

LA FUERZA DE LA COTIDIANEIDAD EN EL DERECHO Y LA JUSTICIA

José Ramón NARVÁEZ*

SUMARIO: I. *La dimensión jurídica desconocida.* II. *El juego y los jugadores: una teoría lúdica de la capacidad jurídica.* III. *La posmodernidad y el derecho: reaparición de la cotidianidad.* IV. *La socialización del derecho constitucional a través de la revalorización del derecho civil.* V. *La cotidianidad judicial.*

I. LA DIMENSIÓN JURÍDICA DESCONOCIDA

Existe un mundo de reglas, dispositivos, estrategias o estatus que salen de la esfera de la forma y corren el riesgo de vivir paralelamente siendo desoídas por las estructuras sociales. El término cotidiano es explotado por Certau¹ quién está preocupado por la complejidad y aumento de estas *maneras* que a diario se manifiestan en las sociedades pero que no están previstas por ordenamientos, sistemas y mucho menos se les atribuye alguna trascendencia científica o por lo menos seria, en este sentido Duvignaud nos habla del *juego del juego*, que las locuciones latinas no alcanzan a explicar, en inglés contamos con dos expresiones que ayudan a comprender más la función de la cotidianidad donde *game* es el juego y *play* es el hecho de jugar, es más, jugar, que es jugar con el juego,

* Doctorado en investigación jurídica por la Universidad de Florencia, Italia. Actualmente es profesor del Programa de Posgrado en Derecho de la UNAM e investigador en el Instituto de Investigaciones Jurisprudenciales y Promoción y Difusión de la Ética Judicial de la Suprema Corte de Justicia de la Nación.

¹ Cfr. Certau, Michel de, *L'inventio du quotidien. I arts de faire*, París, Gallimard, 1990.

hacer todo aquello que no está previsto por las reglas del precio o la ganancia.² El mismo Duvignaud nos explica la fuerza de lo cotidiano que desborda los códigos “¿habrá que admitir que junto a las decisiones o las determinaciones positivistas que garantizan la reproducción de las sociedades existe una especie de experiencia errante —«histórica» para quienes respetan «los códigos establecidos»— pero capaz de trastornar la condición de los hombres”³ y nosotros diríamos, de su organización como lo es el derecho, así, junto a la Constitución (el juego-*game*) se desenvuelve una práctica histórica, real (el jugar-*play*).

Ya de alguna manera desde Foucault existe la preocupación por la marginalidad del poder en su obra *Vigilar y castigar*. El problema es cuando estas *formas amorfas* se vuelven injustas:

...la injusticia no es *ipso facto* sabida como injusticia. Existe, en la esfera misma de la historia, un plano de injusticia inocente en la cuál el mal se hace ingenuamente... Para que yo reconozca mi injusticia es necesaria una situación nueva: la justicia no resulta del juego de la injusticia. Aquella viene desde fuera “de la puerta” desde arriba de la mezcla, aparece como principio externo a la historia. Aún en las teorías de la justicia que se forjan en las luchas sociales y en las cuáles las ideas morales parecen traducir las necesidades de una sociedad o de una clase, donde se reclama, todavía una conciencia moral ideal, una justicia ideal en la cual se busca una justificación última y el derecho de erigir aquellas necesidades, del todo relativas.⁴

Justo hoy que la movilidad plantea tantas preguntas y tantos relativos, al grado de poner en boca de Vattimo el anuncio de la muerte de la metafísica, lo relativo, lo cotidiano, en el ámbito del sujeto es el antihéroe, el ser anónimo que día a día crea prácticas satelitales. La economía le llama “comercio informal”, en la política podríamos identificar estas prácticas como biopolítica, ¿pero en el derecho? Quizá nuestro miedo al vacío,⁵ nos ha llevado a desechar cualquier antiforma, globalización y sociedad

² Cfr. Duvignaud, Jean, *El juego del juego*, Bogotá, Fondo de Cultura Económica, 1997.

