Creatividad y Sociedad

Derecho, trabajo y creatividad

nº 26 · diciembre 2016

El derecho como espacio descreativo

Jesús Mª García Calderón
Fiscal Superior de Andalucía
Director de la RA de Bellas Artes de Granada

Recibido: 31 de agosto de 2016
Aceptado: 14 de septiembre de 2016
Para citar este artículo: García, J. M. (2016). El derecho como espacio descreativo. *Creatividad y Sociedad* (26) 9-33
Para citar este artículo: http://creatividadysociedad.com/artículos/26/1. El derecho como espacio descreativo.pdf

Resumen

Desde hace demasiado tiempo, cuando menos en España, el campo de la aplicación del derecho ha parecido un terreno vetado para cualquier forma de creatividad. Casi podría decirse que se conciben como dos términos tan antagónicos que se educa al buen jurista

desde que acude a la facultad para que nunca los intente conciliar. Parece que hubiera una especie de temor atávico e infundado a que el discurso jurídico se aparte de la letra estricta de la norma y encuentre, en el camino torcido de la creatividad, un cultivo adecuado para que tenga lugar una exuberante inseguridad jurídica y hasta la negación, más o menos fundada, de la propia ley. Como si fueran dos líneas paralelas condenadas por las leyes de la geometría, derecho y creatividad no podrían, cuando menos en algunos aspectos, encontrarse jamás.

Existen numerosos ejemplos de esta percepción. Estos ejemplos serían, además, singularmente expresivos en el caso de la labor jurisdiccional o de la actuación de Ministerio Fiscal y de otros operadores públicos y necesarios del proceso. Sin ir más lejos, no hace mucho tiempo, una prestigiosa magistrada de nuestro Tribunal Constitucional y de la Sala Primera del Tribunal Supremo, catedrática de Derecho Civil, ofrecía una conferencia en Barcelona sobre Derecho y Arte que iniciaba en los siguientes términos: "No quiero dar la impresión de que soy una artista/creadora" (ROCA I TRIAS, 2014). Se trata de una afirmación tajante, que parece olvidar el adjetivo mala cuando se refiere a la impresión que pueda causar en el público al disociar, como un presupuesto esencial e ineludible para el derecho, la creatividad y la vocación del jurista.

Palabras clave

Creatividad-Derecho-Lenguaje jurídico

Abstract

For too long, at least in Spain, the field of application of law has vetoed similar grounds for any form of creativity. One could almost say that are conceived as two such antagonistic terms educates the good jurist since go to college never try to reconcile. There seems to be a kind of atavistic and unfounded to fear that the legal discourse apart from the strict letter of the law and find, on the road twisted creativity, proper cultivation to take place lush legal uncertainty and even denial more or less founded, the law itself. Like two parallel lines condemned by the laws of geometry, right and creativity could not, at least in some respects, never meet.

There are numerous examples of this perception. These examples would also uniquely expressive in the case of judicial work or the performance of Public Prosecutions and other public and necessary process operators. Without going any further, not long ago, a prestigious judge of our Constitutional Court and the First Chamber of the Supreme Court, Professor of Civil Law, offered a conference in Barcelona on Law and Art that started in the following terms: I do not want to the impression that I am an artist / creator. It is a strong statement, which seems to forget the bad adjective when referring to the impression that might cause the public to dissociate as an essential and unavoidable for the right budget, creativity and vocation of jurist.

Key words

Creativity-Law-Legal language

1. La negación básica de la creatividad para el jurista

Esta y otras cuestiones han sido, acaso, tradicionalmente abordadas por la filosofía del derecho que ha venido teorizando, con especial intensidad desde la segunda mitad del siglo XX, sobre la argumentación jurídica y la necesidad de construir una nueva retórica del derecho. Entre los trabajos más conocidos, cabría citar la obra legendaria de Cover (2002, p. 23) y sus teorías literarias de la interpretación legal. Como puso de manifiesto en *Nomos y narración* podemos concebir el derecho "como un sistema en tensión o como un puente que une un concepto de la realidad con una alternativa imaginada que solo podría ser representada a través de las herramientas de la narrativa". El aspecto creativo de este análisis científico sería, en todo caso, un *coto vedado* para los sufridos aplicadores o intérpretes de la norma. Fuera de la dogmática más estricta, parece que no se tiene margen alguno por el jurista para la creación, porque se le condena a ejercer una forma de ataraxia permanente y limitada, un control sobre los sentimientos emocionales que le produzca el análisis crítico para la comprensión de la norma. La creatividad o la consideración del derecho *como* literatura se plantea normalmente al jurista que aplica la ley como una negación básica de manera que la ausencia de creatividad opera como un factor de identidad conceptual.

Como pone de manifiesto Roca i Trias (2014), a la que ya hemos aludido con anterioridad, la obra creativa puede aparecer conforme a dos manifestaciones. Una manifestación directa, que se percibe sin intermediario alguno por su destinatario colectivo como ocurre, por ejemplo, con un poema o una novela o con cualquier representación gráfica de la realidad o incluso de las emociones y otra manifestación cifrada, volcada sobre un soporte documental que requiere, para ser comprendida y trasladada a los demás, de un intérprete, de un intermediario, de un traductor que cuente con una serie de conocimientos técnicos y habilidades, como ocurre con la música. El recurso que utiliza Roca i Trias para analizar la cuestión es la comparación de esa dualidad inevitable entre

composición e interpretación musical, con la que pueda surgir al diferenciar al legislador del intérprete de la norma jurídica que debe aplicarla a cada situación concreta.

