

**VI CONFERENCIA
FRANCISCO TOMÁS Y VALIENTE**

SOBRE LA DUDOSA POSIBILIDAD Y ESCASA UTILIDAD DE DEFINIR EL DERECHO

Alejandro NIETO*

*En devoto recuerdo y homenaje al
profesor Francisco Tomás y Valiente,
compañero, amigo, maestro y modelo.*

Reconozco sinceramente que la definición del Derecho ha sido una pesadilla que me ha acompañado a lo largo de toda mi vida académica. Aún recuerdo con espanto el primer curso de la carrera cuando todos los profesores dedicaron al menos un trimestre a dar vueltas y más vueltas a esta cuestión que a todas luces ignoraban y que pretendían ilustrar con docenas de citas eruditas que ni ellos ni yo entendíamos. Tortura que no terminó allí porque en los cursos siguientes continuaron machacando sobre lo mismo, aunque bien es verdad que ya no nos impresionaban puesto que estábamos los estudiantes curados de asombro y escuchábamos con absoluta indiferencia aquella sabia verborrea. Hoy, al cabo de mis muchos años y no pocas lecturas confieso humildemente que sigo sin saber de cierto qué es el Derecho y, lo que es más importante, que no me preocupa en absoluto esta ignorancia.

1. ¿Qué es definir? Desde Aristóteles hasta anteayer se venía creyendo que definir era identificar «la esencia» de las cosas y los fenómenos: algo que podía lograrse con un esfuerzo intelectual y que excluía cualquier otra versión distinta porque «se era o no se era». Una postura que en la actualidad, sin embargo, ya se ha abandonado. Hoy ya no se buscan pretendidas esencias y en lugar de «definir esencias» se «describen» los atributos que se consideran más informativos y útiles a los efectos de una investigación determinada. De aquí que las descripciones, a diferencia de las definiciones, no sean excluyentes y puedan manejarse varias de ellas en atención al contexto en que se encuentren y a los objetivos que se estén persiguiendo. Según como se mire, el mar es un lugar de veraneo para un ciudadano fatigado, o un espacio ideal para el transporte desde el interés de un empresario, o un inmenso depósito de agua salada para un geólogo. Y a ninguno le importa su supuesta esencia ni le molesta la presencia de otras descripciones diferentes.

Pues lo mismo sucede con el Derecho. Según el nivel en el que nos movamos será la realización de la Justicia, o un instrumento del Poder, o un medio de regular las relaciones sociales o de solucionar pacíficamente los conflictos o también la materia que justifica la existencia de determinadas profesiones y facilita a unos licenciados el ganarse la vida. Tantas descripciones compatibles como queramos y

* Catedrático emérito de la Universidad Complutense de Madrid.

ninguna definición excluyente. Hace muchos años pronuncié en una ocasión solemne una conferencia, que corre escrita, en la que enumeré catorce versiones del Derecho, todas válidas y ninguna satisfactoria. El Derecho como sucede con todos los seres y fenómenos irreales –al igual que Dios, la Patria, el Honor, la Soberanía– *es lo que cada uno quiere que sea, una caja en la que cada autor deposita lo que considera más oportuno con la esperanza de encontrar discípulos que se dejen convencer.*

A este propósito estallan polémicas agotadoras en las que nadie demuestra nada y todo acaba en nada al cabo de tan estériles torneos. Como nunca podrá demostrarse que el concepto de Derecho de Kelsen es el verdadero y el de Heck el falso, lo mejor es mantenerse alejado de tales polémicas y no preocuparse demasiado por la cuestión. Los estudiantes pueden estar tranquilos en su ignorancia porque se puede ser un gran teórico o un eficaz profesional sin llegar a saber lo que es el Derecho.

2. Asumir una determinada concepción del Derecho puede ser el resultado de una reflexión deliberada. El jurista, después de haber estudiado las distintas versiones que existen sobre el particular, se inclina por la que considera más acertada y posteriormente piensa y obra de forma congruente con ella. En la mayoría de los casos, sin embargo, no se trata de una elección intelectual sino de una asunción cultural. El Derecho es una «creencia» en el sentido orteguiano del término, una idea que flota en el ambiente y que hacemos nuestra sin dudarlo e incluso sin pensarlo. En el siglo XVII en un mundo intensamente religioso los juristas tenían que ser iusnaturalistas; mientras que en el siglo XIX el positivismo científico universal trascendía inevitablemente al positivismo jurídico. Los pocos que se apartaban de la bandada eran excepciones pintorescas a las que se aislaba implacablemente.

