

EL PROBLEMA DE LA PRODUCCIÓN DEL DERECHO

Luis Manuel Sánchez Fernández*

1. ¿Interpretar o Producir el Derecho?

La pregunta resulta pertinente en un medio jurídico de fuerte propensión legalista como el latinoamericano. En efecto, varios indicadores culturales, entre los que destacan la orientación “codiguera” de la formación académica y la predilección por las tareas de la dogmática jurídica, muestran que los operadores del derecho -jueces, fiscales y abogados-, en nuestros países, se reconocen preferentemente como intérpretes del Derecho, sin interrogarse de manera conciente sobre su actuación como creadores, o más exactamente, productores del Derecho.

Esa autolimitación es visible en el contexto de la llamada tradición romano germánica, pero no deja de afectar a los sistemas de influencia anglosajona. El profesor Lief Carter ha hecho notar el predominio, y el subsiguiente fracaso, del textualismo incluso en la tradición Constitucional norteamericana, planteando enseguida la necesidad de romper con el “hábito del pensamiento legalista” que le exige al Derecho “ser mecanicista, determinado y, como una prueba matemática demostrar la singular corrección de sus resultados”¹

El legalismo como sentido jurídico común está asociado, por cierto, al predominio del positivismo jurídico o normativismo más difundido en la estructura institucional del Derecho. A veces suele atribuirse inmediatamente a la herencia de Kelsen pero, según creemos, no se desprende necesariamente de la obra de este autor. En Kelsen el momento productivo es decisivo para entender la función judicial². Ya desde su Teoría General del Estado Kelsen postula que tanto la legislación como la jurisdicción comprometen procesos de creación y aplicación de Derecho, y que la antítesis de “creación y aplicación de Derecho, no es absoluta, sino relativa”³.

El entronque principal del legalismo parece darse más bien con lo que Calsamiglia ha llamado el paradigma de Austin, cuyo “objeto fundamental es la descripción de las normas del derecho positivo”⁴, deviniendo, enseguida en el culto

*Universidad Nacional de San Agustín, Arequipa Perú.

¹ CARTER, Lief. “Derecho constitucional contemporáneo. La Suprema Corte y el Arte de la Política”. *Abeledo Perrot*. Bs. As. 1985, p. 25.

² Véase KELSEN, Hans. *Teoría pura del derecho*. México: UNAM, 1983, pp. 357.

³ KELSEN, H. *Teoría general del estado*, p. 302.

⁴ CALSAMIGLIA, Albert. *Racionalidad y eficiencia del derecho*. México: Ediciones Fontamara S.A., 1993, p.65.

privilegiado de la norma puesta preferentemente por medios escritos. Este paradigma, tan característico de la dogmática tradicional, en algún punto no deja de ser metodológicamente grato a cierto jusnaturalismo. Después de todo positivismo y jusnaturalismo tienen de común el asumir al Derecho como una cosa “dada” que al jurista sólo le correspondería “descubrir”. Eso explica que el Derecho sea entendido corrientemente como una ciencia “hermenéutica”⁵ en un sentido interpretativo, tesis que se empobrece mucho más cuando se entiende el Derecho reducido meramente a la ley, como se planteó por escuelas como la de la exégesis en Francia, o la escuela dogmática en Alemania.

Poner el acento en la interpretación, sugiere la admisión explícita o implícita de que el Derecho está hecho para el operador. Es decir, que preexiste al intérprete. En consecuencia sólo restaría describirlo o interpretarlo⁶. Se comprende enseguida por qué la postura interpretativista tiende a sublimarse irremisiblemente como legitimadora del orden jurídico constituido y a menudo a mostrar un prejuicio conservador presentado circunstancialmente como “ciencia jurídica”.

Desde el otro ángulo, poner el acento en la producción del Derecho provee mayor aptitud para reconocer que el Derecho es un discurso que se “hace” y no preexiste. Se revalor, en consecuencia, la capacidad humana para construir Derecho, y se allana el camino para preguntarse por las condiciones en que éste se produce: cómo es posible que las normas existentes sean llamadas “Derecho” y cómo es así que este “Derecho” responde o no a las necesidades e intereses de los individuos en sociedad. En esta segunda opción el jurista asume una postura crítica del discurso jurídico, lo que puede ahorrarle instrumentalizarse como custodio o ejecutor del sistema de poder convencional dominante.