En las frecuentes situaciones de creatividad *interpretada* o secundaria, se ha comentado que esa función interpretativa puede superar a la creativa en cuanto *descubra* elementos que no fueron *percibidos* por el autor de la composición, pero esta situación es bastante habitual en cualquier manifestación artística. No es raro que el poeta o el filósofo ignoren lo que realmente quieren decir o que cambien su opinión sobre lo dicho, diciendo lo mismo, con el curso del tiempo. Lo simulado o lo fingido, la capacidad proteica de la obra creada, la comprensión *diferida* de aquello que fue creado por nosotros mismos en una determinada encrucijada de nuestra vida, son magnitudes habituales, por ejemplo, en la mejor poesía contemporánea. Como ejemplo, podríamos recordar la obra de Fernando Pessoa y su propio testimonio en la redacción de alguno de sus textos decisivos como *El guardador de rebaños*. Este poemario, habría sido escrito por su heterónimo Alberto Caeiro bajo una experiencia torrencial de escritura automática, que habría tenido lugar en Lisboa el día 8 de marzo de 1914, experiencia referida por el propio autor, en una carta enviada a Adolfo Casais Monteiro el 13 de enero de 1935, como el *Día Triunfal*. Sobre el particular, entre otros, se puede consultar el capítulo correspondiente de Robert Bréchon (1996, p. 211 y ss.). El texto rememorado o releído no es el mismo, sino que va cambiando como el río de Heráclito y como el mismo lector. Incluso, como puso de manifiesto el maestro Eliot, T. (1999, p. 46), esta situación puede extenderse a la función de la crítica o a la teoría de la literatura cuando afirmaba que "quien sabe reconocer un buen poema no siempre acierta a explicarnos el porqué de su bondad". Pero la dicotomía autor e intérprete en el caso de la música, tendríamos que enfrentarla, en el caso de la poesía, con la del poeta y el rapsoda o, en todo caso, con la del poeta y su traductor.

En la música o en el teatro la situación es muy diferente porque la interpretación no es más que una mímesis de lo creativo, un rito que se repite conforme a una destreza y pauta que ha sido previamente establecida por el autor y que no debemos traicionar porque si lo hacemos solo estaremos interpretando nuestra propia impostura.

El campo del derecho, a su vez, es completamente distinto a los anteriores. Pensemos que la ley es una creación colectiva, parlamentaria y dialéctica en la que pueden tener lugar actitudes creativas que se vinculen con una o varias personas concretas pero, ineludiblemente, la obra final se diluye en un espíritu que es colectivo para convertirse en una creación plural de la que parece apoderarse el tiempo de su realización. El año de su promulgación parece, muchas veces, la seña de identidad de un texto legal. Su interpretación, las circunstancias o razones para su aplicación o inaplicación a cada caso concreto, son siempre labores creativas como lo es cualquier función interpretativa que requiere cualidades conocidas como el rigor, la intuición, el sentido común o esa *humildad manual* de la que nos hablaba Jaime Gil de Biedma.

La falta de creatividad del jurista, sin embargo, no viene determinada por una condición limitativa que sea propia o innata de la ciencia jurídica. Realmente, se trata de una auto limitación que se impone el sujeto como una *costumbre*, como un tópico que otorgaría, conforme a una concepción equivocada de la cualidad jurídica, verdadera carta de naturaleza a su condición profesional. No hay, por tanto, dualidad o dicotomía alguna entre el autor y el intérprete de la ley porque el derecho, como ciencia creativa, puede utilizar o no, según sea preciso, el texto de la norma pero solo como un elemento referencial. El derecho, por tanto, fuera o dentro de la labor legislativa, es siempre una forma de literatura. La norma puede no ser entendida en su integridad como no puede entenderse a veces un poema o una pintura, pero ello no significa que siempre haga falta un intermediario para su comprensión. El historiador del arte o el crítico literario son intérpretes *creadores* que pueden superar con sus ideas la propia obra comentada y esta equivalencia tiene lugar sin distinción alguna en el ámbito jurídico.

Cuando Roca i Trias (2014) señala, por tanto, las semejanzas que aprecia entre el intérprete musical y el jurídico, considera que ambos se enfrentan a un texto inerte al que dan vida con su actividad. De otra manera ese texto o discurso *creativo* estaría condenado al silencio o a la incomprensión. Pero esta afirmación no es del todo cierta porque existe una diferencia esencial. En el caso de la partitura, esta se *transforma* cuando se interpreta modificando incluso su soporte físico, en tanto que el texto legal

no sufre variación alguna. Hay, por tanto, en la interpretación musical una línea de continuidad o derivación desde la composición original que no se produce o no se produce con la misma intensidad en el texto del jurista que aparecería, en todo caso, como una *creación* literaria *distinta* y que puede adoptar innumerables formas. Puede cumplir una función interpretativa pero, al mismo tiempo, se trata de una actividad *creativa* que no se puede confundir con la ley y debe desprenderse de ella.

2. La literatura jurídica como ejercicio de anti literatura

El 25 de septiembre de 1781, Gaspar Melchor Jovellanos quien solo tiene 37 años y ya pertenece a la Real Academia de San Fernando y a la Real Academia de la Historia, lee ante Carlos III su *Discurso de Ingreso* en la Real Academia Española. Lo ha titulado "Sobre la necesidad del estudio de la lengua para comprender el espíritu de la legislación" y parte de un emotivo agradecimiento a la Corona porque está íntimamente convencido de la finalidad que inspira su nombramiento. Esto se debe a que la vinculación de los juristas con la Real Academia Española es histórica y supera la búsqueda, con su ingreso, de una decisión funcional. Se ha puesto de manifiesto, por ejemplo, que los fundadores de la Real Academia Española contaban con una *formación jurídica de base*, tal como afirma Muñoz Machado (2016, p. 15). Intuye, quien ejerciera algunos años antes como *Alcalde del Crimen* en la Real Audiencia de Sevilla, que se procura con esta designación que conozca mejor la lengua para hacer e interpretar mejor las diversas leyes del Reino. Pero aquel breve y memorable discurso, bajo su aparente sencillez, no se limita a ordenar pulcramente sus agradecimientos o a verter algunos obligados elogios. El breve texto contiene una serie de valiosas enseñanzas que al día de hoy nos resultan plenamente vigentes y que, en parte, se vinculan con la mala utilización del lenguaje.

