

# EL ROL POLITICO DEL ABOGADO

## LITIGANTE

### I

El presente artículo pretende discutir la posibilidad de que la actividad judicial constituya en sí misma una actividad política. Frecuentemente se oye decir que existe una división tajante entre Política y Derecho o, en un grado mayor de sofisticación, entre Política Jurídica y Dogmática Jurídica. La primera de estas disciplinas sería la menos "jurídica", aquella que propone lo que debe ser Derecho y que la autoridad se encarga de convertirlo en Derecho. En cambio, la segunda es la perspectiva propiamente "jurídica", es el punto de vista del abogado: neutro, libre de toda contaminación política. La Dogmática Jurídica adoptaría el Derecho como su nombre lo sugiere, como "dogma"; es decir, sin discutir si es justo o no, sin preguntarse si el contenido de la norma está de acuerdo con los criterios ideales de evaluación de la sociedad. Nos guste o no nos guste, la norma "está ahí", con toda su fuerza obligatoria; y frente a ella no tenemos sino que inclinarnos. Los abogados, para esta concepción, somos los especialistas en inclinarnos bien, elegantemente y coherentemente.

Dentro de este orden de ideas, hay que separar muy nítidamente al que crea el Derecho de quien lo aplica. Los que crean Derecho pueden ser cualquiera; mientras no se trate de la elaboración de los Códigos básicos —que todavía constituyen el "veda-do de caza" de los juristas— no hay inconveniente para que quien crea las leyes sea dirigente de un

La nuestra, es una sociedad prostituta. El sistema judicial, y más especialmente la profesión de abogado, es un prostíbulo que presta servicios a aquellos que están en mejor posición de pagarse los lujos que la justicia ofrece a sus clientes preferidos.

Florynce KENNEDY.- "The Whorehouse Theory of Law" (1)

sindicato de construcción civil, archimandrita, ingeniero, cartomántica o psicoanalista. Pero los que aplican el Derecho no pueden ser sino abogados. Una vez creada la ley por el obrero de construcción civil metido a representante a Congreso, solamente los abogados pueden interpretarla de manera respetuosa a su texto, como si se tratara de un "dogma"; solamente los juristas pueden sistematizarla, concordarla y aplicarla.

Todo ello supone que la tarea del Juez- jurista por excelencia - se limita únicamente a aplicar el "dogma" legal. El abogado litigante tiene la misma función mecánica en la medida que su papel consiste en proponer al Juez líneas de interpretación; el abogado no hace una operación distinta a la del Juez sino que, por el contrario, prefigurando el razonamiento de éste, le propone una "aplicación" del Derecho: así el abogado es también un mero "aplicador" que no puede darse el lujo de crear, de innovar, de trazar una política.

Todo lo cual ha llevado a muchas personas a sufrir una profunda decepción respecto del rol que puede jugar el Derecho —y, más particularmente, el sistema judicial— en la tarea de organizar la socie-

(1) KENNEDY, Florynce.- "The Whorehouse Theory of Law" in LEFCOURT, Robert (ed).- "Law against the People. Essays to Demystify Law, Order and the Courts", Vintage. New York 1971, p. 81.

dad en forma más justa. Este es el caso, por ejemplo, de la autora del texto que precede a este artículo; y de muchos otros que han renunciado a la posibilidad de utilizar "políticamente" el litigio judicial, limitándose a conservar a duras penas una cierta fe en las posibilidades de una acción legislativa que se ejecuta, prácticamente, por la vía administrativa.

Nos corresponde, en tanto que abogados, verificar si existen fundamentos en la Teoría misma del Derecho que justifiquen esa decepción. Y en caso de no ser así, es importante explicitar las opciones teóricas que permiten rescatar la función creadora del Derecho dentro de la sociedad. Es así como algunos autores han observado que la distinción tan pretendidamente nítida entre Política y Derecho —o entre Política Jurídica y Dogmática Jurídica— se encuentra notablemente cuestionada por la propia actividad judicial. Por la vía de la interpretación del Derecho, los jueces han visto la posibilidad de establecer líneas de acción social que quizá no habrán sido previstas por los legisladores. Y, por otra parte, en la medida que el abogado litigante es quien moviliza la acción del sistema legal al promover una intervención judicial, está también realizando una actividad valorativa y creadora por el hecho de orientar —"agitar"— en uno u otro sentido el poder coercitivo del Derecho; al punto, como lo veremos a continuación, que el abogado puede convertirse en un verdadero "agitador" político que lleva a cabo una "guerrilla" privada con las armas del Derecho.

## II

En la base de la decepción antes anotada, se encuentra la teoría de la separación de los poderes políticos; en consecuencia, nuestra primera tarea debe consistir en repasar brevemente estos fundamentos de Teoría Política que sustentan una actitud pasiva del Juez.

Como es ampliamente conocido, la teoría de la separación de los poderes sostiene que solamente el pueblo puede darse leyes a sí mismo. Por esta razón, el Poder creador de leyes solamente puede estar constituido por el pueblo mismo o por sus representantes, es decir, por el Congreso dentro de una democracia representativa. De ello se deriva que el Juez —que no ejerce representación popular— no puede convertir su propio criterio en ley obligatoria;

por lo cual, debe abstenerse de agregar nada al texto legal, limitándose a aplicar la norma general creada por el pueblo a los casos particulares que le son sometidos. En otras palabras, el Juez tiene que reducir su intervención a una función meramente "fonográfica" (2): reproduce frente a una ocasión determinada el texto escrito de la ley. Ello supone —por definición— que el orden jurídico es un sistema cerrado, sin lagunas, en el cual el Juez puede —y debe— encontrar siempre una norma legal directamente aplicable a cualquier situación.

Ahora bien, esta idea de la separación de poderes es relativamente reciente. En Roma mismo, donde el Derecho tiende a una formalización que prefigura nuestro Derecho moderno, las funciones judiciales eran ejercidas muchas veces por los Gobernadores políticos, confundiendo así el Poder Judicial y el Poder Ejecutivo (3); y gran parte del Derecho Romano no fue creado por el Poder Legislativo sino por el propio sistema judicial a través de los Pretores (4). En realidad, la administración de justicia (*iurisdictio*) era una de las funciones de la magistratura suprema; y los pretores eran originalmente jefes en el sentido amplio del término que tenían no solamente la *iurisdictio* (decir el Derecho) como atribución, sino también la *coercitio* (poder disciplinario), el *imperium* (poder de mando, particularmente en asuntos militares) el *ius agendi cum populo* (facultad de convocar al pueblo en asamblea y proponer leyes) y el *ius agendi cum senatu* (derecho a convocar e interrogar al Senado) (5). No puede, pues, decirse que la República romana estuvo organizada en base al principio de la separación de poderes. En la Edad Media la superposición de planos presenta una naturaleza muy compleja; las grandes Abadías, los Obispos y los Señores feudales ejercían dentro de su territorio, funciones legislativas, judicia-

(2) NEUMANN, Franz.- "The Change in the Function of Law in Modern Society" in MARCUSE, Herbert (ed).- "The Democratic and the Authoritarian State. Essays in Political and Legal Theory". Free Press. New York, 1966, p. 36. (Hay trad. castellana publicada por Paidós, Buenos Aires).