Kelsen es de los pocos juristas clásicos que demuestran especial interés por el problema de las relaciones entre producir e interpretar el Derecho. Según se dijo Kelsen entiende el acto de “aplicación” del Derecho como acto de producción de normas⁷. No sólo el legislador “produce normas”, sostiene, sino también el juez; de ahí el carácter “constitutivo de la sentencia”⁸. Por otro lado, “interpretar” no sólo es

⁵ Modesto Saavedra hace notar que “Muchas veces se ha puesto de relieve el paralelismo de este modelo de ciencia jurídica con otra disciplina hermenéutica de la que aquélla es deudora desde un punto de vista histórico-teórico: la Teología”, vid. *Interpretación del derecho y crítica jurídica*. México: Editorial Fontamara S.A., 1994, p. 43.

⁶ Algunas posturas como las del Uso Alternativo del Derecho abogan por una nueva función del Derecho desde el seno de la interpretación. Pero en el momento en que la interpretación logra independizarse del contenido normativo originario sólo de modo muy convencional puede seguir llamándose “interpretación”. En esas condiciones sería más acertado hablar del Razonamiento Jurídico antes que de la “interpretación”, como surge de la propuesta del profesor Fernando de Trazegnies en su *Introducción a la filosofía y a la teoría general del derecho*. Lima: PUC, 1986. Una Teoría de la Argumentación Jurídica como la que proviene de autores como Alexy y Atienza, sustituye con incluso mayor ventaja el viejo tópico de la interpretación heredado del patrón positivista.

⁷ Cfr. KELSEN, *op. cit.* pp.243-245. El propio término de “Producción del Derecho” que aquí retomamos es Kelseniano, especialmente a partir de la 2da edición de la Teoría Pura, y para los hispano hablantes, de la traducción realizada por Roberto J. Vernengo, quién advierte la preferencia del profesor austriaco por el término de “producción” en lugar de “creación”, véase, loc. cit., p.357.

⁸ *Op. cit.* p. 246.

conocer sino también optar voluntariamente entre las varias interpretaciones posibles de la norma, puesto que no existe la norma con significado unívoco⁹. La Dinámica Jurídica Kelseniana puede describirse en ese sentido como una teoría de la producción judicial del Derecho.

La aguda distinción que establece Kelsen no le impide sostener, aunque suene paradójico, o precisamente por ello, la tesis de que entre “producir” e “interpretar” el derecho no hay separación de principio, por lo que nunca se ha dado ni se dará una pura “interpretación” que no sea al mismo tiempo “producción” de normas. “La sentencia judicial - dice en su Teoría General del Estado- es aplicación del Derecho si se la considera en relación con el grado normativo superior de la ley, por lo cual es la sentencia jurídicamente determinada. Pero es creación de Derecho si se la considera en relación con aquellos actos jurídicos que han de realizarse “sobre la base”de la misma...”¹⁰

En referencia a estas tesis el positivismo de muchos de los positivistas que “prosiguen” o enseñan a Kelsen en las Universidades latinoamericanas se exhibe notoriamente empobrecido. En principio, porque soslayan la capacidad productiva del juzgador, reduciéndolo a mero intérprete o aplicador de la norma. En segundo, porque asumen la interpretación como puro acto cognoscitivo, peor aún reducido a sus alcances literales y/o lógico formales. Es claro que esto ocurre preferentemente en el nivel del modelo teórico asumido por la mayoría de juristas, aunque en la práctica muchos de ellos se comporten como productores inconscientes.

La exposición Kelseniana resulta pertinente para comprender los posibles alcances y responsabilidades de la función judicial, en la producción de Derecho, aspecto en el que han insistido posteriormente diversas corrientes no interpretativistas¹¹. No obstante, más allá de los alcances de la decisión judicial, resulta teóricamente posible y necesario distinguir un momento propiamente productivo del Derecho, que no se realiza en específico por el juez. Es el momento de generación política de la norma, teóricamente reservado al poder legislativo, a los legisladores, y a determinados miembros del poder ejecutivo.

En este sentido cuando en su Teoría Pura soslaya este momento del funcionamiento del Derecho kelsen se comporta como lo que podría llamarse un “positivista ideológico” consecuente. No se interesa, en apariencia, en cuestionar el sistema de normas producido en el momento no judicial y lo toma por aceptado¹² dispuesto a moverse estrictamente en su interior. Y sin embargo este

⁹ *Op. cit.* p. 353.

¹⁰ KELSEN, *op. cit.* p. 395.

¹¹ Es el caso conocido del movimiento Critical Legal Studies desplegado en los Estados Unidos, que ha dado lugar a importantes corrientes entre las que destacan las del no interpretativismo, véase CARTER, Lief H. *op. cit.* p. 157.

