

La eficacia política en la aplicación del Derecho

Diana Lucía Trujillo Ángel

En la iusfilosofía se pueden identificar tres tendencias en relación con el papel que desempeña el Derecho dentro de una sociedad. Una primera encuentra suficiente la normatividad para representar todas las expresiones de la vida jurídica de una sociedad. La segunda tendencia lo identifica igualmente con la ley, pero reconoce la insuficiencia del legislador tanto para prever la dinámica de la sociedad como para cubrir todos los casos posibles de conducta humana; en consecuencia, introduce la noción de zonas libres del Derecho en las cuales la solución habría que buscarla en otros ámbitos distintos al jurídico. En la tercera tendencia la prioridad la tienen los principios¹, el "nuevo Derecho" abre la posibilidad de utilizar en todos los niveles de la jurisdicción el criterio de los principios generales, asumiendo como indiscutible el papel ético-social inmanente en el Derecho.

En las sociedades abiertas o formalmente democráticas el papel ético-social se realiza a través de la política como elemento integrador de la realidad con la norma. La política concreta en instituciones los intereses sociales diversos, pero los racionaliza dentro de la sociedad pluralista que respeta o tolera la diferencia. No puede desconocerse que a través del libre ejercicio de posiciones encontradas dentro de una sociedad se pueden generar, y de hecho se generan, postulados normativos que permiten la convivencia dentro de la diferencia. No es, pues, privando al Derecho de su componente político o separándolo de su característica ético-social como se llega a alcanzar el derecho 'correcto'. Todo lo contrario, la corrección del Derecho jamás podrá ser fijada de manera definitiva ni pura, requerirá siempre el constante ajuste con la realidad a través de la política, para garantizar su dinámica.

A lo largo de la historia se observan grandes esfuerzos por mantener 'incontaminada' la justicia desde el momento en que se logra desagregarla de la omnímoda autoridad del monarca. La división operativa del poder

¹ Esto, que se dé prioridad a los principios constitucionales sobre las normas particulares y concretas, es lo que disgusta a los juristas formados en el positivismo hegeliano y en la idolatría de la legalidad.

público en ramas, no busca otra cosa que aislar en su pureza prístina las calidades, condiciones y procedimientos del juez. Inclusive se toleran las interacciones y controles de legislativo y ejecutivo, pero siempre se mantiene incólume la independencia de la Rama Judicial. A pesar de semejantes precauciones es innegable que la connotación política del sector judicial no por implícita es menos real. El juez es personaje político desde los menesteres humildes en el entorno municipal hasta la influencia ostensible de las 'altas cortes', y frecuentemente sus decisiones son calificadas y objeto de crítica como actos políticos. Un capítulo de reiterada presencia en la teoría política de los pueblos de Occidente es el llamado "gobierno de los jueces", que a veces se desdeña y en ocasiones se alaba. Lo real es que ocurre, y cuando eso pasa es porque los jueces y las sociedades están haciendo explícito el componente político de su misión. Más aún, a los protagonistas políticos se les atribuye como gracia y aureola la facultad judicial de los perdones o indultos, lo que muestra que en decisiones tales la esencia no es de disquisición jurisdiccional sino de sentido político.

En Colombia, uno de los debates contemporáneos más apasionantes, e imposible de agotar desde luego, es el que se da a partir de la Constitución Política de 1991 cuando todos los juristas, tanto magistrados como jueces y litigantes, vuelven a los viejos postulados de la filosofía del Derecho y rescatan conceptos que, se creía, habían dado de sí todo lo que era posible. Las canteras clásicas de los estoicos², de Aristóteles³, de Santo Tomás de Aquino⁴ y la escolástica, han proporcionado importante material a partir del cual piden nuevas formas los iusnaturalismos antiguo y clásico⁵ en tanto que desde la orilla opuesta los contemporáneos escarban y exploran muy a su gusto un iusposi-