(3) VILLEY, Michel.- "El Derecho Romano", Editorial Universitaria de Buenos Aires, 1963, p. 15.

(4) VILLEY, Michel.- Op. cit.; también COOPER, H.H.A.- "Evolución del pensamiento jurídico. Estudio comparado del pretor romano y del juez inglés", Universidad Nacional de San Marcos, Lima, 1967.

(5) KUNKEL, Wolfgang.- "Historia del Derecho Romano". Ediciones Ariel. Barcelona, 1972, pp. 22, 23 y 93.

les y administrativas (6). Es solamente en la Edad Moderna, con el surgimiento de una nueva clase social comerciante que aspira a una cierta seguridad y previsibilidad jurídica, que la doctrina de la separación de poderes toma cuerpo. Locke señala que "ningún Edicto ni ninguna institución, cualquiera que sea la forma como ha sido creado o cualquiera que sea el poder que lo respalde, tiene la fuerza y la obligación de una ley, ya que no tendría la sanción del Legislativo, a quien el público ha escogido y nombrado" (7); y advierte que "el Legislativo no puede transferir el poder de hacer leyes a ninguna otra mano. Porque no siendo sino Poder delegado del Pueblo, no puede pasarlo a otros... Y cuando el Pueblo ha dicho: 'Nos someteremos a normas y seremos gobernados por Leyes hechas por tales hombres y en tales Formas', nadie más puede autorizar a otros hombres para que hagan Leyes; ni puede el Pueblo estar obligado por ninguna Ley si no ha sido creada por aquellos a quien el Pueblo ha escogido y ha autorizado para dar Leyes" (8).

Esta tesis alcanza su punto culminante con aquel movimiento por el que pasan a la acción política las ideas nuevas de la Edad Moderna y las aspiraciones de la clase emergente: la Revolución Francesa. Montesquieu adelanta y populariza la idea de la separación del Estado en tres Poderes Públicos. Y los revolucionarios del 89 se encargarán de llevar esta idea hasta situaciones-límite, proscribiendo de la forma más radical toda posibilidad de que el Juez pueda sentirse tentado a crear Derecho. Robespierre, planteó que "La afirmación de que los jueces crean Derecho... debe ser expulsada de nuestro lenguaje. En un Estado en el que existe una Constitución y una Legislatura, la jurisprudencia de los Tribunales sólo puede basarse en la ley" (9). Y para evitar toda posibilidad en este sentido, los Decretos de 16 y 24 de agosto de 1790 prohibieron que el Juez interpretara las leyes y ordenaron que, en caso de duda, el Juez debía interrogar al Poder Legislativo.

Resulta obvio que tal mandato era impracticable y sólo podía haber sido dado por quien no tenía experiencia jurídica. Sin embargo, muchos años más tarde, la Corte de Casación francesa en una Ejecutoria de 25 de mayo de 1814, diría: "No corresponde a los Tribunales el papel de juzgar la ley; los Tribunales deben aplicarla tal como es, sin que les sea permitido jamás modificarla o restringirla por ninguna consideración, por más poderosa que ésta sea".

Y un jurista de la talla de Laurent, comentando esta Ejecutoria, nos dice: "Los Tribunales tienen por misión aplicar la ley... Sin duda, el Juez tiene el derecho de examinar si el acto cuya aplicación se le solicita es ley. Pero por el sólo hecho que las formas constitucionales hayan sido observadas, ya es ley y el Juez está obligado a aplicarla. La ley es la expresión de la soberanía nacional; como tal, obliga a los Tribunales lo mismo que a los particulares. Cuando se dice que el Juez está encadenado a la ley, esto significa que no tiene el derecho de someterla a un control, que no le está permitido examinar si esta ley está en armonía con los principios de lo justo y lo injusto que Dios ha grabado en nuestra consciencia" (10).

En realidad, la separación tan radical entre el acto de creación y el acto de aplicación de la ley, así como su base política de la separación de poderes, es una derivación lógica de la teoría del contrato social (11); y a su vez, toda esta construcción político-jurídica encuentra su raíz ideológica en una concepción subjetivista de los valores sociales.

En efecto, en la medida que la sociedad admite la existencia de valores objetivos, válidos en función de criterios externos a los individuos y a los cuales es posible llegar por medio de un "conocimiento" de algún tipo, no hay inconveniente para admitir

(6) Véase, por ejemplo, DAWSON, John P.- "A History of Lay Judges" Harvard University Press, Cambridge (Massachusetts), 1960, p. 39 y *passim*; es interesante también el trabajo de H.H.A. COOPER antes citado, cuando describe los orígenes de la justicia inglesa.

(7) LOCKE, John.- "Second Treatise of Government or Essay concerning The True Original, Extent, and End of Civil-Government". Cap. XI, No. 134,11.

(8) Ibid. No. 141, 6.

(9) Cit. p. NEUMANN, Franz.- Op. cit. p. 37.

(10) LAURENT, F.- "Principes de Droit Civil". T.I, Bruylant-Christophe et Cie., 1869, No. 30, pp. 66-7.

(11) Esta alusión a la teoría del contrato social no debe entenderse en manera alguna como una referencia a las ideas de Rousseau quien, en nuestra opinión, es efectivamente uno de los teóricos que influyeron más notablemente en la formación del Estado y del Derecho liberal pero que, al mismo tiempo, es uno de sus más agudos críticos. El autor tiene en preparación un trabajo en el que aspira a demostrar la presencia de importantes elementos objetivistas en el pensamiento jurídico-político rousseauiano que lo alejan del liberalismo y lo convierten en precursor de una crítica socialista de base libertaria.

una mayor difusión de las facultades creadoras de Derecho. Este es el caso, por ejemplo, del jusnaturalismo antiguo o medieval para el que existen estructuras naturales que son fuente de valor en sí mismas, independientemente de la voluntad de los individuos. A ellas puede llegarse con la ayuda de la razón (según ciertos jusnaturalismos) o con la ayuda de la Revelación divina (según otros jusnaturalismos). Estas estructuras o leyes naturales son el fundamento del Derecho; y la legislación humana debe simplemente esforzarse por implementarlas en obligaciones concretas, referidas al tiempo y lugar. Resulta evidente que en este caso la "ley" humana —o el Derecho— no se apoya tanto en el consenso sino en la intelección de tales valores naturales; y para llegar a ellos no se requiere el concurso de todo el pueblo sino la percepción adecuada (racional o inspirada) por la persona adecuada (filósofo, hombre racional en general o casta sacerdotal). Por eso, el jusnaturalismo no es necesariamente democrático e incluso puede decirse que contiene una clara tendencia anti-populista; la democracia se agrega al jusnaturalismo como una garantía contra el error humano pero no como un medio esencial de determinación de valor. Es más fácil que uno solo se equivoque a que se equivoque todo un pueblo y por eso es mejor que todos quienes componen un pueblo —o todos sus representantes— realicen la operación racional de **descubrir** el valor que normará el grupo; pero aquí el número no agrega nada a la realidad del valor mismo y un solo hombre puede descubrirlo aisladamente si tiene la razón o intuición suficiente. Desde esta perspectiva, es claro que no existe mayor inconveniente para admitir facultades de creación del Derecho en personas individuales, siempre que dominen el método necesario para descubrir el valor objetivo, aún cuando no tengan ninguna representatividad popular. Esta es la razón que justifica la creación de leyes por el Monarca, el Señor feudal, las autoridades de los Gremios profesionales o incluso por el Juez o el funcionario administrativo: de ahí también la confusión de funciones y la poca preocupación por la separación de poderes.