Independientemente del modo de asunción de la idea, la consecuencia era automática porque una determinada concepción del Derecho traía consigo el uso de ciertas técnicas jurídicas y la defensa de ciertos valores. Conociendo el concepto del Derecho que profesaba un jurista se deducían, sin más, no sólo su modo de pensar sino sus métodos operativos y comportamiento. Y a la inversa: a la vista de su comportamiento y de las técnicas que utilizaba se deducía su concepción del Derecho: un iusnaturalista o un positivista o un realista, cada uno con su idea particular de lo que es el Derecho. Una circunstancia útil en tiempos de variedad, cuando convivían actitudes diferentes que no podían entenderse entre ellas y en su incompatibilidad la llamada Teoría del Derecho apenas pasaba de ser un amasijo de polémicas interminables, un diálogo en distintos idiomas sin intérprete.

La esterilidad de estos constantes debates, el desconcierto de los estudiantes y hasta la pérdida de tiempo ha desembocado actualmente en un estado de ánimo más pragmático. Hoy ya no se da tanta importancia a la concepción del Derecho que cada uno tenga sino a su posición respecto de determinadas cuestiones. La ciencia del Derecho no está montada, como antes se creía y practicaba, sobre un solo concepto (sobre la esencia del Derecho) del que se derivaban todos los demás conocimientos y técnicas sino que ese mundo se estructura en torno a varios ejes o pilares, o sea, sobre «grandes cuestiones» formuladas dilemáticamente. Lo que significa que cada una de ellas admite dos soluciones contrarias.

Así es como ahora se concibe el Derecho más que como un fenómeno dotado de una esencia en que se basa todo un sistema, como un fenómeno estructurado sobre determinadas cuestiones capitales. Y es el caso que cada una de ellas admite

dos respuestas igualmente plausibles porque se trata de opciones asumidas por un gesto de sensibilidad, de temperamento y aun de voluntad. Por lo que al no tratarse de una elección racional, resulta imposible el acuerdo intelectual y la ciencia del Derecho sigue siendo campo del azar, de la pasión y en definitiva un caos, que tanto desconcierta a los legos. Porque el ciudadano no puede entender que existiendo tantas y tan minuciosas leyes, tantos jueces honestos, tantos abogados diligentes, tantos funcionarios experimentados y tantos sabios profesores, no haya modo de saber de antemano donde está el Derecho de cada uno. Sobre cada cuestión y cada conflicto se han escrito centenares de páginas con análisis impecables. Y, sin embargo, a la hora de la verdad nadie sabe de antemano cuál será la solución correcta y hasta es probable que el mismo problema tenga dos soluciones en distintos juzgados, en distintas instancias y desde luego en distintos dictámenes.

La raíz de estas discordancias –o al menos y en todo caso de buena parte de ellas– no está en las distintas concepciones del Derecho, antes bien en las divergentes opciones que siguen los interlocutores. Tal es, por tanto, la pista que hay que seguir, abandonando la tradicional obsesión del concepto del Derecho, decididamente pasada de moda.

3. A continuación va a exponerse un repertorio seleccionado de cuestiones capitales cuya respuesta identifica a los juristas actuales pues explica la diversidad de sus opiniones.

A) *Monismo o dualismo de niveles normativos.*—El dilema es tajante porque caben dos posiciones: o bien existe un solo nivel normativo (por encima de la ley, del Ordenamiento jurídico positivo no caben otras normas superiores) o bien existen dos niveles, de tal manera que por encima de la ley está la Justicia y tan es así que si la ley positiva está en contra de los valores de justicia, ya no es ley o es una ley nula. Este ha sido siempre el planteamiento tradicional puntualmente desarrollado por los juristas grecorromanos y que con el transcurso del tiempo se ha ido luego expresando en distintas modalidades que colocaban en el nivel normativo superior a los valores religiosos o a una constitución con rango de superley e incluso a normas supraestatales. La actitud mononormativa es rigurosamente positivista y tiende a reforzar la seguridad jurídica puesto que esquivo las incertidumbres provocadas inevitablemente por la incidencia de la norma superior.