tivismo en los sofistas, menos cosmopolitas que aquellos y más afincados en lo que llamaríamos hoy el derecho local. En la confrontación de unos y otros resurgen las sutilezas que diferencian justicia y legalidad. Así mismo, es en viejos textos⁶ donde se hallan raíces de aportes todavía sin nomenclatura pero que sin duda corresponden a esbozos sociológicos, psicológicos e histórico-económicos, el concepto de hecho es probablemente el que más antiguas huellas tiene en la filosofía. Le seguirá, con cierto rigor metodológico, el de norma, que le es complementario en la iusfilosofía. Pero sólo en los tiempos de la modernidad se encuentra la especulación sobre los valores. Y una nueva herramienta en los tiempos últimos viene a constituirse con la filosofía del lenguaje. Contribuciones importantes desde ángulos tan diversos nos llevan a la obra de Rawls, Bobbio, Habermas, Perelman, a través incluso de las conceptualizaciones de Cossio y de otros que aunque les antecedieron andaban por la misma huella teórica como Del Vecchio, Kelsen, Ihering y Savigny.

Ninguna Constitución como la actual ha relevado la importancia del Derecho como dinámica propia del juez y particularmente del juez constitucional. En ella es explícito el mandato de superar creativamente lo jurídico-formal, y esto explica una exigencia de estudio y de profundización en la filosofía y en la filosofía del Derecho. De otra parte, la Constitución del 91, más que un documento jurídico tiene el carácter de documento político o social-político y sólo en este contexto puede ser adecuadamente entendida y aplicada, porque es el ejercicio de instrumentos que se apoyan en la realidad social y que promueven la solución de intereses sociales. Nada más extraño a ella entonces que una exégesis formalista⁷ al modo de la hermenéutica clásica⁸. Entonces, la

² Mírense las concepciones de "Derecho" en MÁXIMAS de Epicteto, en los PENSAMIENTOS de Marco Aurelio, en LA CONSOLACIÓN POR LA FILOSOFÍA, de Boecio. Hay edición conjunta de Ediciones Ibéricas, de Madrid.

³ Cfr. LA POLÍTICA, especialmente el Libro IV.

⁴ Cfr. SUMA TEOLÓGICA. Cuestiones 95 a 102.

⁵ El iusnaturalismo antiguo se encuentra en los textos religiosos de judíos, egipcios e hindúes, en tanto que el iusnaturalismo clásico tiene fuentes neotestamentarias y es desarrollado a partir de los Padres de la Iglesia y de San Agustín.

⁶ Pueden servir de ejemplo los libros LEVÍTICO y DEUTERONOMIO, de la Biblia, EL LIBRO DE LOS MUERTOS, de los egipcios, EL CÓDIGO DE HAMMURABI de los babilonios, y el CÓDIGO DE MANÚ de los hindúes.

⁷ En este método predomina el aspecto gramatical; en él, el intérprete deberá limitarse al texto legal.

⁸ Para ésta, el texto escrito concentraba el contenido de la norma; prescindía, entonces, de la contextualización histórico-sociológica.



dinámica propia de la Constitución del 91 es fundamentalmente antidogmática y da margen y ámbito, a partir de su definición autónoma como 'norma de normas', para interpretaciones diversas pero siempre oscilantes o pendulares dentro de la realidad social y no dentro de la fórmula teórica.

En nuestro país está en su punto álgido la controversia sobre el papel de la Corte Constitucional. Los argumentos que se esgrimen de lado y lado muestran el interés, de unos, en matricularla en la juridicidad tradicional amparada en el texto legal, y de los más progresistas en mostrar cómo por razón del objeto de que se ocupa no sólo es adecuado sino que debe manifestar con especial relieve su compromiso político. Al fin y al cabo su empeño es la guarda de la Constitución, esto es, de las instituciones que el pueblo colombiano creó para garantizarse la convivencia. El solo hecho de adscribir al Estado colombiano el calificativo Social obliga la hermenéutica de todas las leyes montadas sobre el criterio filosófico-ético de la dignidad del hombre. Desde este ángulo la política es mucho más que la administración de los recursos hacia la satisfacción de las necesidades: es una actitud proactiva filosófica hacia una redefinición del hombre social que supere los derechos, intereses y pretextos del hombre-individuo, de la Constitución burguesa de los Revolucionarios Franceses.