¹² Y decimos “en apariencia” puesto que Kelsen tampoco se muestra interesado en defender las normas producidas en el momento legislativo. Más aún declara explícitamente en el prólogo de su “Teoría Pura” que no le interesa justificar ningún derecho en particular, y por el contrario le preocupa retirar de la Teoría del Derecho todo elemento de politización. Véase, *op. cit.*

momento de producción normativa es de tanta importancia que bien puede decirse que, cuando menos en nuestra cultura jurídica, determina el tipo de decisiones emitidas por la actuación judicial ulterior.

Esta puede constituir, a juicio nuestro, la objeción fundamental que se le puede hacer al patrón de pensamiento positivista jurídico dominante en América Latina: el haber tendido una cortina de humo sobre la producción fundante del sistema jurídico y haber subordinado la función del Derecho al supuesto de la Política. En el contexto internacional Bobbio afirma que esta actitud habría significado “un auténtico cambio de paradigma del pensamiento jurídico” que se habría producido a finales del siglo XVIII, y que habría llevado al Derecho Moderno a abandonar la razón sustantiva en aras de la formal, al sucumbir la creación ante la aplicación del Derecho¹³.

En lo que sigue nos proponemos revisar la manera en que Producción e Interpretación se combinan en el funcionamiento del Derecho, partiendo de un enfoque dinámico del Sistema Jurídico. Desde la perspectiva de la argumentación este enfoque nos llevará a concordar con gran parte de la propuesta del Profesor Manuel Atienza cuando distingue tres contextos de la argumentación jurídica : el de la producción o establecimiento de normas jurídicas, el de la aplicación, y el de la dogmática jurídica¹⁴.

2. Dinámica del Sistema Jurídico

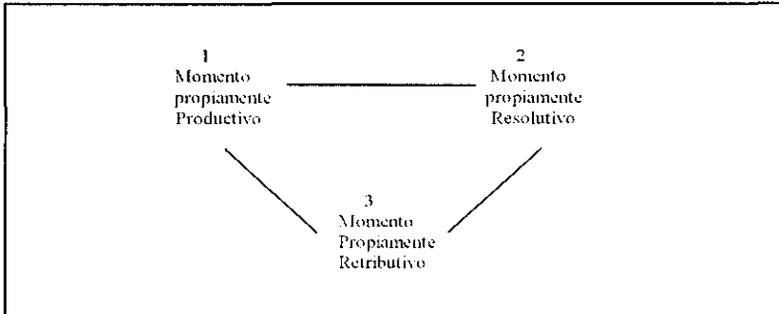
La gente asocia usualmente la imagen del Derecho a la del juzgador, los abogados y las partes en litigio. El estereotipo es más acentuado cuando se indaga por la justicia. Administrar justicia en el imaginario común se identifica casi exclusivamente con la concurrencia de las partes ante el juez para que éste decida lo justo ante la litis que tiene planteada. Por este camino la justicia aparece identificada con lo que podríamos llamar “*justicia resolutive*”, es decir, la justicia como arte de resolver conflictos. Pero esta imagen sólo corresponde a una parte, o un sector, o un momento de la realidad de funcionamiento del Derecho. Existe también lo que podría denominarse *justicia constitutiva o estatutiva*, que tiene realidad cuando el derecho estatuye relaciones creando el tejido primario de interrelación humana. Además existe lo que se denomina *justicia retributiva* aplicada a quienes han causado un daño irreparable a los otros miembros de la comunidad¹⁵.

¹³Cfr. ATIENZA, Manuel. “Razon practica y legislacion”, en *Revista de Estudios Parlamentarios*. México D.F. p. 10.

¹⁴Véase, ATIENZA, Manuel. *Las razones del derecho, teorías de la argumentación jurídica*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993, pp. 19-20.

¹⁵Recordemos que ya Aristóteles distinguía una justicia distributiva, otra “correctiva” o conmutativa y una de “reciprocidad”. Véase. STRAUSS y CROPSEY. *Historia de la filosofía política*. México D. F.: FCE, 1992, p. 132.

Lo sostenido puede gratificarse mejor si se contempla la actuación del Derecho en la sociedad desde una perspectiva que llamaremos genética, sistémica y dinámica. Desde ese punto de vista es posible distinguir tres grandes momentos en el itinerario de las normas jurídicas:



El momento inicial puede llamarse también, en un cierto sentido, *momento preventivo del Derecho*, desde que el acto de producción de normas funda el sistema de relaciones sociales, y al hacerlo puede estatuir condiciones apropiadas, óptimas o equitativas para la convivencia, o, en su caso, multiplicar áreas de conflicto potencial que agudizarán las tensiones y desembocarán eventualmente en el enfrentamiento de intereses entre individuos o grupos de individuos.