Nos recuerda Jovellanos, por ejemplo, la cotidiana tragedia de nuestros juristas

cuando creían y aún siguen creyéndolo, que los conocimientos básicos de la lengua que nos proporciona nuestra etapa escolar y la inclinación a la lectura en cualquiera de sus géneros, es más que suficiente para afrontar su labor profesional con garantías. Jovellanos piensa que no es así porque la lengua cambia, modifica sus hábitos y acepciones, amplía sus significados, construye nuevas palabras y descubre nuevos modos de unirlas para alcanzar mayor eficacia y, en ocasiones, una considerable belleza. No basta, por tanto, con recordar las reglas básicas de la Gramática. Tampoco se trata de exigir en cada buen jurista la pulcritud del filólogo, pero sí cabría procurar una relación sostenida y razonable con el estudio del lenguaje que nos permita comprender el verdadero valor que asocia el derecho con el lenguaje y alcanzar la leve convicción, poca más de una sospecha, que no es la lengua la que utilizamos al servicio del derecho sino que es el derecho el que sirve a los intereses más elevados del lenguaje como vehículo inevitable en la solución de conflictos de todo tipo que puedan surgir entre los ciudadanos y entre estos y el Estado en cualquiera de sus manifestaciones.

Con respecto a la lengua, por tanto, el jurista no debe comportarse como un dilettante que incorpore a su condición profesional un plus voluntario de excelencia formativa. No se trata de que, en aquel género que prefiera, encuentre ayuda que necesita, en definitiva, para complementar sus conocimientos y sustanciar sus obligaciones de forma más airosa. Es obvio que la afición por cualquier manifestación cultural, engrandece el alma del jurista y puede ser valiosa para mejorar la calidad de su obra, pero la necesidad parte de un espacio distinto como el conocimiento técnico del lenguaje que debe estar siempre presente en la *base* de su formación.p

Al margen de esa carencia, denunciada por Jovellanos en 1781 y plenamente vigente en la actualidad, conforme a lo que venimos sosteniendo, el origen de esta aparente incompatibilidad entre el jurista y la creatividad se encuentra residenciada en una dimensión diferente de naturaleza puramente cultural. Hablamos de una determinada actitud, de una autolimitación deliberada que vendría incrementada por la conocida oscuridad del lenguaje jurídico. Este problema parte, por tanto, de una dificultad secular que nunca ha sido resuelta en el campo del derecho. Muy por el contrario, casi aparece

planteada desde el origen o desde la época de mayor esplendor histórico de la lengua española. El humanista Juan de Valdés (1535) escribe su *Diálogo de la lengua* en Nápoles, y allí contrapone las facultades del buen juicio y el ingenio. Preguntado sobre la importancia de cada una, responde que si debe escoger, "más querría con mediano ingenuo buen juicio, que con razonable juicio buen ingenio", y nos ofrece su explicación cuando añade: "*Hombres de grandes ingenios son los que se pierden en heregías y falsas opiniones por falta de juicio. No ay tal joya en el hombre como el buen juicio"* (De Valdés, 1535, pp. 197-198). En realidad, esta vieja cautela o desconfianza hacia el hombre de ingenio como animal voluble que puede conducirnos hasta el abismo de la injusticia por cualquier veleidad estética, salvando las distancias, persiste hasta el presente y equivaldría a esa *mala* impresión que procuraba no producir la magistrada Encarnación Roca a quienes escuchaban su brillante conferencia en Barcelona.

Es evidente que el argumento de Juan de Valdés, aun siendo válido e incuestionable, nos llevaría a una creatividad muy limitada al confundirla o identificarla con el ingenio o, dicho en otros términos, parecería que debiéramos identificar la creatividad con la ausencia de un rigor científico suficiente. Pero no tiene, obviamente, qué ser así. Que el jurista deba, en la aplicación del derecho, limitar sus argumentos y respetar una determinada forma de proceder a la que debe adaptarse, no impide que pueda resultar *creativo* y hallar soluciones incluso más respetuosas con una recta interpretación de la ley. Esta falsa percepción, además, es bilateral porque en aquellos terrenos más expresivos y fértiles para una creatividad radical, como ocurre con la poesía contemporánea, se ha identificado el estudio del derecho o el derecho mismo o la legalidad con una rectitud forzada o rectitud *cultivada* deliberadamente por el jurista para mantener una posición de dominio que evite cualquier atisbo de rebeldía pero este recurrente paradigma, como el anterior, es igualmente falso. Ni el hombre con ingenio está incapacitado para el buen juicio, ni la rectitud implícita en las normas y su estudio impide que tenga lugar una libertad creativa.

Para superar esta continua sucesión de prejuicios, como punto de partida, habría que reconocer la importancia del uso del lenguaje como herramienta básica para el tra-

bajo del jurista y la necesidad de que este cuente con una formación que le proporcione un conocimiento técnico *suficiente* de la lengua. De hecho y a lo largo de nuestra historia, nunca dejarán de reclamar esta solución algunas de las voces más lúcidas y autorizadas que se pronuncian sobre la enseñanza del derecho. A este respecto, y entre otros muchos ejemplos, podríamos recordar el famoso poema de Lizano, J (1931-2015) "*Las personas curvas* con versos tan expresivos como […] *no me gustan las leyes porque son rectas* […]".

La inercia del tópico, sin embargo, ha sido más poderosa. Al final, la necesidad de que el ciudadano reciba una respuesta homogénea en la aplicación de la ley y la mercantilización masiva del conocimiento jurídico, hacen de la reflexión jurídica un terreno propicio a la superficialidad. La realidad es que formularios o soluciones protocolizadas, reiterativas y poco o nada creativas siguen lastrando la literatura jurídica hasta nuestros días. Por si fuera poco, algunos ejercicios pretendidamente *creativos* en la función jurisdiccional están profundamente equivocados y son justamente criticados por innecesarios o extravagantes, incluso merecedores de algún reproche disciplinario al verter algunos excesos que carecerían de justificación. La alusión literaria, siendo positiva en muchos casos, no pasar de ser un elemento retórico de ornato que enriquece el texto o lo completa pero lo esencial, es que tenga lugar la aparición de lo literario de manera espontánea y natural, derivada del interior del texto jurídico, generalmente de naturaleza interpretativa.