³ *Ibidem*, p. 12.

⁴ Lévinas, Emmanuel, *Tra noi, saggi sul pensare all'altro*, Milán, Jaca Book, 1998, pp. 50-60.

⁵ Cfr. Monguín, O., *El miedo al vacío. Ensayo sobre las pasiones democráticas*, México, Fondo de Cultura Económica, 1993.

demandan mayor flexibilidad⁶ ¿cómo haremos los juristas para responder a las demandas?

II. EL JUEGO Y LOS JUGADORES: UNA TEORÍA LÚDICA DE LA CAPACIDAD JURÍDICA

Más o menos ha quedado claro que el derecho moderno nació con un componente de discriminación, derecho de burgueses para burgueses, la idea de un juego al que se invitaba a todos pero en la realidad sólo algunos jugaban. El instrumento más útil en este sentido se mostró en el Código Civil que enunciaba la igualdad de los jugadores (elemento esencial del Estado liberal) pero ya en la práctica y en el contenido del Código, se veía que había una serie de roles entre los jugadores al grado de dejar fuera a algunos,⁷ como lo era el esclavo de la colonias francesas, el pobre, el ausente, el menor, la mujer y, en nuestro caso mexicano, el indígena.

En relación con el juego, el derecho y los jugadores, Alf Ross ha propuesto como metáfora para entender qué significa Constitución, el ajedrez, donde dos contrincantes, el detentador del poder y los destinatarios, se colocan al lado del tablero, un solo tablero, piezas con diferentes funciones y libertad de movimiento hasta esas funciones, lo incontrolable: las estrategias y la posibilidad de discutir las al final del juego para aumentar las posibilidades de éxito, la moraleja es aquella en la que Ross ve la posibilidad de diversidad de aproximaciones a la meta “el jaque” y en donde lo importante es jugar, y el jugador con más ventaja es aquél que conoce la historia de su contrincante. El primer jugador en el Estado es el gobernante, es el más claro, lo difícil es determinar quién representa a los demás jugadores y bajo qué reglas. Hoy, además, nos preguntamos si todos jugamos, si somos verdaderamente parte del juego.

Se nos ha dicho que para participar del juego se necesita ser ciudadano, los norteamericanos la llaman *capability*, es la posibilidad de acceder a los derechos enunciados en la Carta que representa el contrato social.

⁶ Ya el iussociólogo francés, decano de la Facultad parisina Jean Carbonnier nos propone otro término *derecho flexible* compuesto de tanto no-derecho, así como el binomio sujeto jurídico no-sujeto. Carbonnier, Jean, *Flessibile diritto. Per una sociologia del diritto senza rigore*, Milán, Giuffrè, 1997.

⁷ Arnaud, A.-J., *Essai d'analyse structurale du Code Civil Francais. La règle du jeu dans la pax bourgeoise*, Paris, L. G. D. J., 1973.

El juego es claro producto del pensamiento barroco que prevé ciertos engaños, la representación y la apariencia, bajo la premisa que nada debe ser evidente, es decir, entre más oculto es mejor. Esta idea será heredada por la política y el derecho moderno que tratan de elaborar teorías en donde la *cupiditas beligerante*⁸ es controlada a través de una tendencia lúdica desarrollada por la política pero que también asimila el derecho en el proceso.

III. LA POSMODERNIDAD Y EL DERECHO: REPARICIÓN DE LA COTIDIANEIDAD

La posmodernidad es un término muy amplio,⁹ en el que cabe de todo, justo esto era lo que el planteamiento posmodernista quería sugerirnos, es decir, que el resultado de una crisis de referentes sólo podía ser la relatividad.