B) *Normas generales o decisiones singulares.*—Para unos el Derecho se encuentra en las normas generales y abstractas, mientras que para otros donde se encuentra es en las decisiones singulares, que son las únicas que interesan a los ciudadanos. La ley establece en términos genéricos que el comprador debe pagar el precio de la cosa vendida; pero esto no es decir nada. Lo que importa a M. es si debe pagar, y cuánto, por una cosa que le fue transmitida por N. en condiciones singularísimas no previstas en la ley. Y esto no se lo dirá la norma general sino una decisión singular en forma de sentencia.

C) *Complitud del Ordenamiento Jurídico.*—Dando por sentado que hay relaciones sociales no reguladas por las normas (las llamadas lagunas de la ley), se trata de determinar si los preceptos que faltan deben ser rellenados exclusivamente con los preceptos o principios del resto del Ordenamiento o si también pueden serlo acudiendo a otras fuerzas externas como la historia, la economía o la lógica, tal como ya teorizó magistralmente Gény a fines del siglo XIX. ¿Puede hablar alguien en nombre de la ley cuando ésta calla?

D) *Descubrimiento o creación judicial del Derecho.*—Este dilema ofrece dos opciones irreconciliables: o bien el juez es un mero instrumento de la ley, que se limita a buscar en ella la solución del conflicto que se le ha presentado y que una vez encontrada sencillamente expresa (como boca de la ley en la expresión de Montesquieu o fonógrafo del Derecho en los términos de Holmes) o, por el contrario, es el creador de la solución aunque sea utilizando los materiales que le proporciona la ley a la manera del escultor que se sirve ciertamente del bloque de mármol pero que es, sin duda, el creador de la escultura.

E) *Derecho y Hecho.*—En una opción el Derecho empieza en las normas jurídicas y se consume en la aplicación de ellas a unos determinados hechos; pero estos no forman parte del Derecho sino de la Sociología. La opción alternativa sostiene, por el contrario, que los hechos forman parte del Derecho puesto que son imprescindibles para su funcionamiento. Unas normas sin referencia a hechos son inimaginables mientras que unos hechos no vitalizados por las normas son inertes jurídicamente.

F) *Motivación de las sentencias y actos administrativos.*—La motivación se ha convertido en la clave del Derecho moderno en cuanto que es lo que legitima los actos jurídicos. Opinión que no por generalizada puede admitirse sin más, habida cuenta de la inutilidad de esta operación, frecuentemente viciada de hipocresía. Ni el juez ni el funcionario son siempre sinceros cuando explican los motivos de su decisión y con frecuencia ocultan los verdaderos, engañan al interesado y desvían al recurrente crédulo. En buen jurista (y hasta un mediano) está en condiciones de inventarse una sólida motivación que nada tenga que ver con la que de veras ha causado el acto. Por ello en el Antiguo Régimen, mucho más sinceros que hoy, no se motivaban las sentencias salvo excepciones y menos aún las decisiones administrativas.

G) *Relevancia de la personalidad de los operadores jurídicos.*—Para la mayoría de los autores — y en todo caso para los antiguos— la personalidad del juez, de los operadores jurídicos en general, no contaba para nada: eran totalmente fungibles, igual daba uno que otro pues su función era de pura aplicación mecánica de la ley. Los prácticos modernos, mucho más realistas, saben de sobra que esto no es así: que la decisión del juez está con frecuencia coloreada por sus rasgos personales. La sentencia no la determina la ley sino una persona humana con unos prejuicios de los que no puede desprenderse. El abogado experimentado no solo busca en la medida de lo posible un juez que le sea en principio favorable sino que a lo largo del proceso procura excitar los sentimientos personales que le convengan.

H) *Racionalidad o irracionalidad.*—La intervención de un ser humano trae inevitablemente consigo una duda inquietante porque sus sentimientos, educación y cultura empañan la neutralidad y ponen en duda la racionalidad de las decisiones. Los autores, hasta hace poco, estaban seguros de que el Derecho funcionaba con criterios exclusivamente racionales, como venía afirmándose desde Leibnitz, a la manera de relojes precisos e infalibles. Esta sigue siendo la opinión dominante; pero también se acepta ya la alternativa: donde operan seres humanos la irracionalidad es inevitable.