3. El derecho *como* literatura

Los estudiosos de la implicación entre derecho y literatura, parten de la base de considerar al primero como un *nomos*, un universo normativo que abre continuamente distintas visiones de futuro o alternativas. Normalmente sitúan tres campos de relación, tal como hace Falcon y Tella (2015), el derecho *de* la literatura, el derecho *como* literatura y el derecho *en* la literatura.

El derecho *de* la literatura se vincula con la compleja y profusa normativa aplicable

al hecho literario en su dimensión social y desde una perspectiva multidisciplinar (derechos de autor, plagio, contratos de edición, fórmulas de distribución del libro o de la grabación …). El derecho *en* la literatura no hace más que valorar el argumento mayoritario que aparece en cualquier texto creativo en el que suele hablarse abrumadoramente de derecho y, especialmente, de derecho penal porque el delito sigue siendo el contenido más habitual de la literatura.

En la faceta que nos interesa, el derecho *como* literatura presenta vinculaciones tan esenciales que deben conducirnos, prácticamente, a una, cuando menos parcial, *consideración de identidad*. Han tenido lugar, históricamente, referencias muy valiosas sobre el particular que han recordado la primigenia vinculación de las leyes con la poesía en Grecia y Roma (a este respecto, puede verse Carvallo, 1997, 143), sin que podamos olvidar la conocida y misteriosa alusión de Estrabón sobre la Península Ibérica (Estrabón 1992, p. 42) cuando señalaba en su *Geografía* que los turdetanos, *los más cultos de los iberos*, tenían leyes en verso con seis mil años de antigüedad.

Parece obvio que estas *noticias* aluden al uso de reglas nemotécnicas para agilizar el aprendizaje de toda clase de preceptos sociales pero, en cualquier caso, ponen de manifiesto esa relación funcional de la ley con el lenguaje que parece haberse desprendido con el curso del tiempo, como si el derecho necesitara apartarse de la claridad y ubicarse, quizá por razones puramente materiales o interesadas, en territorios más profundos y oscuros.

Entre las reflexiones más recientes y brillantes destaca la realizada por el italiano Claudio Magris (2016, p. 84) en su libro *Literatura y derecho* quien también incide en esa antigua relación que existía en el mundo griego entre la poesía y el arte de legislar. Se ha puesto de manifiesto que este libro rechaza la idea romántica que contrapone la literatura al derecho (Cota Meza, 2009) y abunda en las aportaciones que ya fueron desarrolladas por la teoría de la literatura o la psicología, principalmente en el mundo anglosajón, desde la década de los setenta del siglo pasado para significar la intensa afinidad entre la narrativa judicial y literaria (Bruner, p. 2013).

Se ha dicho acertadamente, además, que el libro citado de Magris, produce una acción *terapéutica* por cuanto *ayuda a mantener la "fe" en el derecho, en tiempos en los que los escándalos políticos, la corrupción, la inestabilidad judicial… acucian a todo jurista sensible (*Ramis Barceló, 2009, p. 302). Esta fe en el Derecho que nos proporciona, con su habitual brillantez, Magris llega desde la teoría de la literatura y pone de manifiesto el campo que se abre al escritor si comprende las encrucijadas que el campo jurídico aborda en la sociedad de nuestro tiempo. Es lógico considerar, por ello, que pueda recorrerse también el camino inverso y que sea el derecho el que se nutra de esa *luz futura* que nos describe Antonio Carvajal (1991, p. 110), en su famoso soneto *Canción de la ciudad,* a través de su implicación con la literatura que descubre o defiende los más elevados valores de convivencia.

4. El lenguaje jurídico como atributo de oscuridad

A través de una breve *Resolución* de la Secretaría de Estado de Justicia de fecha 21 de enero de 2010 se creó en España la segunda *Comisión para la Modernización del Lenguaje Jurídico* (en adelante CMLJ), publicada en el Boletín Oficial del Estado número 27, de 1 de febrero de 2010.

Como ya he tenido oportunidad de señalar (García Calderón, 2012, pp. 141-178), fue la primera que tuvo una existencia efectiva y que pudo desarrollar y concluir su trabajo con normalidad, con el apoyo de un amplio grupo de expertos y de la propia Real Academia Española, en el año 2012.

La finalidad de la Comisión, siguiendo algunos ejemplos de derecho comparado, era la de realizar un diagnóstico de *la situación actual del lenguaje empleado por los profesionales del Derecho* en España, aportando aquellas recomendaciones que se estimaran necesarias. Asimismo, debía procurar que las instituciones implicadas

promovieran aquellas acciones que resultaran *pertinentes para que el lenguaje jurídico sea más comprensible para la ciudadanía.* El plazo otorgado para el cumplimiento de este mandato era de doce meses a contar desde su primera reunión, que tuvo lugar en Madrid con fecha 18 de febrero de 2011.

No era la primera iniciativa de este tipo que se auspiciaba desde el Gobierno. Ya en el año 2003, la Orden del Ministerio de Justicia 3126/2003, de 30 de octubre, había previsto la creación de una *Comisión de Estudio* con el encargo de elaborar, en el plazo de cuatro meses, un informe que sirviera para promover un proceso de renovación y modernización *del lenguaje utilizado por el conjunto de los operadores jurídicos y por el propio legislador.* Esta Comisión de Estudio nunca llegó a constituirse y no pudo, por tanto, iniciarse la ambiciosa tarea que había sido marcada. Cabría indicar que la puesta en marcha de esta iniciativa resultaba, desde el punto de vista administrativo, quizá demasiado compleja.