Suele considerarse a Françoise Lyotard como el padre de esta postura quien la define como la incredulidad hacia las metanarrativas, es decir, que rechaza la posibilidad de establecer la verdad en declaraciones que existen fuera de los discursos.¹⁰

Ya hemos mencionado más arriba a Foucault, también considerado posmodernista, en tanto que se enfoca en la relación entre poder y conocimiento, pero los entiende como mutuamente vinculados; esto significa que no puede haber una verdad fuera de los regímenes de la verdad preestablecida.

⁸ Esta es una teoría ya muy trabajada y en la que continuará a darnos gratas sorpresas Salvador Cárdenas, sobre todo: “Del arte de la guerra a la razón de Estado, cuatro taticistas novohispanos del siglo XVII”, en Carrillo Cázares, Alberto (ed.), *La guerra y la paz. Tradiciones y contradicciones*, Zamora, El Colegio de Michoacán, vol. 1. Tal teoría consiste en fundar el origen y necesidad del Estado en un modo de *reglamentar* la violencia entre los particulares, como ha grande escala hacen los mismo Estados entre sí a través de la guerra.

⁹ Sólo por citar una bibliografía referencial Bell, Daniel, *Las contradicciones culturales del capitalismo*, Madrid, Alianza, 1996, introducción y capítulo 1: “Las contradicciones culturales del capitalismo”; García Canelini, Néstor, *Culturas híbridas. Estrategias para entrar y salir de la modernidad*, México, 1992; Foster, H. et al., *La posmodernidad*, Barcelona, Cairós, 1988; Arriarán, S., *Filosofía de la posmodernidad: crítica a la modernidad desde América Latina*, México, UNAM, 1997.

¹⁰ Cfr. Lyotard, Jean-François, *La condición postmoderna*, 5a. ed., J. Olimpo, 1998.

Otro autor al que se suele incorporar en esta corriente es Jaques Derrida, para él el mundo es como un texto que no puede ser simplemente establecido, sino que tiene que ser interpretado. Derrida analiza la forma en que los textos son construidos y propone dos herramientas principales que nos permiten ver cuan arbitrarias son las percepciones naturales que son contrarias en el lenguaje (rico/pobre, bueno/malo). Este proceso se realiza a través de la deconstrucción y la doble lectura.

La posmodernidad ha sido atacada por su falta de fundamento práctico; a lo cual los posmodernistas responden que en la realidad social no hay algo que pueda ser considerado como real puesto que existe una realidad no interpretada por nosotros.

Pero lo interesante, nos parece, no es la aportación directa de la posmodernidad a la teoría del derecho, sino los replanteamientos que se han suscitado a raíz de ella, por ejemplo: la posmodernidad remite principalmente al análisis de las nuevas sensibilidades, los modos de constitución de las identidades, la licuación de las tradiciones, los efectos de lo mediático, la aparición de las tribus urbanas y fenómenos de parecido tenor; hoy la teoría del derecho es más cautelosa, no intenta imponer un discurso y sabe que éste se construye a través del diálogo y la comunicación.

Posición del sujeto frente al sistema jurídico, relatividad del mismo sistema jurídico por su incomplitud y posibles contenidos injustos, son temas que traídos desde la óptica posmoderna, sirven para mejorar el debate sobre lo jurídico. Las propuestas metodológicas no dejan de ser atractivas, aun cuando Ricoeur haya dicho que finalmente la posición posmoderna conlleva lo moderno, es claro que la postura es antimoderna y en ese sentido crítica de los dogmas distorsionados por la modernidad como la libertad, una libertad “individual, falsa o alienada”, como la llamó Marcuse refiriéndose específicamente a la sociedad industrial avanzada de la segunda posguerra.

Pero otra cuestión, que además de las anteriores nos interesa, es la postura posmoderna que pone a discusión temas poco considerados por creerse fuera de la esfera estatal o mejor dicho aún, de los intereses de los gobernantes, a estos temas son los que Harvey llama ocultos,¹¹ tal es el caso de la relación del hombre y la naturaleza, la autopoiesis comunitaria, pero sobre todo la cotidianeidad.