La norma que da el legislativo o el ejecutivo, y más aún la establecida en la Constitución, puede ser más o menos equilibrante o desequilibrante según responda o no a la racionalidad socialmente aceptada, o según afecte o no a las necesidades y expectativas de los usuarios. Desde este punto de vista hablamos de una *Justicia Constitutiva* porque el acto normativo inicial puede instaurar una relación socialmente justa o injusta, eficiente o ineficiente, de acuerdo con las correlaciones de intereses, o con la voluntad de los actores encargados de tomar la decisión constituyente o legislativa.

En este primer momento el órgano productor de la norma estatuye las instituciones sociales y el “marco institucional” en el que se desenvolverán los individuos; distribuye los recursos escasos en especial al asignar los derechos de propiedad; organiza las relaciones entre individuos, grupos y estado; consagra determinados valores como positivos y proscribidos los que no coinciden con la racionalidad de los miembros del órgano productor; establece la jerarquía de intereses sociales preferentes que luego el Estado propugnará, etc.

El acto jurídico productivo no sólo “etiqueta” al delincuente - como dirían los criminólogos críticos-, sino que “etiqueta”, “señaliza”, “simboliza” toda la praxis social, instaurando la racionalidad dominante que ha de mediar los principales procesos

comunicativos en la sociedad. La importancia de este momento es por ello extraordinaria y, según creemos, decisiva para entender la función del Derecho dentro del ordenamiento social¹⁶. Podría decirse que si el Derecho tiene alguna posibilidad preventiva importante en relación a la generación de conflictos, es probablemente en este momento donde puede obtener sus mejores resultados.

El segundo momento resolutorio o aplicativo, está condicionado en general al primero; se enmarca en el gran lienzo -para utilizar la figura Kelseniana- urdido en el momento productivo. No significa que la interpretación esté condenada a ser rígida. Por el contrario, siguiendo los sólidos argumentos Kelsenianos puede tenerse por admitido que la actuación judicial supone un gran esfuerzo productivo de normas, en la medida del carácter polisémico del lenguaje normativo, de los espacios contradictorios y “lagunas” de la normatividad establecida, y en general de las indeterminaciones de la norma, así como de los permanentes cambios de la realidad y de las convicciones políticas de los Jueces. Pero puede pensarse que lo específico de este momento no es el “producir” normas sino, en particular, el resolver conflictos que fueron previstos por la norma; que no fueron previstos sea por descuido de la norma o porque era imposible preverlos; o que fueron suscitados por las irracionalidades del momento productivo.

De manera que si el acto productivo es desequilibrante, para decirlo llanamente, los problemas se trasladan al momento resolutorio. En cierto sentido, la aglomeración de conflictos en los tribunales expresa la irracionalidad mayor o menor del momento productivo de normas. Tendría que pensarse, entonces, que una sociedad en crisis difícilmente podrá corregirse concentrando el énfasis en el segundo momento.

En el momento resolutorio, el juez - en el modelo de justicia de nuestra experiencia constitucional- deviene en el protagonista central. Subsecuentemente la función predominante es la de interpretación de la norma si bien esa interpretación puede asumirse en el fondo como un acto de creación normativa frente al caso específico, o más bien una segunda forma de argumentación que circunstancialmente puede desembocar en razonamientos de validez general¹⁷.

El tercer momento es el de los hechos consumados. Es el momento en que la norma actúa como respuesta del orden jurídico frente al conflicto que ya produjo el resultado irreparable. El orden jurídico interviene aquí para imponer la sanción que, como indica Kelsen, es sólo su elemento “retributivo” específico¹⁸, y lo hace a través del aparato represivo del estado, la policía y las cárceles. Si el momento resolutorio

¹⁶ Desde otro punto de vista el acto constitutivo podría también establecer las condiciones normativas del discurso rotulado como “ciencia jurídica”, Véase, CORREAS, Oscar. *Crítica de la ideología jurídica*. México D. F.: UNAM, 1993, p. 92.

¹⁷ La Teoría de la Argumentación Jurídica de Robert Alexy parece destinarse específicamente para este segundo momento “aplicativo” del Derecho, en la medida que dicho autor sostiene que la argumentación jurídica debe partir “del derecho existente”. Véase, ALEXY, R. “Teoría de la argumentación jurídica”. *La Teoría del Discurso Racional como Teoría de la Fundamentación Jurídica*. Madrid: CEC, 1989, p. 206.

