

Capítulo cuarto

¿QUÉ PODRÍA SIGNIFICAR HOY “USO ALTERNATIVO DEL DERECHO”?	57
I. La función creativa del juez	57
II. Matar al mensajero en aras de una seguridad ficticia	58
III. Los jueces pierden el juicio	58
IV. Regreso a la jurisprudencia.	59
V. Una estrategia de “politización” judicial.	59
VI. El pragmatismo descreído	60
VII. La legitimación pendiente	61

CAPÍTULO CUARTO
¿QUÉ PODRÍA SIGNIFICAR HOY
“USO ALTERNATIVO DEL DERECHO”?

No sería nada exagerado caracterizar toda la filosofía jurídica de este siglo como el proceso de desguace del positivismo legalista. Sin embargo (que cada cual derive de ello las consecuencias que estime oportunas...), si a cualquier ciudadano, incluidos los estudiantes de derecho y la mayor parte de los juristas prácticos, se les pregunta por el derecho pensarán de inmediato en el derecho “positivo”, entendiendo como tal los textos “legales”. Desmontado como doctrina, el positivismo legalista sigue siendo hoy la inconsciente pre-teoría dominante.

I. LA FUNCIÓN CREATIVA DEL JUEZ

A estas alturas, sin embargo, una realidad ha tenido el mérito de poner de acuerdo a positivistas normativistas como Kelsen, positivistas realistas como Ross, analíticos enfrentados como Hart y Dworkin, o iusnaturalistas como Kaufmann: el derecho no se identifica con el texto legal, porque el juez ha de asumir —quiera o no— una función “creativa” de derecho, y no mecánicamente “aplicativa”.

Cuando, a comienzos de los años setenta, algún entusiasta promotor del italiano “uso alternativo del *diritto*” destacaba esta función creativa con el mismo aire de novedad que si acabara de descubrirse no hacía sino ejemplificar el caústico dictamen de Bobbio: hay marxistas tan encerrados en su laberinto que, a poco que un buen día se animen a sacar de él la nariz, acaban descubriendo... el paraguas.

Pero, antes de analizar los ingredientes de un rótulo llamado hace tres lustros a convertirse en moda efímera, conviene repasar las tres actitudes más frecuentes ante la constatación de que el juez “crea” derecho.

II. MATAR AL MENSAJERO EN ARAS DE UNA SEGURIDAD FICTICIA

Los devotos del positivismo legalistas, ingenuos o interesados, reaccionan con alarma ante lo que consideran una alevosa agresión al principio de legalidad, con la consiguiente amenaza para la seguridad jurídica.

Sin duda, en la medida en que condiciona la solución de los conflictos concretos, el texto legal permite al ciudadano establecer expectativas fiables sobre las consecuencias de sus propios actos; pero sólo en dicha medida... La sabiduría popular lo ha plasmado con elocuencia: “pleitos tengas y los ganes”. No hace falta convertirse en personaje de Kafka para concluir que nada hay más inseguro que verse expuesto a la “aplicación” de un texto legal.

Denunciar esta circunstancia no parece constituir un ataque a la seguridad de los ciudadanos; al menos no tan peligroso como silenciarla. Claro que quizá lo que se pretende no es que el ciudadano esté seguro, sino que disfrute de dicha ilusoria sensación. La liturgia judicial colabora eficazmente a ello, manteniendo una exposición de antecedentes de hecho y fundamentos de derecho, hasta escenificar en la sentencia un silogismo presuntamente aséptico.

III. LOS JUECES PIERDEN EL JUICIO

La actitud de Kelsen es bien distinta. Reconociendo que a todo juez le ofrece la norma general una amplia gama de soluciones, considera que no tiene más remedio que “optar” por una de ellas, creando una norma particular para cada caso concreto. El juez, por más que se empeñe, no puede emitir “juicio” alguno, porque no cabe establecer de modo objetivo (conociendo racionalmente) que una de esas soluciones sea más o menos justa o adecuada que las demás. Se verá obligado a recurrir a su voluntad (decidiendo arbitrariamente) para optar por la que de modo subjetivo más le agrade. Al final de todo un largo proceso, la cadena normativa desembocará en una presunta cosa juzgada que no hace sino enmascarar la “cosa querida” por el último encargado de realizar un juicio imposible.

Tan llamativa conclusión es consecuencia de una rara virtud del autor de la *teoría pura*: no sólo se declara positivista sino que lo hace tan en serio como para asumir las consecuencias. El método positivista excluye toda razón práctica, por lo que seguir hablando —en tal contexto— de “juicios” son ganas de engañar al consumidor. El problema no radica tanto en que és-

te siga emperrado en que le hagan “justicia” y en que el juez emita al efecto el oportuno “juicio”; lo más grave es que, si los ciudadanos fueron tan inteligentes como para ser positivistas en serio, el derecho dejaría de funcionar, al no contar con más motivo para ser respetado que el recurso a esa fuerza bruta a la que está precisamente llamado a sustituir.

IV. REGRESO A LA JURISPRUDENCIA

Cuando no se ha abrazado la fe positivista (o se ha hecho a los solos efectos de sentirse miembro de un club con elegante aire exclusivo, como denunció Olivecrona), se admite el recurso a un ejercicio de la razón práctica, que permita calibrar cuál de las posibles soluciones resulta la más justa y razonable para el caso concreto.