¹¹ Harvey, David, *La condición de la posmodernidad*, Buenos Aires, Amorrortu, 1998.

IV. LA SOCIALIZACIÓN DEL DERECHO CONSTITUCIONAL A TRAVÉS DE LA REVALORIZACIÓN DEL DERECHO CIVIL

A raíz de algunas exposiciones sobre la importancia del derecho civil, venimos a caer en la cuenta de la enorme trascendencia del derecho público, sobre todo a partir de la elaboración moderna del principio de legalidad y del diseño constitucional que la doctrina kelseniana nos ha heredado, es decir, todo el sistema jurídico parte del hipotético normativo constitucional, bajo esta premisa “el derecho civil será aquello que primeramente determine la Constitución”, en este supuesto, el derecho civil podría ser cualquier cosa, pero además se ve arrastrado por la identificación del derecho con su elaboración legal, nos explicamos mejor.

El derecho civil había sido hasta antes de Napoleón, el derecho por excelencia, aquello que el derecho romano y la romanística identificaban con el *ius verum icono*, con la ciencia del derecho; lo otro es *ager publicus*, cuestiones de la administración pública. En el derecho moderno y a partir de la codificación, el derecho civil dejará de ser aquel patrimonio jurídico en manos de los particulares y se convertirá paulatinamente en un derecho para los particulares elaborado por el Estado, verificándose con el paso de los años, un giro copernicano, y la sumisión del derecho privado en relación al público.

La labor del historiador del derecho, ayer como hoy, debe ser objetiva y comprometida, y en este sentido, lo que ahora decimos intenta delinear cuales han sido los “pros y los contras” de este cambio jurídico, que hoy nos mantiene como juristas y como particulares al margen de la elaboración y vivencia del derecho, es más, esta inercia ha cancelado ese derecho para construir uno que se presume puro, sólido y completo.

Es la sospecha de un engaño, que nos hizo creer que si cedíamos al Estado la posibilidad de elaborar nuestro derecho, esto haría del mismo derecho, una cuestión más científica, más democrática, más racional; pero después de dos siglos nos damos cuenta que ninguno de los tres supuestos se ha obtenido, y entonces intentamos crear los medios legales para recuperar la posibilidad de participar en la elaboración del orden constitucional. No es sencillo, y tendremos que intentar abrir nuevamente, a pesar de la dificultad y complejidad, tenemos que hacerlo porque el descubrimiento de la cotidianidad, nos lleva a descubrir la pluralidad jurídica que indefectiblemente nos orilla a reconocer diversas reali-

dades constitucionales integradoras del orden, de esa Constitución que llamamos material, histórica, substancial o real.

La sospecha nos lleva a formular una hipótesis: si la Constitución es el modo jurídico en que una sociedad se estructura, entonces ¿por qué dejarle a algunos cuantos que la definan siendo todos los días definida por los miembros de esa sociedad? Socializar la Constitución es un modo radical de democratizarla, de flexibilizarla, de pluralizarla. Es la única forma en que podremos realmente hablar de un derecho vivo y por tanto, un derecho más cercano a cumplirse porque se concibe como propio.

Este tema ha sido ya tratado por Paolo Grossi, sólo que él lo denominó “la costumbre como «constitución»”,¹² después de analizar la “leveidad del poder político” por lo que habría que reconsiderar la autonomía del derecho como saber práctico y a la sociedad como generadora del derecho, el profesor florentino pasa a considerar lo siguiente:

El derecho se identifica con la realidad ordenadora y cimentadora; como tal, como realidad no desgarrada por lo cotidiano, inmune al desorden caótico de la vida de cada día, desempeña la función de plataforma estable y estabilizadora, de garantía de continuidad. Su nivel no es el de la superficie batida por las intemperies políticas y sociales, sino el estrato más profundo donde brotan los hechos normativos fundamentales; y es obvio que la fuente productora y conformadora del derecho anida entre estos hechos.¹³

Como explica Grossi, el viejo término de *lex* hace referencia a una base ética y consuetudinaria, la ley es “el resultado del consentimiento popular y la promulgación regia”,¹⁴ es claro que la ley no surge de la alta esfera política para ser aplicada a la sociedad, sino que por el contrario surge en la sociedad y sólo se eleva al príncipe para su promulgación.