¹⁸ KELSEN. *op. cit.* pp. 38 y ss.

tienen eficacia disminuida para enfrentar los conflictos generados en el momento productivo, el momento retributivo puede menos aún, según muchas evidencias, prevenir los conflictos como a veces se cree. La durísima y restringida función del momento represivo no guarda proporción con el extraordinario interés que suele darse al sistema penal como mecanismo de “prevención” de los conflictos¹⁹.

3. Consecuencias de una visión segmentada del Sistema Jurídico

A nuestro juicio la ausencia de una visión sistémica y dinámica del sistema jurídico puede conectarse con ciertas prácticas jurídicas perniciosas institucionalizadas en nuestros países, las cuales se describen en hechos como los que siguen:

a) El momento propiamente productivo del Derecho está sustancialmente descuidado por los juristas. Los operadores jurídicos orientan su preocupación central al momento resolutorio de conflictos. Esa es la motivación con que se forman en la Universidad y que llevan a la práctica como jueces, abogados, fiscales y aún como investigadores. La producción originaria del Derecho está abandonada a las correlaciones no siempre regladas de la política. Los juristas generalmente se resignan a trabajar con el material suministrado por los políticos, los elegidos, las élites de poder económico, político o social, asumiendo con ello una función legitimadora del poder que se revela ostensible en la asociación frecuente con las dictaduras.

En el horizonte ideológico dominante la labor de los juristas tendrían que ver muy poco con el momento productivo, lo que de algún modo logra explicarse por el acento que pone el positivismo en la norma instituida y no en la instituyente²⁰. Para decirlo de un modo simplificado: los fiscales, jueces y abogados dedicados a “aplicar la ley; los profesores a decodificar los Códigos y los doctrinarios y juristas dogmáticos a elaborar sus teorías a partir de los contenidos que trae la propia ley positiva²¹. Las teorías y técnicas de elaboración Constitucional y legislativa se hallan muy poco desarrolladas en nuestro medio²², y, que sepamos, ninguna Universidad latinoamericana programa asignaturas dirigidas a formar en estos campos.

¹⁹ Los más recientes estudios sobre los efectos del castigo presentan un panorama desolador. La eficacia de la pena como medio de prevención sería mínima cuando no nula, véase, ZAFFARONI, E.R. *En busca de las penas perdidas*. Lima: AFA editores, 1990.

²⁰ Esto no pretende ocultar los importantes avances que se han dado en la democratización de los mecanismos de producción del Derecho por el lado del Derecho Constitucional. Lo único que nos interesa resaltar es el poco interés conciente que existe de parte de los juristas por este momento decisivo del funcionamiento del orden jurídico.

²¹ Alfredo Bullard se queja de que, en materia civil, “la mayoría de los criterios de distinción entre reales y obligaciones...se basan en las definiciones que traen los códigos”, vid. *La relación jurídico patrimonial*. Lima: Lluvia Editores, 1990, p. 225, pero no sólo es característico en el Derecho Civil. También existe en materia Constitucional, y en materia penal las instituciones de la Dogmática Penal se han desarrollado a tal grado dependiente de los textos normativos nacionales que puede decirse que la subordinación de la teoría a la política aparece casi consumada.

²² Cfr. SOTELLO, Luis Raygosa. “Algunas consideraciones sobre la creación de leyes en México”, en *Isonomía*. México D. F., No. 3, ITAM, p. 215.

b) Peor aún, la ponderación exagerada del momento resolutorio de conflictos se circunscribe a una actividad de “interpretación” entendida en su sentido más estrecho, sin asumir de manera conciente y responsable los espacios de creación judicial normativa. Tal interpretación usualmente tampoco incorpora los diversos componentes del complejo mundo de lo jurídico -v. gr. la costumbre o los principios del derecho nacional-, reduciéndose a menudo a la mera interpretación de la ley. La consecuencia es la exacerbación del principio de legalidad hasta extremos de ostensible formalismo y contraposición con la vida. Esto puede explicar también que los códigos sean el material casi exclusivo de formación universitaria, y por otro lado, el temor casi patológico de los magistrados a incurrir en el cajón de sastre llamado “prevaricato”.