I) *La ley como condicionante, no determinante, de la sentencia.*—He aquí un dilema capital, decisivo: una línea que separa actitudes diametralmente opuestas irreconciliables. Para unos —quizás la mayoría— la sentencia está predeterminada por la ley. En la ley está ya la sentencia y al juez no le es lícito salirse de ella. Es

más: ni siquiera le hace falta asomarse fuera. Otros, en cambio, le consideran como un simple condicionante: un dato a tener en cuenta junto con otros que es de ordinario el más importante, pero nunca el único. El juez diligente no se contenta con examinar la norma, necesita contrastarla con otros datos, las circunstancias del caso concreto, sus características y singularidades que la ley abstracta no pudo regular porque, al ser previo a los acontecimientos, no llegó a conocer. Y estos datos inciden inevitablemente en la sentencia.

J) *Una o varias soluciones posibles.*—O bien se entiende que cada conflicto y cada cuestión tiene una única solución correcta o bien que caben varias igualmente posibles. De acuerdo con la primera opinión solo uno de los pleiteantes tiene la razón y pierde el que se ha equivocado: es un ignorante. Como lo es también el juez al que se revoca una sentencia.

Sobre todos y cada uno de estos dilemas (y de otros muchos más) se ha polemizado sin descanso. Los libros de Derecho son en sustancia colecciones de polémicas, discusiones sin acuerdo posible, en las que los participantes no llegan siquiera a entenderse dado que están en los lados contrarios de un dilema sin un puente de comunicación.

A efectos de la presente intervención la existencia de esta serie de dilemas sirve para sustituir el planteamiento tradicional de las definiciones en el que se daba por supuesto que la suscripción a una determinada definición revelaba por sí misma lo que el jurista pensaba y explicaba su forma de argumentar y comportarse. Mientras que ahora sabemos que en el Derecho latén una serie de cuestiones heterogéneas que admiten respuestas diferentes, que no vienen impuestas por una «esencia» originaria. Para conocer lo que un jurista piensa del Derecho, en lugar de acudir a una definición que ha suscrito o a una escuela a la que pertenezca, hay que indagar la actitud que adopta ante esas cuestiones capitales. Y eso es lo que debe preguntarse a sí mismo si tiene curiosidad por saber cuál es su idea del Derecho.

Este planteamiento ha de desconcertar a los juristas incipientes porque si dan crédito a lo que están oyendo habrán comprendido que tienen en su mano la inesperada facultad de configurar por sí mismos lo que es el Derecho que van a manejar y que podrán ejercer su profesión en el surco de sus propias ideas. El estudiante normal cree que el Derecho es una realidad, una ciencia objetiva que dominan exclusivamente los profesores, quienes se la transmiten y enseñan en la Facultad en lecciones que los alumnos deben aprender fielmente ya que fuera de ella está el error.

Y ahora resulta que esto no es así, que el Derecho no es una realidad petrificada que se aprende y recibe de fuera como algo dado y ajeno y que no hay una verdad y una mentira; que el Derecho es más bien una realidad viva que no es rigurosamente objetiva puesto que el jurista interviene en lo que recibe y aprende hasta tal punto que puede configurarlo en cierto modo a su medida aun a riesgo seguro de que así resultarán varios Derechos. Y tan es así que a la vista de cuanto antecede me atrevo a hacer una sugerencia a los estudiantes que me escuchan, a saber, que dejen de romperse la cabeza intentando entender las mil y una definiciones que corren sobre el Derecho y no se molesten en aceptar una de ellas rechazando las demás. No hagan este esfuerzo inútil porque todas valen-o ninguna vale, que es lo mismo— y aplíquense a meditar sobre los dilemas que se han enumerado. Y si han

captado su alcance y formado una opinión propia, serán ya juristas aunque no hayan memorizado todavía una sola ley.

De esta manera se ofrece a los juristas, y particularmente a los estudiantes, un mundo apasionante que quizás no se habían imaginado. Porque no están forzados a servir como autómatas en un sistema mecánico, cuyas reglas han de aceptar sin crítica alguna. Antes bien son dueños de su destino dado que pueden escoger en cada dilema la opción que prefieran y a partir de la opción elegida son dueños del Derecho y pueden adaptarle a sus objetivos vitales y a sus ambiciones profesionales. El ser humano es un siervo de las leyes naturales, mientras que es el señor de las leyes jurídicas, que le vienen dadas ciertamente, pero que puede manejarlas a su voluntad. El físico nada puede hacer para alterar la ley de la gravedad; el jurista puede manipular las leyes de la propiedad, por muy sagradas que se autoproclamen. Más aún: tal es su oficio. Este es el mayor atractivo del Derecho.