Y respecto del papel que juega la interpretación constitucional, puede decirse que el alto grado de abstracción de las normas constitucionales probablemente genera una cierta inseguridad jurídica, pero asimismo origina una notoria eficacia política. Eficacia política que se hace manifiesta en cada episodio en que el pueblo se mira y se siente como participante en el proceso y responsable de muchas decisiones que le son deferidas y a las cuales antes sólo prestaba una anuencia o tolerancia de mal grado.

La actitud con que ahora se afronta la convivencia jurídica entre derechos y deberes

de individuos que interactúan y de una sociedad que los contiene y los regula difiere mucho de la que se estilaba antes. En efecto, mientras el Derecho se manejó dentro de los parámetros prestados por la Lógica se pretendió que las normas se convirtieran en axiomas. La actitud de los juristas y de los hombres del siglo XX rehuye esa postura y es escéptica sobre la neutralidad de ese Derecho 'lógico'. El paso es hacia lo axiológico. El Derecho busca su eficacia en la medida en que responde a 'valores', y estos son aportados por la formación -o la manipulación- política de los pueblos⁹. Y ¿quién dice que esta relación no está mostrada por la secuencia histórica? Sin devolverse hasta el historicismo jurídico savigniano, sí es de reconocer la conexión historia-derecho, no tanto como juridicización de la costumbre, pero sí como construcción del derecho a partir de la realidad social y de sus intereses, tan dinámicos cuanto transitorios. Desde los comienzos del siglo XX lo estuvo explicando Dilthey con precarios resultados ante la influencia de los otros positivimos estatalizantes de corte hegeliano. Cuando se escribe una constitución se está respondiendo a un proceso de politización con una dirección concreta, y la transición del Derecho sólo tiene una salvación: los principios generales de Derecho. Pero esos principios generales de Derecho son en la casuística los principios constitucionales. De ahí que hoy se trate a estos como antecedentes y fundamento de los principios, o como principios-fuente de las fuentes. El constituyente colombiano bien hubiera podido decir en el artículo 230 que el ordenamiento jurídico parte de los principios generales del Derecho. Y allí estarían incluidas las leyes y las costumbres.

Porque cuando se habla de principios se encuentra que ellos integran el ordenamiento jurídico y son tan imperativos y explícitos como cualquier ley. Teniendo sobre las leyes ventajas jusfilosóficas como el ser universales y relieves valores sociales concretos. García de Enterría¹⁰ sugiere la identificación, por ello, de los principios generales con el contenido del

⁹ Cfr. RECASENS SICHES, Luis. Nueva Filosofía de la interpretación del Derecho, Méjico: Fondo de Cultura Económica, 1973

¹⁰ Cfr. GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. Reflexiones sobre la ley. Madrid: Civitas, 1986.

derecho natural. Y siguiendo la corriente del nuevo jusnaturalismo, se desembocaría nada menos que en la tesis de que hablar de los derechos humanos es hablar de los principios generales del derecho. Y si el derecho positivo es una concreción del derecho natural, el derecho positivo es una aplicación concreta de los principios generales de Derecho. Y el derecho positivo es una concreción de valores sociales e intereses políticos. No se requiere ir más allá. La definición –para nuestro tiempo– del Derecho, diría: El Derecho es un condicionante político de conductas montado sobre el eje de unos valores sociales transitorios. El carácter axiológico del Derecho y del derecho positivo es lo que impide que se convierta en axiomático como lo esperaban y querían los logicistas. La discrepancia con los jusnaturalistas clásicos simplemente aterriza el fenómeno jurídico porque elude la necesidad de que la norma jurídica por natural sea eterna, inmutable, universal y originada en Dios. Y así lo había intuido el mismo Von Ihering¹¹. Los principios generales de Derecho, fundados por naturaleza en los procesos políticos, bien pueden ser propuestos racionalmente como transitorios, mutables y particulares a una sociedad, sin que ello los distancie de su carácter natural. Ahora bien, un marco referencial estaría en la determinación de los valores que expresa y promueve valores que pueden distinguirse como valores sociales y valores del individuo. Pero, ¿acaso el valor por excelencia, la dignidad humana, no es un valor social primario, mucho más allá que simplemente individual? No habría lugar, entonces, a la distinción, y todos los valores de la génesis del Derecho son valores sociales, generales, colectivos. Y así parezca que los protegidos por el respeto a la vida, la libertad y el patrimonio son personas individuales y privadas, lo real es que se protege la sociedad entera. Este jusnaturalismo objetivo es el que, en voces de Perelman¹², prefiere hablar de la naturaleza de las cosas y no de la naturaleza del hombre. La eficacia política del Derecho nos da la distancia entre el Derecho que se quedó en las bibliotecas y el Derecho que salió a la calle.