Recientemente Häberle ha planteado directamente esta cuestión, “Constitución no sólo (como) un texto jurídico o un código normativo, sino también la expresión de un nivel de desarrollo cultural, instrumento de la representación cultural autónoma de un pueblo, reflejo de su herencia cultural y fundamento de nuevas esperanzas”.¹⁵

¹² Grossi, P., *El orden jurídico medieval*, Madrid, Marcial Pons, 1996, p. 101.

¹³ *Idem.*

¹⁴ *Idem.*

¹⁵ Häberle, Peter, *Constitución como cultura*, Bogotá, Universidad del Externado de Colombia-Instituto de Estudios Constitucionales Carlos Restrepo Piedrahita, 2002, pp. 71 y 72.

Considerando lo anterior, podríamos decir que el constitucionalismo mexicano se ha quedado bastante rezagado, porque sólo se enfoca a estudiar las formas y representaciones de un fenómeno constitucional más amplio que radica en la cultura, en la sociedad y sus modos de vida (*mores*); este es el primer momento, después viene la promulgación y todo el aparato administrativo para formalizar el derecho, pero el derecho ya existía y toda esta existencia la hemos dejado de lado.

Proponemos a nuestros constitucionalistas mexicanos (y la mayoría de los que se dedican a la academia en México son constitucionalistas) que se acerquen al derecho con mayúscula, que sean un poco menos politólogos y más juristas, en este momento pensamos en la denominación latina del término jurista (persona que se ocupa del *ius*), así todo jurista debería acercarse al derecho civil para entender una forma de razonar más antigua y por tanto, más completa. Pedimos a nuestros colegas que piensen el derecho no sólo desde arriba sino también desde abajo, que lo piensen más real y menos artificial, más humano, más social, en resumen, más cotidiano, pero no por eso menos estable, de hecho en esto radica su certeza, en la factibilidad y eficacia, en la reiteración de los principios que contiene y ha contenido la ciencia jurídica para interpretar una realidad que aunque diversa y compleja, se basa en el ser humano, su destinatario.

V. LA COTIDIANEIDAD JUDICIAL

En los últimos estudios relacionados con la función del juez, nos hemos dado cuenta de la importancia de la labor judicial, parece que en los momentos más críticos de una comunidad, como lo puede ser una nación, cuando el poder político (incluso el judicial) desaparece, o al menos entra en una fase de incertidumbre, el papel de los jueces es crucial, pues estos permiten la continuidad de la sociedad. María del Refugio González ha estudiado este tema desde la perspectiva de las transiciones políticas que afectan al derecho, y en la mayoría de ellas hay siempre un elemento judicial estabilizador, que va desde la permanencia de jueces y tribunales en el siglo XIX, hasta la intervención hermenéutica que se le solicita a la Suprema Corte de Justicia de la Nación en la Quinta Época para determinar qué derecho era vigente.¹⁶ La labor legislativa es inter-

¹⁶ González, María del Refugio, “Las transiciones jurídicas en México del siglo XIX a la Revolución”, *Transiciones y diseños institucionales*, México, UNAM, 2000,

mitente, a pesar de que la propaganda actual haga pensar que es sistemática; los hitos codificadores tienen sus épocas, en cambio, la labor judicial es constante, es cotidiana y justo en este factor de continuidad cifra su existencia, pues una sociedad que no acude ante sus jueces recurre a la violencia, por lo que la permanencia y utilización de los procesos judiciales, es una garantía de estabilidad social.