En cambio, las ideas liberales de la Edad Moderna trastruecan totalmente los fundamentos de la normatividad clásica y hacen imposible que ningún hombre particular pueda crear Derecho. El punto de partida de una transformación tan radical estriba en que la concepción del valor pierde su carácter objetivo para hacerse meramente subjetiva: no hay otros

valores que obliguen a los hombres que los que ellos mismos se dan. Nadie es capaz de saber mejor lo que le conviene que el propio individuo; por consiguiente, los hombres individualmente no pueden llegar sino a valores particulares, válidos para sí mismos pero no para los demás. El valor se convierte más bien en interés individual; y ante un haz de intereses individuales no cabe preferir a unos sobre otros: sólo queda la conciliación o la votación. En última instancia, la determinación del valor no es más un acto racional sino un acto volitivo (aún cuando, obviamente, no se trate de una voluntad arbitraria y caprichosa, sino razonada e inteligente). Dentro de este orden de ideas, los valores sociales no se descubren sino que se **crean** en base al consenso. Es el acuerdo de voluntades lo que crea la ley en vez del proceso de intelección de valores superiores. A consecuencia de este cambio de óptica, el pensamiento jurídico y político se transforma radicalmente. El jusnaturalismo mismo abandona la mayor parte de los datos "naturales" para quedarse casi exclusivamente con uno solo: la libertad individual (y sus derivaciones inmediatas, como la propiedad privada, etc.). El mundo jusnaturalista clásico poblado de esencias, de causas finales, de formas comunes, preocupado por la naturaleza de los grupos, de la familia, del Estado, se disuelve en una aglomeración de individuos libres que es preciso concordar y da origen a un nuevo jusnaturalismo "moderno" cuya piedra angular es el derecho "subjetivo" (12). La Ética Social pierde su carácter sustantivo y tiende a procesalizarse: la base del problema no radica ahora en llegar al conocimiento de ciertos valores objetivos sino en encontrar un "procedimiento" adecuado que permita compatibilizar los intereses particulares. El Derecho abandona poco a poco su preocupación por sus fuentes "materiales" (que habrían sido el objeto primordial de investigación para el jurista clásico) para ocuparse exclusivamente de las fuentes "formales" (que constituirán en adelante el límite de la investigación del nuevo jurista). Como dice Michel Villey, "el pensamiento moderno la ha vaceado (a la idea de Derecho Natural) de todo contenido sustancial". (13). Y una vez

(12) Véase en este sentido el importante libro de VILLEY, Michel.- "La Formation de la Pensée Juridique Moderne", Les Editions Montchrestien, Paris, 1968.

(13) VILLEY, Michel.- "Introduction à l'histoire de la philosophie du droit" in "Leçons d'Histoire de la Philosophie du Droit". Dalloz. Paris, 1962, p. 56.

que el jusnaturalismo moderno cumplió su misión de quebrar el concepto tradicional de Derecho y debilitar toda objetividad a nivel axiológico, fue sustituido por una nueva teoría jurídica, aséptica, no contaminada políticamente, que aspira a ser puramente "científica", que pretende fundamental un ejercicio profesional exclusivamente "técnico": el positivismo contemporáneo. A partir de entonces, la "Ciencia del Derecho" es pura y se distingue radicalmente de la Psicología, de la Sociología, de la Ética y de la Teoría Política, según lo afirma Kelsen (14); pero esta pureza ha sido obtenida por la vía de la castración pues se ha sometido al Derecho a una intervención quirúrgica que le elimina sus elementos generativos y fecundos para quedarse sólo con un bello esqueleto, lógicamente perfecto en el interior de sus propios límites: el poder creador queda del lado de la Política.

En esta forma, la evolución iniciada por el liberalismo primitivo y su concepción subjetiva de los valores ha seguido su camino: primero, el jusnaturalismo moderno planteó que, por razones todavía políticas, el Juez no debe crear Derecho; después, el positivismo recibe la posta y va más lejos en el proceso de "descontaminación" al afirmar, esta vez por razones "científicas", que el Juez —en tanto que jurista— no tiene posibilidades normativas.

### III

Las tesis liberales en materia político-jurídica encuentran en sí mismas sus propias limitaciones. De un lado, advertimos que el subjetivismo valorativo conlleva una contradicción objetivista que obliga en algunos casos a la Política y al Derecho liberal a funcionar en forma asintomática. De otro lado, la teoría del consenso supone un nivel de comunicación humana inter-subjetiva que no se alcanza en la práctica y que tropieza de inmediato con las limitaciones del lenguaje.

Hemos señalado cómo el pensamiento liberal pretende devolver a cada individuo toda su capacidad de elección, de manera que la sociedad se desglosa en un conjunto de intereses particulares que no pueden ser formulados sino por los propios individuos. En esta forma, la voluntad individual prima sobre cualquier otro criterio y todo reconocimiento de un valor externo al individuo supone una tran-