Otro efecto importante de esta nueva actitud del y ante el Derecho tiene que ver con el método. Desplazado el jusnaturalismo racionalista y formal a ultranza, y con la lógica y la asepsia de la normatividad, cae bien que la deducción los acompañe. Elegir para la decisión judicial lo más plausible en lugar de lo más lógico, tiene un sabor de riesgo pero juega con las conjeturas –al estilo popperiano¹³– entre las que se encierra ‘lo probablemente más justo’. Lo justo dejó de ser la ‘verdad’ y descubrió que su compromiso no es con la lógica sino con la historia y con los valores de una sociedad particular y concreta. Es toda una revolución en la cual los juicios de valor destituyen los juicios de verdad o juicios de necesidad que son la médula de la lógica. Y detrás de ellos desfila la jurisprudencia de conceptos para abrir campo a la jurisprudencia de problemas. Las instituciones jurídicas tienden a ser pragmáticas más que axiomáticas y los edificios formales son derrumbados por la necesidad política. La vida humana, la vida social, no es un sistema secuencial y organizado, lógico. Es un complejo aporético donde hay más casualidad que causalidad, más finalidad y deseo que racionalidad. El objeto del Derecho es el reino de lo vario y de lo contingente, y el manejo de la ciudad –polis– exige un Derecho concreto, ajustable, flexible, una casuística eficaz pero que responda a principios generales. Las soluciones jurídicas ya no están dadas como una geometría sino como una heurística. La experiencia y el sentido común ganan valor en este contexto, y el Derecho se desmitifica.

Uno de los graves problemas de la ética y del Derecho es la imposibilidad de estabilizarlos sin un contexto científico. Que no lo tienen. Porque la referencia final es siempre la dignidad del hombre. Pero la dignidad del hombre no tiene ningún sustento real, quizá porque el mismo hombre inventó su dignidad.

Ahora bien, el hombre en la naturaleza, como un ser más en ella, está fuera del Derecho y de la ética. La naturaleza no tiene ética. No hay

¹¹ Cfr. IHERING, Rudolf von El fin en el derecho. Argentina: Atalaya, 1960

¹² Cfr. PERELMAN, Chaïm. La lógica jurídica y la nueva retórica. Madrid: Civitas, 1979

¹³ Cfr. POPPER, Karl R. Conjeturas y refutaciones. Barcelona: Paidós, 1983



bien ni mal donde todo está regido por la necesidad. ¡Ananké sobre todos! Tal como lo intuyeron los griegos. Sólo es posible considerarnos dentro de la naturaleza, como briznas del cosmos, y entonces la más clara aproximación a la ética sería la ecología, en tanto es respeto a los procesos generales del Universo. O fuera de ella, como seres imaginariamente superiores por cualquier razón, llamados a servirnos de ella y por lo mismo a respetarla con un sentido utilitario. Esta postura sería: respetemos la naturaleza, no porque ella tenga derecho a nuestro respeto, sino porque la necesitamos como alimento.

Si -y solo si- nos pensamos fuera de la naturaleza, podemos inventar que no vivimos en la necesidad sino en la libertad, y más aún, inventar un ideal altruista que será el valor 'justicia'. Navegamos en la libertad hacia el puerto de 'lo justo'. En esta dimensión axiológica convergen las direcciones de la norma y la implacable presión de los hechos. Es la contemporánea concepción de la tridimensionalidad del Derecho.