Los cultivadores de las ciencias naturales han de aceptar sumisamente las leyes de la naturaleza y su profesión consiste en utilizarlas en su propio beneficio. A los cultivadores de las ciencias jurídicas, en cambio, se les ofrece la oportunidad de reflexionar sobre ellas, de aceptarlas o no y, sobre todo, de escoger libremente alguna de las opciones disponibles. Luego, una vez realizada esta elección, es cuando han de aprender a manejar las leyes jurídicas y a oponerse, en su caso, a quienes han escogido otra opción incompatible. Una condición que probablemente ni conocían ni se imaginaban al matricularse en la carrera y que lleva anejo el privilegio de no tener que someterse necesariamente a las tesis del profesor. Al menos en las grandes cuestiones.

Supongo que esta sensación de libertad y de poder ha de producir cierto vértigo a los estudiantes y a los juristas no acostumbrados todavía a tomar decisiones propias. Pues sepan que pronto tendrán que acostumbrarse a ello. Porque cuando empiecen su oficio comprobarán que el mismo conflicto se resuelve de varias maneras y que hay motivaciones a las que no se puede dar el menor crédito, por poner solo dos ejemplos, y ellos también se verán forzados a elegir una opción y así es como paulatinamente se irán formando «su» concepto de Derecho, que no será necesario definir formalmente.

Mayor vértigo se padece al comprobar que de esa libertad y ese poder nace la incomunicación cuando tengan que dialogar, dentro o fuera del Foro, con un colega que no admite dos soluciones igualmente posibles para el mismo problema y es el caso que él lo acepta.

Aunque lo peor de todo es la seguridad de que con estos principios se desemboca irremediabilmente en el caos, en un mundo irracional regido por el azar y la contingencia imprevisible. Aquí lo más grave, con todo, es la impotencia. Porque las cosas funcionan así y no hay modo de alterarlas. No se trata de predicar la formación de dilemas; es que los dilemas están funcionando ya y que resulta forzoso, guste o no guste, escoger una opción y aceptar las consecuencias. No se trata —en otras palabras— de recomendar nada sino simplemente de reconocer lo que está sucediendo y tener la sinceridad de no ocultarlo. El estudiante cree que aprender Derecho es conocer las leyes y saber manejarlas. Y si se siente atraído por esta profesión es porque cree que el Derecho es una ciencia clara, racional y lógica que ayuda a mantener una sociedad con estas características. El arte de lo bueno y de lo equitativo, que decían los romanos.

De aquí su tremenda decepción cuando por su experiencia directa se entere de que la realidad no es así, de que se trata de una ciencia oscura, confusa, callada en lo importante, prolija en lo intrascendente, tolerante con las normas y defensora de axiomas huecos, hábil para esquivar las dificultades, incansable a la hora de crear problemas innecesarios, maestra en hacer difícil lo fácil, ingeniosa en lo inútil, torpe en lo útil y, en fin, en la que se acogen sin tacha todas las contradicciones.

Si así es la ciencia, puede imaginarse cómo es el mundo jurídico en el que opera: un nido de incongruencias, de desigualdades, de desproporciones, en el que nada puede preverse, en el que las cosas se complican con cualquier pretexto y los arreglos se dilatan indefinidamente, donde todo cuesta tiempo, dinero y disgustos. Ya está avisado el estudiante de lo que le espera y que no se llame a engaño.

4. El jurista tiene en su mano nada menos que la potestad de establecer por su cuenta la función del Derecho. Ahora bien, cualquiera que sea la perspectiva desde la que se le mire y cualquiera que sea el concepto que de él se tenga, el Derecho desarrolla una *función instrumental*, habida cuenta de que en todo caso es una herramienta al servicio o bien de un valor o bien pura y sencillamente de un Poder o voluntad. La fórmula teóricamente más extendida es desde luego la axiológica: el Derecho – ese conjunto de reglas de comportamiento a que se aludía antes como objeto o materia de un arte específico– está al servicio de algún valor superior como la Justicia, el Orden o el Bien común. En el extremo opuesto se le coloca, sin embargo, al servicio del Poder: la voluntad del Soberano, sea un dictador o una asamblea popular.

Vistas así las cosas, aparece la ley –desde una primera perspectiva– como una norma que regula las relaciones sociales inspirándose en unos valores superiores y reconocidos. Una afirmación aparentemente obvia –dado que se repite machaconamente por legisladores y jueces– y que, de ser cierta, resultaría trascendental puesto que permitiría afirmar que una norma que no es fiel a tales valores superiores que proclama servir, no es admisible ni válida. Y apurando la idea se descubre que ese Derecho de aspecto formidable que ordena y controla la Sociedad, no es tan poderoso puesto que está controlado, a su vez, desde los valores superiores a cuyo servicio dice estar.