sacción de intereses: de ahí la necesidad de organizar jurídicamente la sociedad sobre los pilares del derecho subjetivo y el contrato. Sin embargo, aún cuando el liberalismo niega todo criterio objetivo para definir el valor, simultáneamente otorga un valor absoluto precisamente al principio de que no existen valores absolutos; lo que lleva a establecer una base objetiva de razonamiento valorativo, que está más allá de la mera transacción o contrato. No se trata aquí de un acuerdo de voluntades sino que, "objetivamente" e independientemente de las voluntades particulares, la sociedad liberal es "buena" en sí misma. Por consiguiente, si se llega a esta conclusión por vía de razón y no por la mera afirmación volitiva de un interés individual, entonces es posible que los principios y normas que determinan la estructura liberal de la sociedad se impongan sin necesidad del acuerdo de voluntades. De ahí nace el Derecho Público liberal que, si bien no tiene otra función que asegurar la subsistencia y funcionamiento de una sociedad que permita el juego de los intereses individuales, sin embargo no incorpora en su desarrollo el principio "neutro" de la autonomía de la voluntad sino que adopta un carácter fundamentalmente imperativo y su razonamiento es en gran parte de tipo político. De ahí nacen también las normas denominadas de "orden público" que no pueden ser derogadas por la voluntad de las partes y cuya presencia se encuentra incluso en el Derecho Privado: son los cimientos constructivos de la sociedad de mercado. Es interesante notar que esta contradicción interna permanente en el seno del liberalismo entre la definición del valor a nivel subjetivo y el reconocimiento de un valor objetivo constituido por los principios liberales mismos, lleva a una cierta oscilación entre las consecuencias prácticas de ambos extremos de la contradicción, al punto que, en un cierto sentido, puede decirse que el liberalismo y el autoritarismo no son necesariamente posiciones opuestas. Estas dos tendencias pueden, en algunos casos, constituir un sistema integrado, representando los dos extremos de la contradicción que coexiste en el pensamiento liberal, lo que aparece bastante claro en la concepción política de Hobbes. Y así, cuando la sociedad liberal se siente atacada en sus bases mismas, llama en su auxilio al autoritarismo político precisamente para salvar sus bases li-

(14) KELSEN, Hans.- "Théorie Pure du Droit". Trad. francesa de la 2a. ed. de la "Reine Rechtslehre", Dalloz, Paris, 1962, p. 1.

berales.

Pues bien, si el liberalismo postula el valor absoluto de la sociedad liberal como tal, entonces no hay inconveniente -desde el punto de vista de su propia Teoría Política- para aceptar también que el Juez cree Derecho en lo que se refiere a la implementación de los principios básicos de la sociedad de mercado. La objeción "populista" de que toda norma debe ser creada por los representantes del pueblo porque no es sino expresión de la voluntad popular, pierde fuerza. Es la razón y no la voluntad popular lo que justifica la intervención creativa del Juez; y, en este sentido, no constituye un acto "anti-democrático" el hecho de que el Juez cree Derecho por la vía de la interpretación, como tampoco es anti-democrático que pueda afirmarse la existencia de Dios sin tener que someter el punto a votación popular.

Habíamos dicho que todo el problema surgía en el interior de la filosofía política liberal, debido a sus planteamientos subjetivistas que exijan que toda imposición sobre un individuo naciera del voto popular; y hemos visto que aún dentro del estrecho marco de esa filosofía política, la objeción no resulta suficientemente fuerte. Por estas mismas razones, no se planteará el problema si abiertamente escapamos al marco liberal y pensamos que es posible establecer, en una forma u otra, ciertos criterios objetivos de valor que se imponen necesariamente sobre los intereses individuales; es así como los jusnaturalistas, y los socialistas de diverso tipo, no se sentirán afectados por una intervención judicial creativa sin contacto directo con el voto popular.

En esta forma queda levantada la objeción política a la creación de Derecho por el Poder Judicial; lo que permite que el abogado litigante pueda intentar movilizar al Juez en un sentido político proponiéndole un modo de razonamiento finalista que desborda el marco lógico-formal. Pero subsiste aún una objeción aparentemente formidable: aún cuando quisiéramos hacer un uso político y creativo del litigio judicial, esto no es posible dentro de nuestro sistema jurídico porque el Juez está legalmente limitado a aplicar la ley y no tiene margen de juego para poder intervenir creativamente. El artículo I del Título Preliminar de Código Civil establece que ninguna ley se deroga sino por otra ley. En conse-

cuencia, aún cuando fuéramos liberales pero que hubiéramos borrado nuestro prejuicio en contra del rol creador del Juez por las razones antedichas o aún cuando fuéramos jusnaturalistas o socialistas y pretendiéramos hacer algo distinto con el Derecho, no nos sería posible porque el Juez no podría aceptarnos ninguna de nuestras propuestas de interpretación ya que estaría obligado a aplicar la ley y sólo la ley. Con lo cual regresamos al punto inicial de este artículo: a la decepción sobre lo que puede hacer el abogado litigante y el Juez que se encuentran sometidos a un marco legal determinado. Parecería que, después de haber superado los obstáculos políticos, tropezamos con nuevos obstáculos, esta vez de naturaleza jurídica. Y, por ese camino, volveremos a caer en el pesimismo de Florynce Kennedy o en el de Mario Sbriccoli cuando nos dice que el jurista es por esencia un ser integrado, al servicio de la clase dominante, un colaborador activo de la dominación de la clase (15)

Habríamos llegado así a la misma conclusión negativa que André-Jean Arnaud quien afirma que, "dado nuestro sistema jurídico, si hoy en día se quisiera hacer progresar la ciencia jurídica extrayéndola del sistema jurídico en el que se encuentra inscrita, esto no sería posible por la vía de la interpretación", el sistema mismo es el resultado de la opción política de nuestra sociedad y la interpretación no es sino "un mecanismo de ejecución". (16).

#### IV

La objeción "jurídica" a la politización de la interpretación judicial es menos sólida cuando se la examina a la luz de las actuales teorías sobre el lenguaje y sobre la propia interpretación jurídica. Una jurisprudencia "mecánica" o una intervención meramente "fonográfica" del Juez suponen que la ley lo haya dicho todo, que todo haya sido previsto por el legislador y que los textos legales sean absolutamente transparentes. Solamente si se dan estas condiciones, podremos entender de manera tajante

(15) Cit. p. ARNAUD, André Jean.- "Le médium et le savant. Signification politique de l'interprétation juridique", Archives de Philosophie du Droit, T. XVII, Sirey, Paris, 1972.

(16) ARNAUD, André-Jean.- Op. cit. pp. 180-1.

el artículo I del Título Preliminar del Código Civil; ya que sólo si es posible precisar inequívocamente lo que se entiende por ley frente a cada caso, la disposición legal mencionada tendrá, efectivamente, una función limitante inequívoca.

Wittgenstein ha desarrollado la tesis de que quizá las palabras no tienen nunca un significado definido que pueda ser aprehendido unívocamente. Por el contrario, todo lo que podemos descubrir en ellas es la forma como se las utiliza dentro de un contexto determinado (17). Dentro de este orden de ideas, no es posible señalar límites precisos al contenido de cada palabra, sino que éstas presentan siempre una indefinición respecto de la totalidad de contenidos que pueden albergar. Aún más, todos los contenidos posibles de una misma palabra pueden ni siquiera tener un punto en común que sea susceptible de constituir el núcleo de significado de esa palabra; todos estos contenidos o significados están referidos a una misma palabra sólo porque unos se conectan a los otros, aún cuando el elemento de todas estas conexiones significativas no sea el mismo siempre: "estos fenómenos (los contenidos posibles) no tienen ninguna cosa en común que nos haga usar la misma palabra para todos ellos; pero están relacionados uno al otro en formas diferentes" (18). Wittgenstein propone, por eso, utilizar el concepto de "parecidos de familia" para determinar aquello que hace que significados diversos sean acogidos por la misma palabra, ya que también los miembros de una familia se parecen entre sí sin que necesariamente exista un rasgo común a todos ellos o "núcleo de parecido": "No puedo encontrar una mejor expresión que caracterice estas similitudes que la de 'parecidos de familia'; porque las diversas semejanzas que existen entre los miembros de una familia (textura, rasgos, color de ojos, manera de caminar, temperamentos, etc., etc.) se superponen y se entrecruzan en la misma forma" (19). Esto nos lleva a que, para describir lo que significa una palabra, por ejemplo la palabra "juego", nos vemos obligados a describir juegos y agregar: "Esto y otras cosas similares se llaman 'juegos'" (20). Ni siquiera podemos establecer reglas precisas de interpretación a fin de salvar esta imprecisión del lenguaje. "Una regla está frente a nosotros como un poste de señales. ¿Pero acaso el poste de señales no nos deja también dudas sobre la dirección que debemos tomar? ... Y si hubiera no simplemente un único poste de señales sino una cadena de postes contiguos o de marcas de