El método deductivo ya no se propone seriamente como táctica argumental del Derecho. Y es porque en la medida en que se incorpora a los procesos el interés por las incidencias fácticas se descubre que, pese a nuestras pretensiones, no hemos logrado que la naturaleza de los seres ni la naturaleza de los hechos sociales obedezcan las leyes de la lógica. Los hechos y los hombres son vivos, y para acomodarlos a la lógica hay que matarlos, esto es, abstraerlos, sacarlos de la realidad, que es dinámica. Es hallazgo viejo de Marx y de Hegel, y de Heráclito y de Lao Tsé. Los que antes aplicaban el Derecho lo hacían amparados por su instrumentalización del pensamiento lógico. No fueron nunca creativos porque creían que no podían serlo. Hoy, cuando el juez cree y sabe que puede crear Derecho, y que lo crea cada vez que falla, el compromiso con la lógica empieza a mostrar grietas. Y muestra su debilidad la lógica jurídica, tan evolucionada

hasta la matematización, que mostró la teleología de la conducta humana en fríos algoritmos susceptibles de reducirse a programas de computador. Los juristas le tuvieron siempre miedo al computador y de seguro los hubiera reemplazado fácilmente como magistrados si no se hubiera derrumbado el imperio de la lógica y de la racionalidad puramente matemática. Van a encontrar la salvación en la tridimensionalidad del Derecho, que convoca unas evaluaciones cualitativas menos propicias a la computarización. Las dimensiones dialéctica o normativa, fáctica o sociohistórica, y axiológica o de valor, hacen más compleja la búsqueda de la decisión jurídica y mucho más de la decisión judicial.

Los tiempos del Derecho lógico y del fallo como conclusión del silogismo corrían paralelos a propuestas igualmente en crisis¹⁴, como la concepción tripartita del poder, la independencia y cooperación de las ramas del poder público, la noción de Estado como aparato jurídico-político de la sociedad, la legitimidad presuntamente inserta en la simple legalidad, el Estado de Derecho como antesala -y no como antípoda- del Estado Social.

Una noción realmente nueva es la de juez constitucional, en la imagen de quien funda sus decisiones más allá y más arriba de la ley. Una vieja costumbre hermenéutica hizo larga y pernicioso carrera al enseñar los principios constitucionales en tanto principios generales del Derecho como fuente auxiliar o complementaria del Derecho. Ha sido necesario el énfasis de Zagrebelsky¹⁵ para encontrar algo tan luminoso que debió ser obvio siempre: los principios generales del Derecho son la única fuente real del Derecho.

Los principios generales de Derecho son la fuente de las fuentes. Y no tiene sentido la subsidiariedad que se le atribuye hasta en las mismas constituciones recientes. La sentencia constitucional es fuente de Derecho -con el sentido de interpretación de principios- en la

¹⁴ Cfr. SIMON, Dieter. *La Independencia del Juez*. Barcelona: Ariel, 1985

¹⁵ Cfr. ZAGREBELSKY, Gustavo. *El Derecho Dúctil*. Madrid: Trotta, 1999

medida en que sea fundamental para la decisión concreta ostensible en la parte resolutive. Y aquí el juez constitucional corresponde a una imagen que no previeron Locke ni Montesquieu en su esquema de la tridivisión. Porque este juez es colegislador, coadministrador, intérprete y supervisor de las conductas sociales. Una de las discusiones frecuentes sobre el sentido de la expresión constitucional según la cual los jueces, en sus providencias, sólo están sometidos al imperio de la ley, se va zanjando definitivamente con el entendido de que no se refiere a la ley material simplemente sino a todo el contexto normativo jurídico, que tiene cabeza en la Constitución misma, y corona efectiva en los principios generales del Derecho, verdadero patrimonio humano, independiente de sus connotaciones jusnaturalistas.

Estamos de regreso del positivismo kelseniano y su Derecho 'puro', incontaminado tanto de los compromisos éticos como de las incidencias políticas. Quienes aplicaron el derecho puro bajo la égida fría de la lógica jurídica van cediendo el paso a la propuesta contemporánea en la que la aplicación del Derecho en camino hacia lo justo, no puede desconocer la profunda relación de las normas con su contextualidad en las ideas políticas que interpretan y mueven el momento social. Las **ciencias del deber ser** tienen más ámbito en la especulación bibliotecaria y si quieren salir a la luz deben insertarse en las **ciencias del ser** de las sociedades. La posición de Kelsen ha tenido una importancia destacada, y sin perjuicio del realismo de su tesis, es preciso acoplar a su propuesta otras dimensiones diversas de la puramente normativa.