Proposición cuya contundencia se debilita de inmediato, no obstante, cuando se piensa que la existencia, contenido y jerarquía de esos soberbios valores superiores solo es perceptible de una manera personal e intuitiva, dado que cada uno tiene su propia idea sobre ellos, cuya corrección no puede demostrar a los demás (lo que se llama relativismo de valores o relativismo axiológico) ¿Quién sabe lo que es Justicia? ¿Qué valor superior se protegía con la tipificación del delito de sodomía? ¿Cómo demostrar en cada caso que están presentes unos intereses generales?

Nadie sabe de cierto lo que es la Justicia y, en consecuencia, las opiniones se dividen a la hora de establecer si es más o menos justo tasar el importe de los arrendamientos de viviendas o dejar que sea el mercado el que los fije libremente. ¿Es justo tratar igual a los hombres y a las mujeres?, ¿deben ser los impuestos progresivos o proporcionados a la riqueza personal?, ¿puede haber diferencia entre las prestaciones sanitarias de los catalanes y de los gallegos? La importancia que cada uno da a un valor es cosa personal suya y no puede pretender imponer su criterio a los demás. Estamos, pues, en el corazón del relativismo axiológico que inevitablemente abre la posibilidad de que con el tiempo cambien los valores un día política-

mente proclamados y socialmente admitidos y se provoque la pérdida de sentido de las leyes que protegían a los que han desaparecido. Lo que ayer estaba expresamente prohibido, hoy está permitido o es jurídicamente irrelevante. La Sociedad mantiene valores muy viejos al tiempo que abandona otros que parecían inmutables y eternos.

Ante esta pluralidad y mutabilidad de valores, ante esta variedad de sentimientos y de opiniones, si el Derecho, reconoce la existencia y primacía de algunos de ellos, establece mecanismos para su imposición y realización. La ley, entonces, es *la expresión concreta de ciertos valores políticamente asumidos* (y nótese que no se dice «socialmente» asumidos).

Ahora bien, si la bondad de los valores no puede ser *argumentada* convincentemente, sí puede ser *impuesta* por quien tiene fuerza para hacerlo: *quia nominor leo*. De esta forma se resuelve el nudo gordiano milenario porque siempre aparece el titular de un poder dispuesto a advertir a sus dominados que es él –y solamente él– quien sabe cuáles son los valores supremos que conviene recoger en normas jurídicas. Un Poder, por lo demás, exquisitamente hipócrita dado que no afirma que el Derecho es fruto de su voluntad sino, mucho más modestamente, que su sabiduría es la única capaz de descubrir los valores que orientan al Derecho.

Parece, pues, que hoy todo vale en este punto y que *la cuestión no está en la existencia de ciertos valores superiores sino en el reconocimiento de la autoridad que puede definirlos e imponerlos*. Por decirlo rudamente, igual da un valor que otro, y lo que importa es la autoridad que los define e impone.

En un régimen democrático todo está formalmente en manos del Legislador y, en consecuencia, el Derecho se convierte en instrumento de una política libre de cualquier limitación axiológica, por más que las leyes proclamen que están al servicio de un valor determinado. El Derecho, en suma, está ciertamente al servicio de valores superiores; pero la determinación de cuáles sean éstos corresponde al Poder. De esta manera tan sencilla se nos ha hundido bajo los pies lo que considerábamos la roca firme desde la que podía iniciarse un análisis preciso de los valores que podían inspirar el Derecho –y que hasta pretendían controlarlo– pues en último extremo no hay más que frágiles opiniones personales sujetas a la incertidumbre del relativismo axiológico y sometidas a las decisiones arbitrarias del Poder: hoy el democrático, ayer o mañana el dictatorial.

De esta manera se supera pragmáticamente, y no sin cierto cinismo, la denunciada trampa del relativismo axiológico. Porque en Derecho todo vale ya que es intrascendente el peso del valor en sí puesto que lo importante es que haya una Autoridad que pueda asumir e imponer cualquiera de ellos: la libertad individual o el Bien común, la independencia o la solidaridad, la homofobia rabiosa o el matrimonio homosexual. *Valor es, por tanto, lo que ha reconocido e impuesto una Autoridad que está en condiciones políticas de hacerlo* y que, por supuesto, puede coincidir, o no, con el alcance que le reconozca la sociedad o cada uno de los individuos. Vistas así las cosas, el relativismo opera de hecho como un positivismo axiológico.