pintura en la pista, ¿hay acaso una sola manera de interpretarlas?" (21). En otras palabras, dado que las reglas de interpretación están constituidas por palabras, será necesario interpretar también las reglas mismas. Ya Rousseau sostenía: "Cien veces me he hecho la reflexión cuando escribía que es imposible en un libro grande dar siempre los mismos sentidos a las mismas palabras. No hay ninguna lengua tan rica para proveer tantos términos, giros y frases como modificaciones pueden tener nuestras ideas. El método de definir todos los términos y de sustituir permanentemente la definición en el sitio de lo definido, es hermoso pero impracticable; ya que, ¿cómo evitar el círculo? Las definiciones podrían ser buenas si no se emplearan palabras para hacerlas" (22).

Todas estas ideas han germinado en la mente de los juristas y han logrado impresionar incluso a quienes, por principio, podrían haber sido los más opuestos a toda imprecisión en la aplicación de las normas jurídicas: los teóricos positivistas. Pero la honestidad intelectual de estos escritores y además —last, but not least— la experiencia jurídica cotidiana, obliga a reconocer que el Derecho no puede ser aplicado mecánicamente, que las palabras con que están redactadas las normas jurídicas tienen diversos significados posibles, que la combinación de palabras dentro de una frase normativa y la combinación de normas dentro de un sistema jurídico, así como la ubicación de la norma dentro de un contexto social determinado, ofrecen varios sentidos abiertos a la interpretación.

Kelsen nos dice en su "Teoría Pura" que "si un órgano jurídico tiene que aplicar el Derecho, hace falta necesariamente que establezca el sentido de las normas que tiene por misión aplicar; hace falta necesariamente que interprete esas normas. La interpretación es, entonces, un proceso intelectual que acompaña necesariamente el proceso de aplicación del Derecho en su progresión de un grado superior

(17) WITTGENSTEIN, Ludwig.- "Philosophical Investigations", G.E.M. Anscombe, trans., 1969. T. I, 1 (p. 3).

(18) Ibid. I, 65 (p. 31).

(19) Ibid. I, 67 (p. 32).

(20) Ibid. I, 69 (p. 33).

(21) Ibid. I, 85 (p. 39).

(22) ROUSSEAU, Jean-Jacques.- "Emile ou de l'Éducation", Oeuvres Completes. T. IV Bibliothèque de la Pléiade. Editions Gallimard. Paris, 1969. p. 345 (nota).

a un grado inferior" (23). Ahora bien, agrega Kelsen que: "La norma de grado superior no puede reglamentar en todos sus aspectos al acto que la aplicará. Queda siempre, inevitablemente, un cierto margen para el juego del poder de discreción, reducido o considerable: la norma de grado superior no es sino un marco que debe ser llenado con el acto de creación de la norma inferior o con el acto de ejecución material que aplica la norma" (24). Y en esta forma, se reintroduce la posibilidad de creación de Derecho por el Juez. Las expresiones de este autor son particularmente claras sobre el punto: "Es así como la interpretación de una ley no debe conducir necesariamente a una decisión única que se considere que es la única exacta; es posible que conduzca a varias decisiones, todas del mismo valor en la medida que se adopta como criterio de valor solamente la ley que debe ser aplicada; aún cuando una sola de estas posibilidades llegará a ser Derecho positivo por el órgano de aplicación del Derecho, particularmente, por el acto del Poder Judicial. . . En otras palabras, decir que una sentencia se fundamenta en la ley significa sólo que tal decisión se inscribe en el interior del marco representado por la ley". (25). Es así como Kelsen, sin abandonar una perspectiva esencialmente liberal del Derecho, reconoce que los intentos de construir un Derecho "mecánico" son equivocados: "Verdaderamente, la Ciencia tradicional del Derecho (se está refiriendo a los primeros planteamientos del liberalismo jurídico) no comparte en absoluto estas ideas. No quiere que la interpretación le señale únicamente el marco. . . Para esta Ciencia tradicional, la interpretación debería desarrollar un método que le permita además llenar correctamente ese marco establecido por la ley. La teoría usual de la interpretación quiere hacernos creer que, al aplicar las leyes a casos concretos, éstas no pueden proporcionar sino una sola decisión correcta, una sola; y que la "corrección" de esta decisión se fundamenta en la ley misma. . . Lamentablemente, estas ideas (de la Ciencia Jurídica tradicional) y la esperanza que alientan, no se encuentran fundamentadas. Desde el punto de vista que no toma en cuenta sino el Derecho positivo, no existe ningún criterio en virtud del cual pueda preferirse una de las posibilidades que surgen dentro del marco del Derecho aplicable. . . Dicho de otra manera: el problema se presenta porque la norma aplicable no contiene una decisión sobre cuál de los intereses en juego tiene más valor, sino que remite esta decisión —es decir, esta determinación del rango de cada

interés— a un acto de creación de normas que tiene que realizarse posteriormente; por ejemplo, la decisión judicial" (26).

En la formulación de Kelsen que antecede, encontramos todos los elementos necesarios para "politizar" la aplicación judicial del Derecho: la sentencia no es mera aplicación sino también creación de Derecho; esta creación tiene que tomar en cuenta los diversos intereses en juego; la sentencia es no solamente un acto de intelección de una norma superior sino un acto volitivo, "político", de determinación de rangos o preferencias entre intereses. ¿Cómo es posible mantener todavía la idea de un Derecho "puro" después de esto? Kelsen dirá que la Ciencia Jurídica tiene que limitarse a establecer las diferentes líneas de interpretación; a la Política le corresponderá optar entre tales interpretaciones. En consecuencia, el Juez queda disociado en dos personalidades: es un jurista y un político. En su personalidad de jurista, la Ciencia del Derecho lo lleva sólo hasta mostrarle distintas alternativas equivalentes de interpretación; después asume su segunda personalidad, se convierte en político y decide entre una de esas alternativas. La disociación del rol del Juez permite salvar, de manera un tanto esquizoide, la distinción entre Derecho y Política. Pero lo importante estriba en que ha quedado claro que la Ciencia "pura" del Derecho **no puede ser aplicada**, no puede tener vida sin el concurso de la Política y que nadie puede ser Juez sin ser necesariamente "político"; lo que conlleva que nadie puede ser tampoco abogado sin ser necesariamente "político".