Lo anterior nos lleva al tratamiento de algunos temas como las prácticas judiciales “administración de justicia y vida cotidiana son dos componentes de una misma realidad política y jurídica a la que hoy llamamos generalmente Estado moderno”.¹⁷ Salvador Cárdenas nos habla del carácter medial de la administración de justicia que se refleja sobre todo en “la vida cotidiana de las oficinas, las rutinas laborales, así como su incidencia en la sociedad de entonces”.¹⁸ Esta consideración por la actividad judicial está tomando un importante sesgo, una serie de reglas, la mayoría de las veces no codificadas, que juegan un papel importante en la administración de justicia, esta especie de *uno-ficial law* o *soft law*, representa la cotidianeidad judicial que día a día, en todos los sistemas judiciales, se va abriendo paso,¹⁹ pero no sólo eso, sino que esta cotidianeidad puede eventualmente tomar fuerza y normar la actividad judicial, es lo que los antiguos llamaban *usus fori*, que en algunos textos doctrinarios antiguos se le identifica con la costumbre del tribunal y en algunos otros hasta la ley del tribunal, pero lo más afortunado, me parece, es la noción de jurisprudencia como la norma que produce el tribunal, cuya primera característica es que ad-

pp. 85-134; González, María del Refugio y Caballero Juárez, José Antonio, “El proceso de formación del Estado de derecho en México. Los modelos de Estado en la Constitución de 1917”, *Estado de derecho y transición jurídica*, México, UNAM, 2002, pp. 47-93, nota 29.

¹⁷ Cárdenas, S., *Administración de justicia y vida cotidiana en el siglo XIX. Elementos para una historia social del trabajo en la judicatura federal y en los tribunales del Distrito*, México, SCJN, 2007, p. 13.

¹⁸ *Ibidem*, p. 14.

¹⁹ Al respecto Garapon nos dice: “Aquello que la justicia informal propone es de sustituir a la teatralidad con la inmediatez del diálogo, de la discusión, que mejor se prestarían a una introspección de los recovecos de la personalidad. Para ser más justa, la justicia debe comprender mejor” (Garapon, Antoine, *Del giudicare. Saggio sul rituale giudiziario*, Milán, Raffaello Cortina Editore, 2007, p. 208), esta suspicacia del juez e investigador francés nos lleva a temas como el del *amicus curiae*, donde el tribunal se allega de todo tipo de elementos, aun informales, para juzgar de mejor modo.

quiere fuerza en tanto que se ha reiterado, es decir, en tanto que ha sido utilizada cotidianamente.²⁰

Decíamos en el párrafo anterior, que parte de la fuerza de la norma judicial está en su permanencia en el espacio y en el tiempo; el amparo ha llegado a ser la institución más importante de nuestro derecho procesal constitucional, en caso contrario hubiera sido utilizado de tal manera que obligara a los operadores del derecho a considerarlo como tal, hubiera sido muy difícil su éxito, de ahí el temor del legislador decimonónico a que la fuerza material del juicio de garantías le alcanzara. Lo mismo sucede con la jurisprudencia cuyo uso ha salvado situaciones críticas como en el caso de la crisis entre la Suprema Corte de Justicia de la Nación y el Ejército a raíz de los amparos contra la leva durante la presidencia de la Corte de Ignacio L. Vallarta,²¹ o como el caso de la defensa del municipio,²² o la protección de la independencia judicial de los jueces locales;²³ y un sin fin de asuntos donde la constancia del foro logró la solución de problemáticas jurídicas que se resolvieron de modo más eficaz, rápido y eficiente que si se hubieran esperado la reforma legal, en la mayoría de estos casos, el legislador tomó en consideración esta práctica y la plasmó en la ley, con los tiempos que esta fijación implica.