Aceptado lo anterior por el peso de la evidencia y de la experiencia, lo que seguidamente hay que preguntarse es si de veras hemos llegado al final de la escala, porque cabe la vehemente sospecha de que detrás del Poder político –y a través de él– operan valores e intereses de las clases y grupos económicos y sociales que le apoyan y al tiempo le instrumentalizan. El Estado es ciertamente un Poder soberano que está por encima de los individuos, de los grupos y de la Sociedad; pero

dentro del Estado operan grupos que, sin ser formalmente soberanos, manejan subrepticamente los hilos del Poder.

En definitiva, la cadena servicial se alarga, aparecen cada vez más protagonistas y beneficiarios y, conforme se va profundizando en el análisis, las relaciones se tornan más opacas: las cumbres del Poder, como las de las altas cordilleras, suelen estar envueltas en nieblas impenetrables para quienes las observan desde lejos y desde abajo. ¿Qué puede saber un juez de los últimos secretos de las leyes que está manejando? En cualquier caso hemos llegado a un punto en el que resulta fácil perder el norte. Pero al menos estamos en condiciones de comprobar la debilidad de la ingenua (o quizás no tanto) afirmación de que la ley expresa la voluntad del pueblo, como anteriormente se decía que era la expresión de la voluntad del Soberano; y en uno y otro caso se daba por supuesto que estas voluntades estaban al servicio de determinados y nobles valores.

5. Si bien se mira –y tal como se ha dicho antes– los libros de Derecho son colecciones de polémicas insulsas; pero lo peor es que tales discusiones se basan de ordinario en algún dogma de origen oscuro y escasa realidad. El dominio público es inalienable, por ejemplo. Y no hay que preguntar por su razón y su infalibilidad, ya que es un axioma; pero a continuación hay que padecer las consecuencias en unos casos concretos en los que la inalienabilidad resulta intolerable y hay que inventarse ficciones que puedan excepcionarla. Lo que hubiera sido innecesario de haber rechazado el dogma.

El derecho a la duda y el derecho a la crítica son los rasgos más nobles del jurista y los que le autorizan –y aun exigen– a no aceptar nada sin previo examen incluyendo a los dogmas más sagrados, como puede ser el Estado de Derecho.

Este dogma dice que el Derecho se legitima por su procedencia estatal, que le presta además su fuerza coactiva; y se dice –a la inversa y simétricamente– que el Estado se legitima cuando actúa sometido al Derecho que él mismo ha creado: un círculo dialéctico que se cierra con elegancia perfecta. A una cabeza independiente no se escapará, sin embargo, que en este axioma se esconde una falacia, puesto que, respetándole formalmente, se pueden cometer barbaridades y despropósitos. En un Estado dictatorial se fusila a los enemigos en las cunetas sin juicio alguno y por eso se le niega cabalmente su condición de Estado de Derecho. Así era antes. Ahora se ha aprendido y se condena a los enemigos con el mismo rigor pero después de un juicio respetuoso con las más exquisitas formalidades si bien dirigido por jueces dispuestos a tolerar todas las infracciones materiales, de tal manera que la sentencia ya está pronunciada de antemano. En la Unión Soviética las grandes matanzas de los años 30 fueron impuestas de acuerdo con los célebres procesos de Moscú, con abogados, pruebas y vista pública. El Estado de Derecho puede cometer asesinatos. El Estado franquista era también un Estado de Derecho con sus tribunales militares y luego con el de Orden Público.

Buen jurista es aquel que sospecha de todos los dogmas que oficialmente se profesan y rechaza de antemano las falacias y ficciones que se le ofrecen. Buen jurista es el que piensa por su cuenta y, después de informarse bien y de reflexionar más, se forma una opinión propia, aceptando naturalmente el riesgo de equivocarse. Pero para adquirir esta condición no basta con pensar; hay que tener el coraje de expresarse con sinceridad en público y arrostrar el castigo oficial, y a veces social, que eso lleva consigo. El buen jurista no debe ser necesariamente un héroe y en ningún caso le es lícito exhibirse como un provocador o un payaso.