H.L.A. Hart, otro de los grandes positivistas contemporáneos y teórico eminente del Derecho moderno, reconoce explícitamente que el Derecho presenta siempre una "textura abierta" (**open texture**) (27), que lleva a optar entre diversas alternativas: normas aparentemente tan unívocas como la prohibición de que ingresen vehículos al parque —que puede ser establecida en un simple afiche per-

(23) Kelsen, Hans.- "Théorie Pure du Droit". Trad. francesa de la 2a. ed. de la "Reine Rechtslehre". Dalloz. Paris, 1962. p. 453.

(24) Ibid. p. 454

(25) Ibid. p. 457

(26) Ibid. p. 457-8

(27) HART, H.L.A.- "The Concept of Law". At the Clarendon Press. Oxford, 1961. p. 121 y ss; particularmente, p. 124.



fectamente claro— permiten comprender sin lugar a dudas que no se puede ingresar al parque en automóvil o en camión, pero dan lugar a muchas dudas respecto de otros “vehículos”, tales como la bicicleta, el coche del bebe, el patinete del niño o el auto de juguete; en estos casos, la interpretación tiene que sobrepasar el texto de la ley y preguntarse sobre el propósito —la “política”— que inspiró la misma. “Por consiguiente, el lenguaje le deja (al Juez, al intérprete en general) también una discreción muy amplia; de manera que el aplicar la norma, aunque la conclusión no sea arbitraria ni irracional, implicará siempre una opción (choice)” (28). Hart denuncia que: “El vicio conocido en la Teoría del Derecho como ‘formalismo’ o ‘conceptualismo’ consiste en la actitud de formular normas que pretenden tanto disfrazar como minimizar la necesidad de la opción, una vez que la norma se encuentra establecida” con la idea de llegar a un “paraíso conceptual, de los juristas” (29). Sin embargo, esto supone “un mundo adecuado para una aplicación ‘mecánica’ del Derecho (“mechanical” jurisprudence)” es decir, un mundo estructurado de modo muy simple y uniforme: pero “decididamente, ese mundo no es nuestro mundo” (30).

Todo lo expuesto nos lleva a pensar que la jurisprudencia nunca es “mecánica”, ya que los propios teóricos del positivismo han tenido que admitirlo. Aún cuando los jueces y abogados a veces no se dan cuenta de este hecho, la aplicación de la ley resulta siempre “inconscientemente” política. En consecuencia, para comprender realmente la actividad judicial es indispensable superar sus contenidos “jurídicos” manifiestos y alcanzar sus contenidos “políticos” latentes. Es preciso hacer jurídicamente consciente el inconsciente político, a fin de lograr una intervención judicial reflexiva y en pleno uso de su poder de decisión.

## V

Esta necesidad de una interpretación “política” del Juez —y, consecuentemente, del abogado litigante que tiene que proponer al Juez una aplicación de la ley— no es un mero “defecto” de nuestro Derecho debido a las imperfecciones del lenguaje. Por el contrario, constituye un factor conveniente e incluso indispensable: lo que hace más apremiante aún la toma de conciencia de este fenómeno por parte de

los profesionales del Derecho.

Como lo he señalado antes, Kelsen considera que las limitaciones de la previsión humana hacen que una norma no pueda reglamentar en todos sus aspectos la materia sometida a su imperio; de ahí el carácter inevitable de una indeterminación relativa del acto de aplicación del Derecho. Pero además Kelsen hace notar que la indeterminación del Derecho puede ser “perfectamente intencional, es decir, que la intención del órgano que creó la norma fue dejarla en cierta forma indeterminada” (31). Y Hart afirma categóricamente que: “es importante advertir que, aparte de esta dependencia del lenguaje con su textura abierta, no debemos acariciar la idea, ni siquiera como un ideal, de que la norma deba ser tan detallada que, ya sea que se aplique o no a un caso particular, todo haya sido resuelto en ella de antemano y que nunca nos encontremos al aplicarla con la necesidad de tener que escoger entre alternativas abiertas” (32). Esto no es deseable, dice Hart, porque el mundo no está constituido por un número finito de rasgos ni conocemos todas las combinaciones entre ellos. Por eso, pretender legislar como si se pudiera preveer todo es legislar en forma inadecuada y las consecuencias serán peores que si se deja intencionalmente una cierta indeterminación que el Juez se encargará de precisar. Y Jerome Frank, en su habitual estilo incisivo con el que denuncia los mitos que existen en torno al Derecho moderno, escribe: “Incluso en una sociedad relativamente estática, la gente no ha sido capaz de construir un conjunto de normas eternizadas, que abarquen todo, de manera que puedan anticipar todas las posibles controversias jurídicas y resolverlas de antemano. . . Mucho menos es posible lograr tal sistema jurídico congelado en los tiempos modernos. Nuevos instrumentos de producción, nuevas formas de viajar y de vivir, nuevos sistemas de propiedad y de crédito, nuevas concentraciones de capital, nuevas costumbres sociales, hábitos, objetivos e ideales: todos estos factores de innovación hacen vana la esperanza de que se puedan redactar normas legales definitivas que solucionarán para siempre todos los problemas jurídicos”. Pero la solución no consiste tam-

(28) Ibid. p. 124

(29) Ibid. p. 127

(30) Ibid. p. 125

(31) KELSEN, Hans.- Op. cit. p. 465

(32) HART, H.L.A.- Op. cit. p. 125

poco en cambiar frecuentemente las leyes; de lo que se trata más bien es de hacer flexible a la ley, de manera que pueda ir adaptándose a las nuevas necesidades sociales. "Nuestra sociedad se encontraría en camisa de fuerza si el Poder Judicial, con la ayuda competente de los abogados, no estuviera constantemente remozando (**overhauling**) la ley y adaptándola a las realidades de condiciones sociales, industriales y políticas en constante cambio". Por todo ello, "el Derecho tiene que ser de todas maneras más o menos flexible, experimental y, por eso mismo, no tan encantadoramente calculable. **Mucho de la incertidumbre de la ley no es un accidente infortunado; tiene un inmenso valor social**" (el subrayado es del propio J. Frank) (33).