Sin embargo, existe una paradoja en relación al derecho judicial, si bien es cierto que la permanencia es una forma de constatar la existencia de una norma, también es cierto que el juez muchas veces al interpretar el texto legal innova, concreta y ajusta la norma legal abstracta, es una labor actualizadora. Como en toda paradoja, la respuesta es intermedia y prudencial, a veces es necesario conservar la norma y a veces es necesario transformarla; en nuestra cultura subyace la idea de que el derecho es, sobre todo reforma e innovación; esta concepción parcial del derecho, pe-

²⁰ La cotidianeidad además sirve como parámetro, cuando un tribunal comienza a olvidarla se dice que sufre un proceso de politización, y esto se dice en términos peyorativos.

²¹ Véase González Oropeza, Manuel, *La jurisprudencia: su conocimiento y forma de reportarla*, México, Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2005, pp. 51 y ss.

²² Véase Narváez Hernández, J. R., “La defensa del municipio mexicano a partir de la Constitución de 1917”, *Cuadernos de Jurisprudencia*, México, Instituto de Investigaciones Jurisprudenciales y Promoción y Difusión de la Ética Judicial, 2007, núm. 1.

²³ Véase Natarén Nandayapa, Carlos F., “La construcción de la independencia del juez local y la Suprema Corte de Justicia de la Nación. Notas sobre el amparo como instrumento de protección de las garantías judiciales de los poderes judiciales locales”, *La Suprema Corte de Justicia de la Nación en la reforma del Estado*, México, UNAM-Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2007 pp. 141-157.

nelopeana, produce mucho daño en nuestro orden constitucional como podrá entenderse.

En conclusión, podemos decir que la labor del juez se desarrolla en una cotidianeidad muy fuerte en la que conviven la estabilidad de los criterios reiterados y la presencia de problemas nuevos que plantean al juez estar siempre actualizado, es decir, viviendo la actualidad, la cotidianeidad.

Para terminar diremos que es evidente que el papel del juez en las sociedades contemporáneas es fundamental, nuestra hipótesis es que esto se debe a que las sociedades contemporáneas demandan constancias tangibles de la actualización del derecho, y la ley ha quedado en un plano muy aparente, el juez representa esa evidencia, pues a través de su trabajo cotidiano define lo que es de cada quien, y a nivel social define lo que es Constitución, aunque las políticas judiciales se empeñan en negarlo.²⁴

En uno de los últimos congresos internacionales de filosofía del derecho más importantes, Francesco Viola nos decía: “The central role of judges in the circulation of contemporary law is obvious. The existence of a trae judicial institution is the unequivocal sign of the transformation of a set of economic and social relationships into a real legal order”.²⁵ Las sociedades contemporáneas necesitan de mayor certeza y coherencia entre el discurso legal y la práctica judicial, la cotidianeidad jurídica y sobre todo judicial, significan esa verificación material de que existe la justicia no sólo en un plano teórico y por eso, dichas sociedades le conceden más valor.

²⁴ Es evidente que los tribunales hoy en día tienen mayor incidencia en la elaboración/descubrimiento del derecho, es decir, que en un cierto sentido norman la vida de una comunidad, sin embargo existe una aprehensión que lleva a negar en el discurso esta realidad, tal vez con la idea de salvaguardar viejos mitos como el de la división de poderes. Por ejemplo, los manuales de derecho europeo señalan que el orden constitucional es establecido (normado, elaborado y/o descubierto) por la Corte Europea; sin embargo, en la parte que se estudia a las instituciones que elaboran las normas europeas no se le menciona, tal vez esto tenga que ver con el reduccionismo positivista que ve como derecho sólo la especie llamada ley.

²⁵ Viola, F., “The Rule of Law in Legal Pluralism”, *Law and Legal Cultures in the 21st Century. Diversity and Unity*, Plenary Lectures of 23rd IVR Congreso, august 1-6, 2007, Cracow, Poland, Tomasz Gizbert-Studnicki and Jerzy Stelmach, Warszawa, 2007, pp. 105-131.