La moraleja de estas reflexiones es excitante y dramática. El estudiante que inicia la carrera –o al menos inicia un curso– se encuentra con una imagen inesperada. El Derecho no es una ciencia ajena que le viene dada por los profesores y los libros: un alimento intelectual cocinado y envasado, listo para ser inmediatamente utilizado con ayuda de la memoria y una cierta habilidad manual. Así puede ser ciertamente; pero el estudiante debe saber que hay otra posibilidad: la de un Derecho vivo – no un simple producto del Legislador, que basta con memorizar– en cuya evolución y tratamiento participa el jurista, como colaborador del Legislador, del juez y del profesor. El jurista puede manipular por sí mismo el producto de una manera original y distinta y con el riesgo, naturalmente, de hacerlo peor.

6. Al ser el Derecho una ciencia social, no de la Naturaleza, pierde la nota de necesidad propia de estas últimas y, según se ha dicho ya, se hace contingente. El universo del Derecho no es necesario (donde todo ha de suceder forzosamente y, por ende, puede ser previsto) sino contingente, donde todo puede suceder o no y, por ende, no puede ser previsto, dado que o se ignoran las causas o concurren varias en términos imponderables. Las relaciones, en otras palabras, más que causales son dialécticas.

Las leyes, por ejemplo, pretenden cambiar las relaciones sociales (y al ordenarlas ciertamente lo consiguen, al menos en parte); pero al mismo tiempo, y a la inversa, la alteración espontánea de estas últimas arrastra consigo tarde o temprano un cambio de las leyes. Una interconexión mutua, pues, inequívocamente dialéctica, permanente y de imposible previsión exacta y más aún si se tiene en cuenta que en estos procesos influyen de forma decisiva movimientos ideológicos y políticos: piénsese, por ejemplo, en la transformación de la ciencia del Derecho que sucedió a la revolución soviética.

Si desaparece la clase dominante –sea la aristocrática, burguesa, religiosa o étnica– autora (y beneficiaria) de las leyes, desaparecerá inevitablemente «su» Derecho. Si desaparece el Estado liberal, sustituido por el regulador, desaparecerá con él su Derecho privado (de libertad contractual) y su Derecho público (de simple Policía, Fomento y Servicio público). Aunque estos cambios no suelen ser bruscos, salvo en las coyunturas revolucionarias radicales, sino más bien progresivos a lo largo de períodos de transición más o menos dilatados y nunca totales.

Los analistas pueden identificar con facilidad las interactuaciones que relacionan mutuamente la Sociedad y el Derecho. El primer ejemplo contundente fue el de la revolución rusa que eliminó el Derecho burgués hasta en sus mismas raíces; el segundo caso fue el del New Deal norteamericano; y el tercero el de la dictadura nazi y sus cortejos. Una y otra vez la Política cambia el Derecho y luego el Derecho interviene en todas las relaciones sociales. ¿Qué es, entonces, lo decisivo, a lo que hay que atenerse? Quizás lo más prudente sea atenerse a las leyes vigentes en cada momento y dejar que la Historia con pasos de elefante ciego siga su marcha derribando lo que encuentre en su camino.

7. Ante el estudiante universitario se abren monumentales bibliotecas, ahora fácilmente accesibles por internet, que le ofrecen los resultados de la investigación y experiencia de miles de profesores. Sin salir de la cultura occidental, desde los presocráticos hasta hoy los juristas han escrito y escrito sin descanso. Unos han reflexionado por su cuenta, otros han rumiado lo que los anteriores produjeron, otros han resumido doctrinas prolijas tomadas de primera, segunda o tercera mano y todos se han enredado en polémicas encarnizadas. Los juristas se toman en serio

su oficio y son desde luego gente de pluma suelta. ¿Qué hacer con tantos libros? ¿Quién no se ha dormido arrullado por eruditas conferencias o renunciado a terminar la lectura de una monografía indigesta?

En esta coyuntura es explicable que tanto los estudiantes como los juristas hechos y derechos caigan fácilmente en la tentación de la indiferencia, se alejen de las preocupaciones metalegales y se atengan a un positivismo cerrado que les sirva para ejercer su profesión sin quebraderos de cabeza innecesarios. Una actitud respetable desde luego porque es suficiente si la práctica del oficio ya vale para ganarse el pan. No obstante, son envidiables y admirables quienes consideran que el Derecho, además de satisfacer las necesidades cotidianas, puede aportar a la vida un sentido ético individual y social que se llama vocación.