En cualquier caso, producidos los anteriores incumplimientos por parte del Gobierno, la CMLJ creada en 2010, partía de una organización mucho más sencilla. Pudo contribuir a su formación el interés mostrado por algunas instituciones como el Defensor del Pueblo. Bajo la presidencia del Secretario de Estado de Justicia, procuraba, con acierto, la implicación de la Real Academia Española, nombrando a su Director, Vicepresidente y designando otros ocho vocales, tras consultar con las instituciones afectadas, *elegidos por razón de su dilatada experiencia y sus conocimientos en los ámbitos jurídico y lingüístico.*

Superando algunas dificultades, pudo desarrollar sus trabajos en el plazo de un año con el apoyo de numerosos expertos que realizaron distintos informes y amplios estudios de campo. Finalmente, la CMLJ elaboró un amplio documento de *Recomendaciones* que fue presentado por el Ministro de Justicia y el Director de la Real Academia Española y en el que se distinguen los siguientes apartados:

1. Una formulación general sobre un nuevo derecho a comprender, enten-

diendo que una justicia moderna puede ser definida como aquella que la ciudadanía es *capaz de comprender*. Posteriormente, el documento explica, en particular, aquellas recomendaciones que de una manera más directa están implicadas en la consagración de este derecho que, al margen de alguna plasmación indirecta en la legislación sustantiva y procesal, operaría, en realidad, como un principio informador de la actividad legislativa y de la interpretación legal. La mayor claridad del lenguaje jurídico, teniendo en cuenta algunas experiencias prácticas que han tenido lugar sobre el particular en los últimos años, no implica vulgarización alguna del mensaje. De hecho este esfuerzo dota, en ocasiones al argumentario jurídico, de un mayor rigor. Lo esencial, como señala el documento, sería "buscar un equilibrio complejo entre la precisión técnica y la claridad que sería el que define la excelencia de los buenos juristas" (CMLJ, 2011,p. 59).

2. La Comisión quiso dirigir sus *Recomendaciones* básicas a los profesionales del derecho considerando como un hecho acreditado que buena parte de los juristas presentan, como norma general, graves carencias en la construcción de sus discursos y escritos. Esta situación se describe como un conjunto de *prácticas asentadas* que terminan por generar un "*lenguaje opaco, arcaico y encorsetado en formulismos que dificultan la comprensión"* (CMLJ, 2011, p. 59).
3. Las recomendaciones guardan en este punto un tono didáctico, sentido práctico y abundan, entre otras cuestiones, en la elaboración del discurso jurídico, distinguiendo entre la descripción de los hechos, la narración y la argumentación utilizada por los juristas; la correcta formación de párrafos y oraciones, la corrección en la puntuación, el uso de una terminología arcaica e inadecuada, así como una mala y confusa utilización de las citas y de las referencias tanto doctrinales como jurisprudenciales.
4. Un segundo grupo de *Recomendaciones* estarían dirigidas a las Instituciones. En un primer nivel se dirigen al Ministerio de Justicia, Comunidades Autónomas, Consejo General del Poder Judicial, Fiscalía General

del Estado, Consejos Generales de la Abogacía, Procuradores y otras profesiones jurídicas, universidades y a la *Administración educativa en general*. En un segundo plano, las recomendaciones se dirigen a las fuerzas y cuerpos de la seguridad del Estado, instituciones penitenciarias o a los ayuntamientos *dadas las funciones que desempeñan, entre otras, en materia de mediación familiar y la clara conexión entre sus funciones y la claridad del lenguaje.* En este punto, el documento aborda una serie de iniciativas que son necesarias para la instauración del derecho a comprender y que están vinculadas con la actividad institucional como la necesidad de reforma de sistema de formación de juristas en distintos niveles, incluido el ámbito universitario, la necesidad de llevar a cabo reconocimientos públicos por buenas prácticas en la utilización del lenguaje, la revisión de los actos de comunicación procesal o el uso apropiado de las nuevas tecnologías.

5. La CMLJ, teniendo en cuenta la presencia habitual de un juicio crítico sobre la labor periodística en sus deliberaciones, decidió añadir una última *Recomendación asociada* a los medios de comunicación social. En este punto, el texto es relativamente breve aunque está basado en diversos estudios de campo y aportaciones realizados por un amplio equipo de expertos de un singular interés y considerable extensión. La *Recomendación asociada*, en realidad, podría valorarse como una declaración programática que pone de manifiesto, de un lado, la necesidad de distinguir el papel constitucional que resulta asignado a los medios de comunicación en la sociedad de nuestro tiempo como garantes del principio de la publicidad del proceso y, de otro lado, en una apreciación mucho más discutible, su labor de *traducción* del texto jurídico a niveles de comprensión general. El tono utilizado asocia, en términos generales, las consideraciones que se realizan normalmente al proceso penal. En este punto, no podemos olvidar, ante el lógico silencio del Informe y por su incidencia en lo que podríamos considerar una *creatividad indirecta* del derecho, la verdadera

> dimensión del secreto profesional y la llamada cláusula de conciencia de los periodistas, que aparece consagrado en nuestra Constitución -junto con la *cláusula de conciencia*- entre los derechos fundamentales y libertades públicas. En su artículo 20.1.d) reconoce y protege *el derecho a comunicar o recibir libremente información veraz por cualquier medio de difusión*, añadiendo que *la ley regulará el derecho a la cláusula de conciencia y al secreto profesional en el ejercicio de estas facultades.* Junto a lo anterior, habría que consignar como la urgente necesidad de desarrollar esta previsión constitucional con una definición suficiente de periodista que permita clarificar y combatir los frecuentes abusos que pueden tener lugar en medios de difusión y redes sociales.

Es evidente que el documento que finalmente consensuado y elaborado prescinde de muchos de los materiales que fueron utilizados por la CMLJ, optándose por un texto relativamente breve que siente las bases de otras iniciativas que deban afrontarse en el futuro. La CMLJ refiere, además, la existencia de una serie de recomendaciones compartidas por sus componentes, con un desarrollo limitado que debe continuarse como una labor institucional.

Las *Recomendaciones* aprobadas y entregadas al Gobierno eran, en definitiva, solo un punto de partida y una especie de *documento base* que tendría que haber seguido creciendo con actuaciones continuadas promovidas desde instancias oficiales y que marquen un punto de inflexión en la solución definitiva del problema. Esta percepción, lamentablemente, no ha tenido continuidad alguna ya que las instituciones implicadas, al margen de algún encuentro formativo, no han cumplido con sus deberes y no han dotado de desarrollo alguno a las razonables y sencillas *Recomendaciones* recibidas desde la CMLJ. Solo cabría reseñar que el Consejo General del Poder Judicial desarrolló unilateralmente y a través de un convenio de colaboración suscrito con la Real Academia Española la iniciativa, a mi juicio incompleta, de elaborar el *Diccionario del español jurídico,* porque no contiene alusión alguna a los

trabajos desarrollados por la CMLJ, ni participación de las instituciones implicadas en los trabajos de la misma.