Esta indeterminación intencional de la ley se manifiesta bajo múltiples aspectos. De un lado, nos encontramos con la tendencia actual a la eliminación de definiciones dentro del texto de la ley; tendencia que en el Perú hemos recibido del Código Civil alemán de 20 de agosto de 1896 (**Bürgerliches Gesetzbuch**, conocido como el BGB, que aún se encuentra vigente tanto en Alemania Occidental como en Alemania Oriental). Esta ausencia de definiciones permite que el contenido de los términos pueda ser precisado por la jurisprudencia a medida que van variando las condiciones de su aplicación. El margen de discreción que se otorga en esta forma al Juez puede ser bastante grande y alcanza incluso a las áreas del Derecho consideradas más "técnicas" o independientes de las condiciones sociales y económicas en que se aplicarán, como el caso del Derecho de Obligaciones. Imaginemos, por ejemplo, la obligación de dar que tiene el arrendatario de una embarcación respecto del propietario de la misma: está sujeto a una obligación insoslayable de devolver la embarcación a su dueño al término de la locación. Sin embargo, poco antes del vencimiento del plazo, la embarcación naufraga por culpa del arrendatario y queda sobre el fondo marino a 100 metros de profundidad. Técnicamente, es posible reflotar la embarcación y repararla; sin embargo, los costos de colocarla a flote en su estado original son superiores al dad. Técnicamente, es posible reflotar la embarcación y repararla; sin embargo, los costos de colocarla a flote en su estado original son superiores al valor mismo de la embarcación. ¿Qué derechos tiene en este caso el acreedor, es decir, el dueño de ella? No cabe duda que podría exigir el pago del precio, más los daños y perjuicios. Pero, ¿podría, si lo qui-

siera, exigir que le entregue el arrendatario su propia embarcación, cueste lo que cueste el reflotamiento y la reparación? El problema estriba en determinar lo que debe entenderse por "pérdida de la cosa". En ninguna parte del Código encontraremos una definición de este concepto. Aparentemente, en el caso planteado, la cosa no se ha perdido puesto que técnicamente es susceptible de recuperación y reparación. Sin embargo, el Juez podría hacer uso de la indefinición de la "pérdida" y razonar de la siguiente forma: (a) la embarcación no tiene ningún carácter especial para su dueño, de modo que puede ser sustituida por otra similar; (b) la lógica de una sociedad de mercado se funda en que deben protegerse los intereses **reales** de los individuos y asegurarse una buena fe contractual necesaria para la interacción de tales intereses; (c) dentro de esa lógica, una cosa puede considerarse perdida **desde el punto de vista económico**, aunque no ocurra su pérdida física o técnica, siempre que su costo de reparación sea notoriamente desproporcionado en relación con el valor de la cosa; (d) por todas estas consideraciones, debe concluirse que la **embarcación** se ha perdido y el arrendatario puede **cumplir con** su obligación simplemente pagando el precio y los daños y perjuicios. Resulta evidente que el razonamiento habría sido diferente dentro de una sociedad en la que los bienes no se consideran objetos intercambiables y sustituibles sino, por ejemplo, extensiones de la personalidad que no pueden ser reemplazadas u obras de arte originales. En cambio, en una sociedad de mercado en la que predomina la producción en masa y todo objeto es en mayor o menor grado una mercancía y donde las decisiones se basan en un análisis de "costo/beneficio", puede resultar excesivo —¿injusto?— otorgar al acreedor el derecho de exigir la devolución de la cosa misma cuando esta devolución resulta más costosa que el valor económico de la cosa. Ahora bien, la indefinición de la palabra "pérdida" permite ajustar la norma a las condiciones del caso y a las bases económico-sociales de la relación.

En segundo lugar, otro procedimiento utilizado para lograr una indeterminación intencional de la norma consiste en el uso de lo que los intérpretes del BGB han llamado "**generalklauseln**", es decir,

(33) FRANK, Jerome.- "Law and the Modern Mind". Doubleday, Anchor. New York, 1963. p.p. 6-7.

conceptos de contenido muy amplio, cuyo sentido debe establecerse en cada caso en función de ciertas pautas generales. Este es el caso, por ejemplo, de las nociones de "buena fe" (art. 1328 del C.C.), "orden público" y "buenas costumbres" (art. III del T.P. del C.C.), "interés legítimo" (art. IV del T.P. del C.C.), "tolerancia recíproca" (art. 859 del C.C.), "interés social" (art. 34 de la Constitución) el "ordenado comerciante" y el "representante leal" (art. 172 de la Ley de Sociedades Mercantiles) y muchas otras nociones que ya se han hecho tradicionales en el Derecho y que están presentes explícita o implícitamente en muchos de los ordenamientos legales vigentes, como la del "buen padre de familia", el "hombre razonable", etc. Du Pasquier denomina a estas nociones como "standards" o "conceptos flexibles" y señala que tienen una gran importancia porque permiten cubrir un alto número de situaciones que hubieran sido difícilmente tipificables en la legislación (34). El poder discrecional que otorgan al Juez es también muy grande. En el Derecho norteamericano, por ejemplo, es conocida una Ejecutoria que haciendo uso del "standard" del "hombre razonable" limitó sustancialmente la obligación de pagar daños y perjuicios en caso de incendio, teniendo en cuenta lo que puede ser considerado razonable dentro de las condiciones sociales, económicas, comerciales e incluso psicológicas existentes en un país en pleno desarrollo capitalista. El incendio se habría originado en un cobertizo de propiedad de una Compañía de Ferrocarriles; pero las llamas alcanzaron la casa del demandante ubicada a treinta o cuarenta metros de dicho cobertizo. La pregunta era: "¿Es responsable el propietario del primer inmueble frente al segundo propietario por el daño causado por tal incendio?" El Juez consideró que amparar la demanda implicaría crear un tipo de responsabilidad contra la cual no habría manera de precaverse porque, entre otras cosas, "una persona puede asegurar su propia casa o sus muebles, pero no puede asegurar la casa o los muebles de su vecino". "En un país comercial, cada persona, hasta cierta medida, corre con el riesgo de la conducta del vecino y cada persona, gracias a los sistemas de seguros contra tales riesgos, está en posición de obtener una razonable seguridad contra las pérdidas. Descuidar la precaución de tomar un seguro y exigir una indemnización del vecino en cuya propiedad se originó el fuego, implicaría aplicar un castigo más allá de la ofensa cometida... (El demandado) sólo puede ser responsable por los daños directos ocasionados por sus

actos, pero no por los daños remotos" (35). También dentro del Derecho peruano, la combinación de la ausencia de definiciones con el uso de expresiones más o menos generales en la redacción de las normas lleva a que muchas reglas jueguen el papel de "generalklauseln". Por ejemplo, cabría válidamente preguntarnos si la palabra "contribuir" a causar el daño del artículo 1141 de nuestro Código Civil no podría ser interpretada por un Juez peruano dentro de lineamientos similares a la Ejecutoria norteamericana comentada, en el caso que la práctica del seguro contra incendios estuviera igualmente generalizada en el Perú: el propietario del segundo o tercer inmueble incendiado habría contribuido a producir su propio daño económico al actuar imprudentemente por no contratar una póliza de seguro, cuya indemnización habría limitado o reducido los efectos económicos negativos del primer incendio.