No hace mucho han descubierto los teorizantes de la praxis jurídica que el juez no sólo es intérprete de la norma sino también de los hechos. Probablemente la exégesis de la norma sola y la incorporación de los hechos desnudos en el silogismo jurídico puedan sortearse de manera exitosa mediante el método deductivo.

Pero ello es imposible cuando no sólo se

interpretan las normas sino también los hechos. Y estos se dan, ocurren, no en el plano lógico sino en los planos ontológicos en tanto corresponden a los valores sociales y a momentos concretos de la vida política. Una sociedad es lógica cuando legisla pero no es lógica cuando vive. De ahí el obvio retardo de la ley frente a la dinámica social. Y el juez lógico está aplicando hoy una 'justicia' que lo era ayer.

La propuesta del silogismo jurídico y el esquema general del método deductivo empezó a ser pensada a partir del derecho penal, probablemente en la obra de Beccaría. Los elementos norma, hecho y pena se acomodan al esquema con un facilismo que propició su difusión y se constituyó en esqueleto del proceso penal. De forma paralela, los civilistas fueron aplicándolo a sus disquisiciones y mal que bien lo acomodaron a su interés. El Derecho se convirtió en un instrumento lógico, científico... y divorciado de la vida real. Cuando Beccaria inventó el silogismo y la lógica penal quiso darle una naturaleza tan científica y sólida que le retiró la confianza al componente psicológico de la voluntad del legislador. Averiguar la voluntad presunta del legislador –pensó– entorpece antes que favorecer el ejercicio de la justicia.

Después de que Comte trae su ley de los tres estados, los juristas encuentran aplicable la propuesta también en el campo del ejercicio jurídico. Y 'descubren' que también la justicia ha tenido sus momentos religioso y metafísico, y que ha llegado el día de la justicia positiva. Pero este positivismo de y en la justicia había surgido siglos antes, con la justicia a la medida que proponían los sofistas. Si en palabras de Protágoras el hombre es la medida de todas las cosas, quién mejor que el juzgador para definir esa medición. Y esa justicia a la medida era posible con la formación retórica de los litigantes, que no tenían el compromiso de buscar una 'verdad' que no existe, sino apenas de vender o presentar la verdad de su cliente. (Ahora se destaca la recuperación que hace Perelman de la Retórica como formación para el ejercicio de la justicia, con una dirección



decidida hacia la **persuasión afectiva**, y no hacia la **convicción racional**. El triunfo del Retor está en ser **patético**, no en ser **lógico**.) Ese positivismo silvestre de los primeros tiempos se afina en los siguientes, y al nivel del positivismo analítico que llegó a nuestros días corresponde la relación automática de Estado y Derecho, con tal fortuna que se suponen recíprocamente, y sobra –al decir de ellos- por pleonástica, la expresión Estado de derecho. El Estado es jurídico por naturaleza, y el Derecho es en la ley la voz del Estado. La creación de normas es la conducta esencial del Estado –manifestación de voluntad-. La razón no la aporta –a veces ni la usa- el Estado en la creación del sistema de normas, sino que la abandona al intérprete. Para el positivismo nuevo el Estado crea normas y el juez las interpreta dentro de estrechos cauces. El juez creativo o creador, el magistrado que interpreta no sólo la norma sino el hecho, resultan extraños al positivismo analítico. Por aquí va la distinción de Zagrebelsky de un Estado constitucional de hoy frente o contra un Estado de derecho de ayer, del siglo XX y más bien del XIX.