5. El *factor de limitación* en la aplicación motivada de las normas

Conforme a lo establecido en el artículo 3 de nuestro Código Civil *las normas se interpretarán según el sentido propio de sus palabras, en relación con el contexto, los antecedentes históricos y legislativos, y la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas, atendiendo fundamentalmente al espíritu y la finalidad de aquellas*.

No es extraño que una catedrática de derecho Civil como Encarnación Roca utilice el precepto en su comentada conferencia y nos recuerde, una vez más, las analogías entre interpretación músical e interpretación jurídica. La *ventaja*, según ella, de la interpretación jurídica sobre la musical viene determinada porque la ley impone un método vinculante para el jurista en tanto que el intérprete musical, con un técnica altamente cualificada y una mayor libertad, debe buscar el método más apropiado. Atendiendo al resultado, que es lo que realmente interesa al público, entiende Encarnación Roca que esta diferencia es consecuencia de la distinta finalidad que persiguen ambas interpretaciones ya que la interpretación jurídica busca la aplicación de la norma a un caso concreto e incide en la vida real de las personas y ello exige, por tanto, una cautela *añadida* ante la necesidad de respetar sus intereses. En la interpretación musical o en la elaboración de cualquier otra expresión artística, esta incidencia en la vida real de las personas sería menor o, cuando menos, solo tendría un sentido inmaterial.

Desde mi punto de vista, esta situación estaría limitada al aplicador del derecho pero no al exégeta o al comentarista que procura sentar una determinada doctrina sobre aspectos esenciales de las normas o instituciones jurídicas. En tales casos,

no existiría esa afectación, cuando menos directa, a los intereses particulares de los ciudadanos y cabría entender que hay, en principio, una mayor libertad en el método utilizado por el jurista que dote de suficiente creatividad a su labor. Como ha puesto de manifiesto Cover (2002, p. 47) "los jueces y funcionarios crean y destruyen significado".

En cualquier caso, podemos establecer que existe un *factor de limitación* en la aplicación motivada de las normas que, cuando menos aparentemente, opera como uno de los principales elementos para delimitar (más que para limitar) la vocación creativa del jurista, del intérprete de la ley. Hay, sin embargo, en otros ámbitos de la creación, otros factores de limitación muy significativos aunque de signo aparentemente formal, como ocurre con la métrica o con las limitaciones físicas con las que se encuentra el pintor que realiza un fresco sobre una superficie ajustada. Más delicada aún sería la situación del novelista que utiliza la curiosa técnica del lipograma (al modo en que lo utilizan autores como PEREC (1969, p.1996) y se auto impone limitaciones que pueden comportar una extrema limitación para la escritura y, para muchos, como Morillas (1998, pp. 110-120), la imposibilidad práctica de su traducción que solo podría ser concebida como una forma de reescritura.

Todas estas limitaciones, en realidad, entienden los historiadores del arte o los teóricos de la literatura, que serían precisamente buscadas de propósito para incrementar la creatividad, demostrar el virtuosismo del artista o la originalidad de textos, partituras o de cualesquiera otros soportes plásticos. Lo mismo cabría señalar, en definitiva, respecto del factor de limitación que siempre aparece en la interpretación de la ley y ahora comentamos. En todo caso, se trata de una servidumbre enriquecedora que perfila el discurso jurídico por un sendero de pragmatismo y que debe conciliarse yanto con los ideales propios de cada sociedad como con los intereses legítimos de los ciudadanos.

6. Las soluciones formativas

No cabe duda que las soluciones académicas resultan indispensables para combatir la oscuridad del lenguaje pero no para *determinar* una voluntad creativa entre los estudiosos del Derecho. En este punto, es posible que el conocimiento técnico del lenguaje podría hacerlo más comprensible y dotar de mayor eficacia al mensaje jurídico, pero su creatividad solo vendrá determinada por un cambio de mentalidad social y corporativa.

La cuestión fundamental es fomentar una cultura jurídica básica entre los juristas de la que, al día de hoy y al margen del círculo académico, carecen. Estaría basada en la lectura y exigiría una serie de medidas prácticas que deben iniciarse en el ámbito universitario y continuar a través de la formación continuada. Lo esencial es romper esa tendencia que desdeña la formación filológica, histórica y humanista del jurista como una actitud prescindible y diletante, arrinconándola en algunos departamentos universitarios como una especie de mal *soportable*. Tal como afirmaba en una de sus obras Ramis Barceló (2009, 301), "este opúsculo –breve en páginas y grato en su expresión artística- es la obra de quien ha comprendido el Derecho como manifestación cultural. Desgraciadamente, quienes entre nosotros comparten este enfoque suelen encontrarse arrinconados en departamentos minoritarios de las Facultades de Derecho, en el caso de que ya nos las hayan abandonado definitivamente, al compás de los nuevos planes de estudio".

Este error garrafal ha contribuido, en buena medida, a la situación que padecemos en la actualidad que favorece la oscuridad del lenguaje jurídico y una visión mecanicista y excesivamente pragmática en la aplicación de las normas que sufren todos los ciudadanos y los alejan del mundo del derecho.

