la trivialización interesada y la impunidad social de la ignorancia y la necesidad. El derecho es práctico siempre. Las grandes cuestiones especulativas —a menudo no entendidas, por no estudiadas— tienen raíces y consecuencias prácticas. Los seres humanos lo son en la medida en que su práctica se basa en la teoría.

## II. TÓPICO SEGUNDO: “EN DERECHO, TODO ES DISCUTIBLE”

9. Un segundo lugar común, erróneo y muy nocivo, es el que cabría enunciar así: “en derecho, todo es discutible”. En realidad, nunca ha sido cierto —y lo vengo diciendo desde hace tiempo— ese tópico según el cual “en derecho todo es discutible”, un tópico que también ampara la ignorancia y la más feroz resistencia a informarse y a estudiar. Todo puede ser discutido si se quiere partir de cero, es decir, si se quiere volver a estadios primitivos como los que, según la ingenuidad de Cicerón (*La invención*, I, 2), fueron remediados por la elocuencia.

Muchas cosas son discutibles, pero es innegable que el debate jurídico y el progreso jurídico —doctrinal, legislativo, jurisprudencial, etcétera— se apoyan sobre un consenso, no pocas veces unánime, en ciertos instrumentos entre los cuales sobresalen muchos *conceptos*, que, como dije hace más de treinta años, son “instrumentos de comunicación”. Si las bases de la comunicación estuviesen todas, y siempre, en discusión, poco se podría avanzar y muy poco se habría avanzado.

La unánime o muy amplia convención sobre conceptos, aunque no *debe* ser discutida a la ligera, *puede* ponerse en discusión sin ton ni son; pero entonces, nos encontramos en la necesidad de volver a empezar a exponer y a defender el derecho. Así, por ejemplo, cuando, a causa de alguna semejanza, se confunde la ejecución provisional con las medidas cautelares, no con una momentánea confusión, que todos podemos sufrir, sino con la terca pretensión de la identidad, amparada en la alegación de que “todo es discutible”. En un caso así, tendremos que explicar al empecinado discutidor bastantes elementalidades de la ciencia jurídica procesal. Algo semejante a lo que ocurriría si, por tratarse de edificios, se entendiera que ayuntamientos e iglesias son lo mismo y se defendiese que, consecuentemente, los ayuntamientos han de estar provistos de campanario: habría que explicar ayuntamientos e iglesias.

El derecho es un territorio de *conceptos* y de *razón o razonamientos*. Cuando se sustituyen por *imágenes* y *sentimientos*, ¡adiós derecho y, por tanto, adiós libertad!

Como ejemplo real de ignorancia jurídica, sustituida por sentimientos, tómese esta afirmación: “este precepto legal no puede interpretarse de otra forma porque, de lo contrario, el crimen quedaría impune”. ¿A quién no le impacta este argumento? Sólo a quien advierta que, tras siglos afirmando *nullum crimen sine poena*, fue un decisivo avance establecer que *nullum crimen, nulla poena, sine previa lege poenale* con el añadido de que la ley penal no debía interpretarse extensiva o expansivamente.

### III. TERCER TÓPICO: EL CONSERVADURISMO (PRETENDIDAMENTE) CONSUSTANCIAL A LA CONDICIÓN DE JURISTA

8. Un tercer tópico falso y dañino es el del *conservadurismo de los juristas*, que sería consustancial a su condición de tales. Es verdad que muchos profesionales del derecho suelen desconfiar de las innovaciones. Por una parte, esa desconfianza puede estar justificada en la experiencia de reformas “a peor” o meramente cosméticas y, por otro lado, ocurre que el profesional del derecho sabe que la aparición de un texto legal en el *Boletín Oficial* carece de efectos taumatúrgicos.

Es lógico, por lo demás, que el genuino jurista —que no es el titulado en derecho, como no llamamos sabio, sin más, al doctor en bioquímica—, el que sabe derecho (Jurisprudencia con mayúscula, en el sentido latino y alemán de Ciencia del Derecho), tienda a ser muy cuidadoso en los cambios legales: mientras las ocurrencias del científico experimental pueden probarse con ratones, cerdos o simios, tales pruebas no son posibles en el derecho. Y cualquier verdadero jurista, metido a legislador (o a reformador legislativo: de hecho o en potencia), debe sentir una fuerte resistencia al experimento con seres humanos vivos.