El Derecho, que no es más que un condicionante político de conductas, se mueve a su sabor dentro de las ideologías. Y siempre fue así, mal que pese a los kelsenianos y sus epígonos. El Derecho incontaminado, puro, apenas si se sostiene como una entelequia académica. El Derecho es una de las manos con que la política mueve los pueblos. Derecho y política se relacionan dialécticamente dentro de la unidad de contrarios, como lo previeron Hegel y Marx. Son la serpiente que se muerde la cola, o si se quiere el Abraxas hessiano. Acertó el tratadista que comparaba el positivismo kelseniano y su Derecho puro a una geometría de la ley, a un esquema distinto y distante de la vida social. El matrimonio entre la política y el Derecho es tan notorio que al mismo Kelsen, como a otros positivistas de parecido cuño, en su tiempo les endilgaron el ser apenas los justificadores jurídicos –los juridicizadores- de la ideología nazi-fascista.

El positivismo jurídico buscó su compañía en

el Estado de poder, en el Estado policía, que eran en últimas lo que los liberales –o conservadores en economía- quisieron vender como Estado de derecho. La marcha hacia el Estado constitucional o el Estado social es, entonces, una superación del Estado de derecho o de poder, y por consiguiente una superación del positivismo jurídico en todas sus formas. Las constituciones nuevas llaman a los juristas a interesarse en los contenidos más que en la forma de las normas.

De parecida manera puede mostrarse la politicidad del Derecho con los roces doctrinarios de franceses y alemanes de los siglos recientes. Aunque eran tan románticos en política, los roussonianos y sus seguidores vieron en la ley positiva el más depurado ejercicio de la razón, como lo quiso realizar el frío y aséptico Código de Napoleón. Por su lado, los historicistas de Savigny postularon que el Derecho no era cosa distinta de la concreción en leyes de la costumbre y modos y tradiciones de los pueblos, es decir, un producto de la vida real antes que una invención de biblioteca. A partir de entonces, y por un abanico de canales, los doctrinantes proponen que el juez no se limite a descubrir el Derecho, sino que cuando es necesario lo cree, no en el sentido de crearlo sino de crearlo. Así, el Derecho no va con la pura racionalidad lógica ni con los postulados del dogma. Ni con la autoridad del precedente. Ni con los presuntos ‘espíritu de la ley’ ni ‘sabiduría del legislador’. Es una aventura y compromiso personales del juzgador. Es más para el juez que vive que para el juez que sabe. Es del juez que convive con los ciudadanos y no del juez que se coloca sobre ellos. Este aprendió en la facultad un catálogo de reglas y de fórmulas; aquel es afectado por el orden público, tiene una sensibilidad social y unos apegos morales, es tributario de la costumbre, comparte prejuicios, tiene preferencias políticas, y ve cómo la vida social transcurre por caminos imprevistos para los axiomas y los aforismos. Este juez no le halla sentido al *dura lex sed lex*, porque el Derecho se aplica sobre hombres vivos y con unas circunstancias específicas y concretas. La vida personal de los hombres

dentro de la sociedad no se encasilla en categorías lógicas, regidos como estamos por la teleología y la necesidad, y no por la razón y la lógica. De todos modos, no puede entenderse la acción creativa y creadora del juez como una autorización para desconocer y sustituir el Derecho legislado. Su creatividad va a la aplicación concreta, y en ningún caso implica una vocación a desplazar al legislador.

La noción de que el Derecho es un condicionante político de conductas ha sido mejor asumida en el sistema anglosajón. Ya O. W. Holmes¹⁶ presentaba explícitamente la idea de que el Derecho es en cada momento lo que una sociedad considera conveniente. Su posición, después bautizada por los comentaristas como Realismo Jurídico, partía de algunas concepciones básicas: El escepticismo sobre la posibilidad de encontrar o de darle certeza a la decisión jurídica y a fortiori a la decisión judicial. Y sobre todo el destacable papel de los que llamó elementos extrajurídicos, en la decisión jurídica. Y que en su esquema constituyen un influjo real en la hermenéutica y en la consecuente decisión. Sus sucesores han hecho la disección y crítica de la deducción y la exégesis, como vicios de la jurisprudencia. En el fondo, el Derecho vivo surge de las decisiones judiciales, más que de la ley considerada como fuente próxima del Derecho. El juez probablemente aplica principios que están más atrás y más arriba de los 'principios' que expresamente se le asignan por la ley más próxima y los reglamentos procesales. El esquema de los lógicos, que tomaba como elementos los hechos y las normas, expresa la necesidad de una relación. Que parece preferible a la inversa de cómo se ha sugerido. No el encuadrar los hechos en las normas, sino entender que las normas son la cristalización de los hechos reiterados de la vida social. El Derecho es para el hombre, y no el

hombre para el Derecho. Lo que hace ostensible la interminable lucha del hombre contra el Estado. Un Estado que creó para promover sus intereses y que se fue volviendo en contra suya, el Leviathan y el Behemot bíblicos.