Un ejemplo *des creativo* paradigmático sería el sistema de acceso a la función pública mediante el ejercicio de oposiciones para el ingreso en cuerpos de funcionarios altamente cualificados y llamados a desarrollar una labor esencial en nuestro sistema de

justicia. La repetición mecánica del derecho positivo en exámenes orales que se desarrollan en un tiempo establecido o la realización de un extenso test para llevar a cabo una criba inicial con una *nota de corte* variable, lanzan un mensaje nítido al jurista para que desarrolle su labor conforme a criterios completamente estandarizados. Es obvio que nadie pretende en tales casos calificar la creatividad del opositor como un elemento determinante para su aprobado, pero el problema radica en que este modelo se reproduce a lo largo de una extensa vida profesional mediante la repetición de formularios para el ejercicio cotidiano de una labor que debe profundizar en las diferencias, a veces un tanto sutiles, que puedan darse en cada situación concreta o supuesto de hecho. No olvidemos que ya puso de manifiesto el catedrático Joaquín Garrigues Díaz-Cañabate, en su famoso *Curso de Derecho Mercantil* al que tanto valor literario le otorgara el novelista y profesor de Derecho Mercantil Miguel Delibes, cuando nos recordaba la obligación de los buenos juristas de buscar siempre la claridad, señalando que "el Derecho es el arte de trazar límites y el límite no existe cuando no es claro", tal como afirmó también Olivencia Ruiz (1996) en su *Discurso de ingreso* en la Real Academia Sevillana de Buenas Letras. En cuanto al juicio de Miguel Delibes, manifestó que descubrió en el texto del profesor Garrigues "el arte de encadenar palabras con belleza y erudición, la exactitud del adjetivo, el ramalazo metafórico deslumbrante y eficaz … la forma y la estructura literarias, la precisión de la palabra, el arte de escribir en suma –al margen de lo que se cuenta…- belleza y eficacia en la mera combinación de unos signos".

La formación del jurista debe completada, incrementando el estudio de las humanidades y reconociendo la importancia que tiene el conocimiento de la lengua y de la literatura jurídica para alcanzar en sus textos niveles de redacción más expresivos, descubrir espacios creativos que pueden facilitar su comprensión sin negarles suficiente rigor y teniendo en cuenta el factor de limitación que es propio del campo jurídico. Como ya sostuve con anterioridad (García Calderón, 2012, pp. 141-178), las propuestas formativas de futuro, siguiendo parcialmente el Informe presentado por la CMLJ, debieran centrarse en los siguientes aspectos:

1. Completar los Planes de Estudio de la enseñanza secundaria incluyendo el material didáctico necesario para un conocimiento básico de los conceptos jurídicos más habituales. Recuerda la CMLJ que la educación para la ciudadanía y los derechos humanos es una materia obligatoria en uno de los tres primeros cursos de la educación secundaria obligatoria que deriva de la recomendación 12 (2002) del Consejo de Ministros del Consejo de Europa. La Comisión apuesta por nuestro sistema actual y estima que *para mejorar la capacidad de comprensión de nuestros derechos y de los instrumentos de que disponemos para defenderlos es necesario empezar desde la escuela.* Siendo consciente de la complejidad de modificar una inercia centenaria de nuestro modelo escolar *se recomienda que los materiales de educación para la ciudadanía incorporen nociones básicas sobre derechos individuales y administración de justicia*.
2. Incluir en la enseñanza universitaria del Derecho, asignaturas directamente vinculadas con el conocimiento y uso correcto del Lenguaje. Un primer plano general que aborde el lenguaje y las posibles peculiaridades del lenguaje jurídico y una serie de materias optativas que permitan profundizar su estudio. En particular, señala la CMLJ, *que el nuevo modelo universitario que impulsa el Espacio Europeo de Educación Superior (EEES) abre los planes de estudio a la adquisición de habilidades y competencias por parte de los estudiantes, además de la tradicional adquisición de conocimientos. En el caso de los futuros juristas, el uso correcto del lenguaje jurídico forma parte de las habilidades y competencias que deben ser adquiridas con carácter primordial*. Conforme a las ideas anteriores la CMLJ recomienda a las facultades de derecho *que aprueben y den visibilidad a este tipo de asignaturas en sus planes de estudios*.
3. Incluir el examen sobre las habilidades lingüísticas para el acceso a determinados cuerpos de funcionarios vinculados con el Derecho. La CMLJ recomienda *un nivel mínimo de expresión oral y escrita para acceder a las plazas de los cuerpos de funcionarios de la Administración de Justicia así*

como que se impartan cursos de formación continua sobre esta materia y extiende esta exigencia a las profesiones de Abogado y Procurador al entender conveniente que el sistema de acceso a estas profesiones *incorpore previsiones expresas relativas a las enseñanzas mínimas que deben recibirse previamente al ejercicio profesional, con sus correspondientes criterios de evaluación.* Sobre la base anterior, concluye que *es recomendable introducir contenidos obligatorios que vinculen el acceso a la profesión a la claridad en la expresión escrita y oral*.

4. Establecer planes de formación continua que permitan conocer las iniciativas institucionales desarrolladas para la modernización del lenguaje jurídico. Es preciso acometer la doble tarea de modificar algunas pautas de conducta e incrementar el conocimiento filológico para el uso correcto de la lengua. La CMLJ considera adecuado *seguir el ejemplo de las buenas prácticas de otros países en relación con la denominada educación legal continua* (ELC). *Como es sabido, este tipo de formación llega incluso a ser obligatoria en algunos países para mantener la licencia de actividad en profesiones como las de abogado y procurador*.
5. Plantear la posible creación -a medio plazo- de un cuerpo de filólogos dependientes del Ministerio de Justicia que, integrados en Gabinetes de Comunicación, puedan auxiliar a los órganos jurisdiccionales y al Ministerio Fiscal en la confección de aquellos documentos de difusión anual que son dirigidos a la opinión pública y refieren su labor, así como para la difusión lícita asuntos que tengan trascendencia pública y requieran una respuesta informativa.

Al margen de lo anterior, quizá la aportación más valiosa de la CMLJ fue la enunciación de un nuevo *derecho a comprender*. Aparece descrito en términos muy amplios pero resulta un avance innegable su mera verbalización. En la discusión que sostenemos sobre la creatividad del jurista podría convertirse, además, en el sortilegio que desate el instinto creativo como un sortilegio o una fórmula de compensación del *factor de limitación* al que nos hemos referido con anterioridad.

El derecho a comprender es aquel que permite a los ciudadanos exigir de todos los poderes públicos el esfuerzo institucional suficiente para que puedan, sin necesidad de conocimientos jurídicos, ser entendidos los actos, orales o escritos, que son realizados para la elaboración, interpretación o aplicación de las leyes. Tal y como he manifestado en otra ocasión (García Calderón (2012, p. 178)), "Ley y lenguaje son dos términos casi redundantes que deben *conocerse mejor y fortalecerse recíprocamente en cuanto son indispensables para entender y convivir".*

7. Conclusiones

La consideración del Derecho como un *espacio descreativo*, es consecuencia de una larga tradición cultural que ha llevado a cabo una lectura defectuosa de la labor del intérprete del derecho en su relación con la realidad social. Esta carencia es más intensa en el sistema continental que en el sistema anglosajón basado en el precedente y sometido a menos requisitos formales para su valoración, como pone de manifiesto Roca I Trias (2014).