La interpretación positivista corriente usualmente no pasa del nivel cognoscitivo, exclusivizando además la interpretación literal, lógica y sistemática. Otros criterios como el teleológico, sociológico, económico, político o axiológico, son generalmente dejados de lado. Proponerles a nuestros magistrados que produzcan derecho - como lo propuso Kelsen hace casi 60 años - es pedirles una responsabilidad por la administración de justicia que hasta hoy la mayoría prefiere descargarla en la fuerza de la ley²³.

c) Pero la perversión extrema de la tradición del positivismo reside no sólo en la sujeción teórica y dogmática a la ley, sino, al final, en el culto a la aplicación por fuerza de la ley. Pasa así a jugar un papel preponderante el momento represivo del derecho y con ello las expectativas se concentran en el sistema penal. En cierto sentido el privilegio que el positivismo textualista pone en el momento interpretativo sólo se entiende como preparatorio del momento represivo. Incapacitados o desinteresados por la prevención de los conflictos en el momento productivo, y autoconvencidos de que la ley es en sí misma una razón suficiente para la acción, los operadores prefieren dirigir sus esfuerzos y expectativas al momento represivo, presuponiendo que el derecho vigente es bueno o legítimo en sí mismo, que las imperfecciones corren por cuenta de la gente, que los malos son los hombres signados como delincuentes, y que la mejor forma de lograr que el derecho se cumpla es imponiendo sanciones.

Así se origina toda la mitología de la “prevención”, la “reeducación”, y la “resocialización” del delincuente, que pretende resolver en el momento represivo los problemas que no fueron previstos o que incluso fueron generados en el momento productivo de funcionamiento del sistema jurídico. Se le atribuyen a la pena cualidades de salvación inconciliables con su naturaleza de castigo. El sistema se ordena privilegiando el momento represivo, por encima incluso de las posibilidades del momento resolutorio. Los operadores jurídicos laboran disciplinadamente en esa dirección y la sociedad de masas en pleno deposita sus expectativas de atención a sus conflictos en la intervención del aparato represivo del Estado.

²³ Cfr. ZAFFARONI, E.R. *En busca de las penas perdidas*. Lima: AFA editores, 1990, pp. 295-296.

El grado de exacerbación del momento represivo a que ha llevado el positivismo ideológico, puede medirse con facilidad en el creciente desencanto de los penalistas, al descubrir que el sistema penal no cumple con los fines que dice cumplir en relación a los males de una sociedad que serían de naturaleza “estructural”²⁴.

Otras insuficiencias o exageraciones del sentido jurídico positivista sobre las que queremos insistir son las siguientes:

d) Al desentenderse del momento productivo, el derecho es asumido estáticamente, como algo “dado”. El dinamismo del sistema es asumido de modo tautológico. La mayor o única dinámica que se admite es en la interpretación, la misma que está condenada a reproducir - cuando menos en el modelo ideológico más difundido- lo que ya está considerado por la norma superior. Interpretar según este punto de vista es, aceptar, en principio, que no es posible ir más allá del marco de la norma fundante, identificada para el caso con las disposiciones de la Constitución escrita. El sistema jurídico tiene muy pocos o ningún mecanismo de retroalimentación o de asimilación al cambio social. A partir de ello la posibilidad de que el Derecho se desfase del sistema necesidades reales es por cierto muy alta.

e) Al desentenderse del momento productivo los juristas acaban aceptando de facto el monopolio productivo del Derecho por el Estado, lo cual es posible por la existencia de éste como órgano especializado y divorciado de la sociedad civil, y por la aceptación acrítica de las ficciones de la democracia representativa. Esto conduce al resultado de que la racionalidad jurídica en la que se desenvuelve la sociedad muy limitadamente resulta siendo producida por la sociedad misma, o por medios democráticos. La mayoría de las veces es instituida por los ilustrados o déspotas que gobiernan, con la complacencia real o fingida de los juristas. Esto equivale a dejar la producción del derecho en manos de las élites que con fortuna ganan la contienda electoral periódicamente. Las élites fabrican y suministran el Derecho que administrado por los juristas servirá para consumo obligatorio de la población.

f) Además, en los hechos, ello conduce al predominio casi absoluto de la ley, en menoscabo de la creación jurídica que corre por cuenta de las prácticas habituales de los grupos sociales, sea a través de la costumbre, el derecho informal (expresión paradójica), etc. De modo consustancial se llega a un ideal de seguridad jurídica pero en interés de los grupos que suministran el derecho, reñido a menudo con las exigencias de desarrollo de la gran masa de votantes. La desarticulación entre vocación formal de la norma y situaciones sociales reales hace de la seguridad jurídica poco menos que una trampa o privilegio de las élites productoras del Derecho.