Basta repasar los elementos clásicamente atribuidos a la prudencia para verlos reflejados en el manejo judicial del derecho. La conveniencia de solicitar consejo se plasma en tribunales colegiados; el papel de la memoria encuentra asiento en el juego del precedente; la recomendable paciencia lleva a respetar formas y procedimientos; la sabia desconfianza ante el posible error personal mueve a contrastar con los textos legales ese prejuicio, que nos llevó a pre-comprender el caso, para buscarle —circularmente— el necesario respaldo normativo.

El juez ha de argumentar, ayudado por las partes, por qué una de las posibles soluciones es la más justa y razonable. Nos hallamos, pues, en plena jurisprudencia, tras descartar las actitudes anteriores, que invitaban (en el primer caso) a una presunta jurisciencia, para quedarse (en el segundo) en crasa jurivolencia.

V. UNA ESTRATEGIA DE “POLITIZACIÓN” JUDICIAL

Éste era también el panorama cuando, desde un neomarxismo indisimuladamente antimarxista, se diseñó una estrategia que permitiera a la eterna oposición italiana intentar hacerse con el control del Poder Judicial; mientras el Legislativo y el Ejecutivo se mantenían reacios a todo histórico compromiso. No dejaba de resultar cruel ver al insigne Carlos Marx, que consideraba al derecho operación casi tan opiácea como la teología, revestido de jurista. Escribo estas líneas en un aeropuerto brasileño, tras haber comprobado que —decenios después— el “derecho alterna-

tivo” se acoge por aquí con el mismo inusitado fervor que si de una versión de la teología de la liberación para juristas se tratara.

Como teoría, el invento no era nada sofisticado. Todo consistía en asumir la función creativa del juez, sustituyendo la arbitrariedad kelseniana, o los intentos de razonamiento práctico, por la obligada diplopía de la lucha de clases. El jurista alternativo —ebrio de revolución pendiente— lo acaba viendo todo doble; no hay ni solución única ni múltiple, sino dual: burguesa-conservadora o emancipatoria-progresista. El Pizarro jurídico ha trazado la raya; la fama espera a los audaces.

En el caso italiano el “uso alternativo” actuaba como un curioso despotismo ilustrado. Los ciudadanos hacían funcionar laboriosamente los mecanismos democráticos hasta que se plasmaban parlamentariamente en un texto las normas vinculantes. El falseamiento “ideológico” atribuido a la democracia burguesa debía ser corregido *a posteriori* por unos jueces cuyas ideas no habían merecido respaldo electoral de mayor cuantía. En España la operación era, en los comienzos, más presentable, al contar enfrente con un despotismo por ilustrar. La justicia, en todo caso, se “politiza”, no porque pase a cobrar dimensión política (toda “creación” jurídica, de uno u otro modo, la implica), sino porque se convierte en confesadamente parcial para —ante el forzado dilema dialéctico— no acabar siéndolo inconfesadamente.

VI. EL PRAGMATISMO DESCREÍDO

Consumada la transición democrática, nuestra situación resulta equiparable a la italiana. Pero en los años ochenta, antes incluso de caer el muro berlinés, los otrora marxistas ahora en el poder viven su peculiar Bad Godesberg. Marx acaba en el baúl de los recuerdos. Los revolucionarios del 82 se han hecho pragmáticos y descreídos. Como de costumbre, los más honestos y consecuentes quedarán en la penumbra, mientras más de un recién llegado presume de camisa vieja.

¿En qué puede quedar un uso alternativo del derecho sin fe marxista? Cuando el dilema burgués-proletario exige tal dosis de fe que sólo se mantiene en pie en algunas universidades católicas sudamericanas, surge el peligro de que (pragmatismo mediante) se vea sustituido por su nada novedosa raíz elemental: la dialéctica amigo-enemigo. De ponerse al servicio del Partido, capaz de encarnar la conciencia del proletariado, puede pasarse

al servicio del Partido, capaz de satisfacer la impaciencia del magistrariado promocionándolo a las alturas.

Del esquema marxista sólo quedaría (y no es poco) el dualismo conservador-progresista y la primacía de la praxis, o sea (eufemismos aparte) la capacidad de un buen fin para justificar malos medios. Todo juicio puede así convertirse en dilema y solventarse mediante un mero cálculo consecuencialista. En un momento en que las goteras de las instituciones políticas llevan a “judicializar” muchas de sus cuestiones y querellas, el panorama no resulta tranquilizador.

VII. LA LEGITIMACIÓN PENDIENTE

El neomarxismo planteó, de modo antidemocrático *a fuer* de “alternativo”, la legitimación política de una creatividad judicial realmente inevitable, por más que pudiera llegar a incrementarla interesadamente. Descartado tan heterodoxo sistema, queda pendiente el problema radical.

El positivismo legalista imponía la imagen de un juez supuestamente “técnico”, legitimable a través de unas más o menos reñidas oposiciones. Recurrir, por simetría, a la elección popular llevaría consigo una inevitable querencia partitocrática inconciliable con la imparcialidad judicial; una cosa es que la política judicial socialista se haya tomado a beneficiario de inventario el veto constitucional a la militancia política de los jueces, y otra, bien distinta, llegar a convertirla en vía habitual de acceso a tal función.

A la espera de que alguien encuentre la oportuna piedra filosofal, no vendría mal recordar la positiva función de la publicidad y la transparencia. Faltas de ellas, muchas de nuestras instituciones políticas —formalmente legitimadas— se encuentran en situación manifiestamente mejorable. No sería difícil que el Poder Judicial quedara muy por encima de ellas, renunciando a disimular la función creativa de los jueces y haciéndola, por el contrario, más diáfana y abierta a una beneficiosa intemperie.