En cualquier caso, se trata de una convención social muy empobrecedora y arcaica que debe ser combatida a través de una corrección formativa del jurista que lo asocie, más intensamente, con el estudio de las humanidades y, en especial, de la lengua. Asimismo, la oscuridad del lenguaje jurídico impide un mayor consumo y desarrollo de la literatura jurídica y requiere que sea combatida siguiendo las recomendaciones que fueron realizadas hace varios años por la Comisión de Modernización del Lenguaje Jurídico.

La consideración, a mi juicio, innegable que concibe el derecho como un espacio descreativo, no solo produce una limitación estética o cultural. Se vincula con la actualización de nuestros derechos fundamentales y con el pacífico disfrute del régimen de libertades que nos proporciona el Estado de Derecho.

Bibliografía

Bermúdez de Pedraza, F. (1992). *El arte legal para estudiar jurisprudencia*, (Salamanca, 1612). Madrid: Civitas [Facsímil del original editado en Salamanca, 1612, de 196 páginas].

Bréchon, R. (1996). *Extraño extranjero. Una biografía de Fernando Pessoa*. Alianza Editorial.

Bruner, J. (2013). *La fábrica de historias. Derecho, literatura, vida.* Madrid: Fondo de Cultura Económica de España, Madrid,

Calvo, J. (2008). *Implicación Derecho literatura. Contribuciones a una teoría literaria del derecho.* Granada: Editorial Comares.

Calvo, J. (2011). *El alma y la ley. Tolstói entre* juristas (1890-1928). Sevilla: Comunicación Social Ediciones y Publicaciones.

Calvo, J. (2013). *Direito curvo* [*El derecho curvo*] (A. Karam Trindade, L. Rosenfield y Dino del Pino, P. de Lenio Luiz Streck, trads.). Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora.

Calvo González, J. (2013). *El escudo de Perseo*. *La cultura literaria del derecho*. Granada: Comares.

Carvajal, A. (1991). *Poemas de Granada*. Granada: Ayuntamiento de Granada.

Carvallo, L. A. (1571-1635) (1997); *Cisne de Apolo* (*de las excelencias y dignidad y todo lo que al arte poética y versificatoria pertenece*…) [A. Porqueras Mayo, introducción, edición y notas]. Kassel (Alemania): Edición Reicheberger [Ediciones Críticas 82].

Cota, R. (2009). Literatura y derecho. Ante la ley, de Claudio Magris. *Letras Libres*, (99), 301-305.

Cover, R. (2002) *Derecho, narración y violencia. Poder constructivo y poder destructivo de la interpretación judicial* [C. Courtis, ed.]. Barcelona: GEDISA. [Biblioteca Yale de Estudios Jurídicos]

De Valdés, J. (1999). *Diálogo de la lengua* [A. Quilis Morales, ed.]. Madrid: Ediciones Libertarias. [Colección Clásicos]

Eliot, T. S. (1999). *Función de la poesía y función de la crítica* [J. Gil de Biedma, ed., trad. y prólogo]. Madrid: Tusquets Editores. [Colección *Marginales*, 175].

España. Comisión de modernización del lenguaje jurídico (2011): *Informe de la Comisión de modernización del lenguaje jurídico*. Madrid: Ministerio de Justicia.

Estrabón (1992). *Geografía (Libros III y IV)* [M. J. de Meana y F. Piñero, trads.]. Madrid: Biblioteca Clásica Gredos.

Falcon y Tella, M. J. (2015). *Derecho y literatura*. Madrid: Marcial Pons.

García Calderón, J. (2012). Un nuevo derecho a comprender. *Cuadernos de derecho y comercio*, (57), 141-178.

García López, D. J. (enero 2014). Reseña de Calvo González, J., Direito Curvo. *Revista Jurídica de Innovación e Investigación Educativa*, (9), 115-120.

Garrigues, J. (1936). *Curso de Derecho Mercantil [Tomo I]*. Madrid: S. Aguirre

Garrigues, J. (1940). *Curso de Derecho Mercantil* [Tomo II]. Madrid: S. Aguirre

Magris, C. (2016). *Literatura y derecho. Ante la ley* [F. Savater, prólogo]. Madrid: Sexto Piso.

Morillas, E. (1998). El derecho a ser intraducible: *La disparition*, de Georges Perec, en castellano. *Trans, Revista de Traductología*, Universidad de Málaga, (2), 111-120.

Muñoz, S. (dir.) (2016), *Diccionario del español jurídico*. Madrid: Consejo General del Poder Judicial y Real Academia Española.

Olivencia, M. (Mayo de 1981). Discurso de Ingreso del profesor Manuel Olivencia Ruiz que, con el título Letras y Letrados, leyera en sesión pública y solemne el 15 de mayo de 1981, para su ingreso en la Real Academia Sevillana de Buenas Letras. Sevilla, España.

Perec, G. (1969). *La disparition*. Paris: Editorial Denoël [Colección Lettres Nouvelles]

Perec, G. (1996). *La disparition* [reimpresión]. París: Gallimard.

Perec, G. (1997). *El secuestro* [M. Arbués, M. Burrel, M. Parayre, H. Salceda y R. Vega, trads.]. Barelona: Anagrama. [Colección Panorama de narrativas]

Ramis Barceló, R. (2009). Reseña del libro de Claudio Magris, "Literatura y Derecho. Ante la ley". *Derechos y Libertades, Revista del Instituto Bartolomé de las Casas*, 13 (21).

Roca i Trias, E. (2014). Conferencia pronunciada en la Galería *Joan Gaspar* de Barcelona. Reproducción íntegra, sin título, recuperado de http://lamentable.org/creatividad-y-derecho/