²⁴Cfr. ZAFFARONI, *op. cit.* p. 198. En este sentido parece mucho más útil el punto de vista que ve en el sistema penal sólo un mecanismo de reproducción y mantención de las relaciones sociales de desigualdad, o de reforzamiento de roles, tal como surge de la exposición de Baratta, Foucault, o de las teorías del etiquetamiento; en lugar de creer que posee eficacia institutiva determinante.

4. Problemas Vinculados Con La Producción Sistémica Del Derecho

Si el modelo anterior es útil para explicar la actual cultura jurídica latinoamericana, como en la hipótesis que nos sirve de base, entonces se podría pensar en un conjunto de opciones para producir el Derecho en la perspectiva de corregir las exageraciones de lo que puede denominarse el “modelo positivista jurídico de Justicia”.

Sería necesario, en principio, prestar especial atención al momento propiamente productivo o preventivo del Derecho. El esfuerzo de los operadores jurídicos tiene que aumentar en esa dirección, con el objeto de lograr que la organización de las relaciones sociales sea lo más equilibrada posible. La prioridad del momento productivo supondría, a nuestro juicio, el logro de cuando menos dos condiciones :

a) *Legitimidad democrática* de la norma, en cuanto a los mecanismos como es producida, a los sujetos que la producen, y a los contenidos democráticos que se producen,

b) *Eficiencia* de la norma, en cuanto los resultados previstos de su aplicación aumenten los niveles de bienestar y disminuyan los costos sociales integrales de la coexistencia.

La búsqueda de la Legitimidad de lo jurídico llevaría a repensar las condiciones en que se genera el derecho en nuestra sociedad, lo que tiene que ver con el modelo de democracia escogido, y sugiere que el actual modelo democrático representativo, en las condiciones de países fuertemente centralistas y con una pluralidad enorme de geografía, economía y cultura, restringe negativamente los contenidos de legitimidad de la norma. Más aún lleva a preguntarse hasta qué punto la Teoría General del Derecho debe ir más allá de la Validez y Eficacia de la norma e indagar por las condiciones que fundan la Legitimidad de lo jurídico.

La consideración de la Eficiencia obliga a que el jurista tenga que preocuparse de evaluar anticipadamente los costos de la norma, antes de aceptar el furor normativo del legislador o del ejecutivo, o de entusiasmarse en la aplicación estricta de la ley con absoluto desdén por los resultados que ello produce. Este último tema es tratado de modo todavía restringido en los predios académicos, y con inocultable sesgo hacia los costos económicos. Es el caso de las escuelas norteamericanas de los “costos de transacción”, de los “derechos de propiedad”, “Law and economics”, para quienes lo más importante sería lograr que el Derecho disminuya los costos económicos de transacción o asigne adecuadamente los derechos de propiedad a fin de alcanzar la eficiencia en el funcionamiento de la economía de mercado²⁵. Esta manera de entender la eficiencia de la norma puede revelarse incompleta si se consideran junto a la

²⁵ Cfr., COASE, Ronald. *El problema del costo social*. Interamericana, 1973. También, POSNER, Richard. *Economic analysis of law*. USA: Little Brown and Company, 1977.

eficiencia económica, los objetivos de la equidad y la justicia social, así como la sustentabilidad del ecosistema, tres objetivos sustantivos inseparables²⁶, entre los cuales, como diría Rawls, sólo es posible establecer un ordenamiento de carácter lexicográfico.

La cuestión de la Eficiencia plantea también desafíos similares a la Teoría Jurídica: ¿Debería este concepto formar parte del estudio del Derecho? Podría pensarse que este es un problema externo a la Teoría del Derecho y que su tratamiento es más bien tema de la sociología, la economía o la política jurídicas. Sin embargo esto sería establecer una ruptura demasiado radical entre norma y sociedad, y por otra vía, recaer en la trampa del positivismo neokantiano que se empeña en explicar el Derecho absolutamente por fuera del mundo.

La prioridad del momento productivo debería significar también incrementar la función productora del Juez en el momento de resolver conflictos en el sentido de la propuesta de Kelsen. No debe perderse de vista que el fin último de la intervención del jugador no es “aplicar la ley” sino resolver conflictos. Con ello las facultades discrecionales del juzgador se amplían y estamos a las puertas de pasar de una teoría de la interpretación a una teoría del razonamiento jurídico, y mejor aún, a una Teoría de la Argumentación Jurídica, como se viene haciendo por la Jurisprudencia europea.