Cuando –como hoy en el tridimensionalismo jurídico– se relievra la convergencia del hecho concreto, la norma positiva y el valor social, se trata de una verdadera síntesis dialéctica, no de una simple elección ecléctica como algunos tratadistas lo han asumido. Es en este sentido como se nota la relativa veteranía de esta concepción, pues que ya estaba en Gény cuando refrescaba el jusnaturalismo, y en Radbruch, Recaséns Siches, Legaz y Lacambra y aún en García Maynez. Cuando Habermas¹⁷ empezó a elucubrar sobre derecho y política, o sobre leyes y Estado, detectó el problema de tensiones entre la legitimidad y la praxis real. Para él, el atributo del juez es la aplicación al hecho concreto, y considera que su motivación es una reflexión próxima y concreta, dejando al legislador la profundidad de la especulación filosófica que convoque la legitimidad de la ley. Al juez no ha de preocuparle tanto la legitimación cuanto la eficacia, que es su compromiso político con la sociedad, en tanto que la legitimidad del Derecho corresponde al campo de su compromiso jurídico con el Estado.

La lección esperada sigue siendo la conducta del fallador que entiende que la justicia como valor social se propone en la legalidad formal pero sólo se realiza y legitima en la equidad, es decir, en la solución del caso concreto. Esta visión del Derecho vivo es plenamente compatible con la propuesta de la plenitud del orden jurídico, porque hace gráfica la explicación: en el Derecho no existen lagunas, no porque existan leyes, sino porque existen jueces¹⁸. Y no sería audaz afirmar que el Derecho permanece en la vida social gracias a los jueces, y a veces, muchas veces, a pesar de las leyes...

¹⁶ Cfr. HOLMES, Oliver W. *The Common Law*. Trad. Fernando Barrancos, Argentina: Unión Editora, 1964

¹⁷ Cfr. HABERMAS, Jürgen. *Facticidad y Validez*. Madrid: Trotta, 1998

¹⁸ Cfr. COSSIO, Carlos. *La plenitud del ordenamiento jurídico y la interpretación judicial de la ley*. Buenos Aires: Losada, 1947



Bibliografía

- CALVO GARCÍA, Manuel. Teoría del Derecho. Madrid. Tecnos, 1992
- CASANOVAS, Pompeu y MORESO, José Juan. El ámbito de lo jurídico. Barcelona. Crítica, 1994
- COSSIO, Carlos. La plenitud del ordenamiento jurídico y la interpretación judicial de la ley. Buenos Aires. Losada, 1947
- GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. Reflexiones sobre la ley. Madrid. Civitas, 1986
- HABERMAS, Jürgen. Facticidad y Validez. Madrid. Trotta, 1998
- HOLMES, Oliver W. The Common Law. Trad. Fernando Barrancos, Argentina: Unión Editora, 1964
- KAUFFMANN y HASSEMER. El Pensamiento Jurídico Contemporáneo. Madrid. Debate, 1992
- IHERING, Rudolf von El fin en el derecho. Argentina: Atalaya, 1960
- PERELMAN, Chaïm. La lógica jurídica y la nueva retórica. Madrid. Civitas, 1979
- POPPER, Karl R. Conjeturas y refutaciones. Barcelona. Paidós, 1983
- RECASÉNS SICHES, Luis. Nueva Filosofía de la interpretación del Derecho, Méjico. Fondo de Cultura Económica, 1973
- SIMON, Dieter. La Independencia del Juez. Barcelona. Ariel, 1985
- ZAGREBELSKY, Gustavo. El Derecho Dúctil. Madrid. Trotta, 1999