Sin embargo y pese a todo esto, es rechazable el tópico del pretendido conservadurismo poco menos que connatural a la condición de jurista. Escribí, hace años, que, “por el contrario”, ...la tensión entre la indefectible problematicidad de la vida humana y los no menos indefectibles errores de leyes, doctrinas y sentencias no permiten al auténtico jurista instalarse acomodadamente en lo injusto, aceptarlo como irremediable y dejarse llevar. Por eso —seguía diciendo—, el conformismo no debe tener cabida, por intrínseca incompatibilidad, en el ámbito vital en que predomina lo jurídico. Por el derrotero pancista, la técnica jurídica, plenamente prostituida, desanimada —desalmada, sin alma, sin razón—, convertida en mera habilidad, deviene simple herramienta al servicio del poder, no sólo para que siempre pueda lo que quiera, sino para que el más monstruoso arbitrio se disfrace de juridicidad”.\*

Si, además de la técnica jurídica, alienta en el profesional del derecho o de la justicia algo de aquella *constans ac perpetua voluntas ius suum cuique tribuendi*, si el profesional del derecho adquiere —y no es difícil que lo adquiera— algo de paladar para apreciar lo irracional que podría desaparecer y ser razonable, lo desordenado que podría ordenarse, lo absurdo que podría dejar de serlo, siempre en beneficio de un resultado

\* Véase *Prólogo* a la obra de Santos Vijande, *Doctrina y jurisprudencia del Tribunal Constitucional. Su eficacia respecto de los tribunales ordinarios*, Granada, Ed. Comares, 1995, pp. XXI y XXII.

más justo, entonces es difícil, muy difícil, que el conformismo o el *pancismo* se impongan intelectualmente en el jurista.

Recordemos las palabras, en verdad inmortales, que el Digesto (1, 1, 10,2) recoge, utilizadas por Ulpiano para definir la jurisprudencia, la *prudentia iuris*, la ciencia jurídica: *divinarum atque humanarum rerum notitia, iusti et iniusti scientia*: “la noticia, el conocimiento de las cosas divinas y humanas, la ciencia de lo justo y de lo injusto”.

En esta definición acumulativa —no son, me parece, dos definiciones yuxtapuestas, sino los dos elementos de una sola definición—, ¿qué hay que genere conservadurismo, resistencia cuasi-instintiva al cambio, a cualquier cambio?, ¿no es, más bien, esa ciencia, la ciencia jurídica, una sabiduría que, a partir de lo real, de la *noticia de las cosas*, inclina a un sereno inconformismo?, ¿no sirve la ciencia jurídica a una constante y perpetua o estable voluntad de no sentirse enteramente satisfechos con lo dado, con lo que hay?

#### IV. COLOFÓN PARA JURISTAS

Termino con el colofón anunciado en el título, en alguna medida auto-crítico, pero dirigido sobre todo a los que cabría llamar “los intérpretes” o “los autores”, aunque de utilidad también para cualquier profesional del derecho.

Con frecuencia, cierta literatura jurídica emplea mucha tinta y ocupa mucho espacio en la observación de antinomias, lagunas, dificultades, curiosidades y, en suma, en formular cuestiones, preguntas, no pocas veces sin respuesta.

No es raro advertir, especialmente en las primeras obras publicadas sobre leyes nuevas, la influencia de esa especie de *hábito de la problematicidad*, entendido, no como la virtud de advertir verdaderos problemas legales —cuando los hay, han de descubrirse—, sino como el vicio de considerar meritorio el mero planteamiento de cuestiones. No pocas veces, estas cuestiones tienen fundamento, pero, con más frecuencia de la deseable, resultan ser el fruto de una deficiente lectura y de un déficit de reflexión y de esfuerzo interpretativo. Unas veces ese déficit es puramente perezoso, pero con más frecuencia revela carencias formativas, que pueden llegar hasta la ignorancia imperdonable o inexcusable.

La “originalidad” doctrinal es siempre pseudo-científica y patológica cuando se manifiesta en el afán por construir las enumeraciones más prolijas de cuestiones presuntamente problemáticas y prescinde de encontrar respuesta justificada a esas cuestiones.

Nada de meritorio y muy poco de genuino trabajo de jurista hay en ese vicio de la problematicidad. Los campeonatos de interrogantes y problemas no son siempre, ni mucho menos, las palestras del combate de paladines jurídicos contra la dificultad.

La mirada crítica del jurista sobre la legislación y la jurisprudencia debe, sí, localizar problemas, pero la vocación del jurista empuja a buscar y a ofrecer soluciones.