Una tercera consecuencia tiene que ver con incrementar el contralor popular de manera descentralizada en los diferentes momentos de funcionamiento del Derecho, sea en la producción, la “aplicación”, la ejecución, o la fiscalización de las normas. Es probable que gran parte de la irracionalidad de los contenidos normativos se deba a dos factores entre otros:

- a) los órganos productores de normas no recogen la información de todas las experiencias que se libran en los diversos ámbitos de la sociedad;
- b) los mecanismos para tomar decisiones jurídicas no permiten tomar en cuenta los criterios ni la voluntad cotidiana de la gente. Los grupos dirigentes actúan como si ellos tuviesen en sus manos toda la experiencia vivida, y como si sus criterios de opción fuesen siempre los mejores y los únicos

Por último debería pensarse también en ampliar los mecanismos de producción de las normas y de resolución de conflictos²⁷, teniendo en cuenta la diversidad de grupos, sectores, clases, estratos, etnias, culturas, y experiencias que conforman la especificidad de los países latinoamericanos. Pretender sujetar esta riqueza social a un modelo exclusivo de producción de derecho o de resolución de conflictos, parece una salida poco realista y no democrática. El orden jurídico será más eficaz en tanto sea más concreto, en tanto sea apropiado para atender las expectativas específicas de cada grupo y de cada individuo, así como para coordinar los diferentes subsistemas

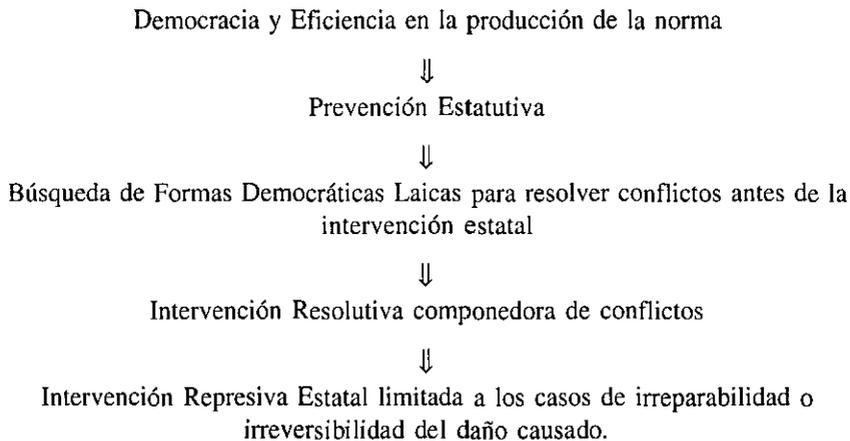
²⁶ Cfr. DALY, Herman E. y TOWNSEND, Kenneth. *Valuing the earth*. USA: MIT, 1993, Introduction.

²⁷ En este punto el tema nos aproxima al llamado “pluralismo jurídico” que se presenta también, en la experiencia latinoamericana, como alternativa al modelo jurídico positivista, desde el ángulo de las nuevas prácticas populares, verificadas en años recientes.

jurídicos coexistentes. El universalismo *a priori* puede conducir a una homogenización forzada y a la formación de estereotipos burocratizados que finalmente terminan sacrificando a los hombres reales en el altar del culto a la norma general.

En términos operativos esto habría de significar el aumento de las facultades discrecionales del juzgador, la aceptación de los modelos de solución de conflictos alternativos, “informales”, “marginales” que encuentren acogida social positiva; un reconocimiento mayor del rol de la costumbre como fuente de derecho; una apertura a opciones de solución de conflictos no atadas de pies y manos a la legalidad, especialmente en campos como el Derecho Civil, Comercial, o Laboral. Si la decisión del Juez resolvió el conflicto con satisfacción de las partes poco importa que sea “ilegal”²⁸. El principio de legalidad habría de funcionar sólo como prohibición de regreso, para impedir soluciones negativas para las partes o para la sociedad, pero no para innovar positivamente si esto mejora el bienestar de todas las partes comprometidas en el conflicto.

Esto también debería llevar a admitir que la intervención de los órganos judiciales en la resolución de conflictos sólo tiene cabida como segunda ratio, esto es, cuando las instituciones “laicas” (familia, colegio, comunidad, etc), óptimamente estructuradas, han fracasado. En consecuencia la Administración dinámica del sistema jurídico habría de buscar conseguir cuando menos los siguientes objetivos secuenciales:



²⁸Una propuesta interesante, en este sentido, es la que proviene del Análisis Económico del Derecho al sugerir algunos criterios para decidir qué contratos son obligatorios, y en cuáles otros el Juez puede decidir por la solución más eficiente que mejore a las partes aun con “violación” de lo pactado. Cfr. COOTER, Robert y ULEN, Thomas. *Law and economics*. Harper Collins Publishers, 1988 pp. 248 y ss.