Un tercer procedimiento de indeterminación voluntaria consiste en legislar sobre una determinada materia con muy pocas reglas, lo que posibilita al Juez un gran margen de creatividad. Este es el caso, por ejemplo, de la responsabilidad extracontractual dentro del Derecho Civil peruano. Un campo tan amplio y tan rico de situaciones resulta normado casi exclusivamente por sólo doce reglas (arts. 1136 a 1148 del C.C.); y la regla básica está redactada de manera tan general que funciona casi como una "generalklauseln": "Cualquiera que por sus hechos, descuido o imprudencia, cause un daño a otro, está obligado a indemnizarlo". Esto es todo. Con esta formulación tan amplia, el Juez tiene que apreciar si se trata de un hecho generador de responsabilidad, si se ha producido daño, el monto indemnizable, la relación de causalidad entre el hecho y el daño, los límites causales y el nivel de exclusión de los daños a terceros (daños que son consecuencia a su vez, de aquellos causados directamente por el descuido o la imprudencia), etc. Para apreciar el grado de discrecionalidad del Juez en la aplicación de esta norma, basta compararla con otras normas del mismo Código desde el punto de vista de su generalidad y abstracción; véase, por ejemplo, el artículo 864 ("Todo propietario puede exigir que se corten las ramas de

(34) DU PASQUIER, Claude.- "Introducción a la Teoría General del Derecho y a la Filosofía Jurídica". 2a. ed. Librería Internacional del Perú. Lima, 1950. No. 119. p. 111.

(35) Ryan v. New York Central R.R., Court of Appeals of New York, 1866. 35 N.Y. 210.

los árboles que se extiendan sobre su propiedad, y puede él mismo cortar las raíces que la invadan”) apunta a una situación muy concreta y precisa. Ahora bien, la amplitud del artículo 1136 es conveniente y necesaria porque sería imposible hacer una lista de situaciones que constituyen “daños reparables” ni establecer una tarifa adecuada de indemnizaciones. Por consiguiente, en campos como éste, el Poder Judicial está en mejor aptitud que el legislador para crear la norma que resuelva el caso; es decir, la ley escrita resulta un instrumento demasiado grueso para normar estos casos y por eso es más conveniente dejar la solución en manos del Juez, quien puede realizar una apreciación más fina de las circunstancias, evaluar los intereses en juego, determinar la “política” y encontrar la solución adecuada. En muchos casos, este rol “político” de la jurisprudencia ha permitido crear nuevos conceptos jurídicos, establecer nuevas “políticas” y preparar el camino de la legislación futura. Este es el caso, por ejemplo, de la noción de “competencia desleal” que recién se incorpora al Código de Obligaciones Suizo en el año 1911 (art. 48); sin embargo, este principio no habría surgido intempestivamente en la mente del legislador sino que había sido aplicado por los Tribunales durante muchos años por la vía de la responsabilidad extra-contractual: el artículo 50 del antiguo Código de Obligaciones Suizo —cuya redacción es muy similar a la del artículo 1136 de nuestro actual Código Civil— habría permitido que los Tribunales desarrollaran una “política” de protección de la empresa privada honesta, asegurando así las condiciones necesarias para el funcionamiento suave de una economía de mercado (36). Lo mismo puede decirse de nuestra legislación sobre inquilinato que ha sido desarrollada en gran parte muchas veces dentro de líneas “políticas” —poco consistentes— por la jurisprudencia; y un ejemplo particularmente notable en el Derecho Peruano lo constituye nuestra legislación laboral.

## VI

Vemos, pues, que la aplicación de la norma legal deja un amplio margen de creación al Juez, quien tiene que escoger entre diversos valores, es decir, definir una “política”. Por otra parte, hemos visto también que, en algunos casos, la actividad del Juez es mucho más eficiente que la actividad de legislador con el propósito de lograr ciertos objetivos sociales, debido a que permite una apreciación

más fina del caso y a que el Juez se relaciona con personas y conductas concretas mientras que el legislador trabaja a un nivel general y abstracto.

Esta especificidad irremplazable de la creación de Derecho por el Juez ha llevado a que, en ciertas circunstancias, el propio Estado haya optado por enervar la acción judicial para lograr transformaciones sociales que no era posible implantar sólo “desde arriba” mediante textos legales.

Un caso particularmente impactante es el de la introducción del Derecho soviético en las comunidades tradicionales de Asia Central. Hacia el fin de la década de 1920, el Gobierno soviético pretendía someter todos los grupos culturales existentes dentro del territorio de la URSS a la ideología y a la organización político-jurídica del Estado socialista. Sin embargo, los pueblos musulmanes del Asia Central soviética eran abrumadoramente tradicionales y no aceptaban el cambio; la ideología marxista y el élan revolucionario eran vistos como actitudes exóticas. Por otra parte, tampoco se daban ninguna de las condiciones de la teoría marxista para una transformación revolucionaria: no solamente no habían clases sociales propiamente dichas en lucha, sino que ni siquiera existía una élite y una contra-élite cuyas tensiones pudieran dinamizar la sociedad. Dentro de este cuadro, la legislación socialista estaba destinada a quedar como letra muerta; se hacía necesaria una verdadera “revolución cultural”. Lo interesante es que el verdadero movilizador del Derecho —o más particularmente, del litigio judicial— fue utilizado para crear la dinámica deseada. Dentro de esta línea, se descubrió que las únicas tensiones existentes se daban en el interior de la familia tradicional de tipo paternalista; la condición disminuida de la mujer presentaba una de las condiciones objetivas de dinamización revolucionaria, aunque las mujeres no tuvieran consciencia de su “explotación”. En consecuencia, para crear las condiciones subjetivas necesarias, se hizo uso del Derecho con el propósito de conscientizar a las mujeres a través de la “lucha judicial”. El objetivo era emancipar a la mujer como individuo, lo que subvertiría los patrones tradicionales de autoridad, debilitaría las formas existentes de propiedad familiar, cuestionaría los valores sociales, culturales y religiosos que mantenían a la mujer recluida en el hogar y aportaría un nuevo caudal de

(36) DU PASQUIER, Claude.- Op. cit. No. 86, p. 83.

mano de obra para la producción socialista. Es así como los dirigentes políticos promovieron un clima intenso de litigios entre las mujeres y sus esposos o padres: juicios sobre la igualdad de la mujer dentro del hogar, sobre la administración de los bienes comunes y muchos juicios de divorcio. Esta "guerrilla judicial" de las mujeres fue muy efectiva en la transformación de la mentalidades y de las conductas de los hombres y de la sociedad entera; al punto que difícilmente hubiera podido concebirse la implantación coercitiva de la legislación soviética por la vía administrativa o penal, si no hubiera habido previamente una puesta en acción de una actitud "subversiva" que minó el orden establecido por la vía judicial. (37).

Sin embargo, esta creación judicial de nuevas pautas judiciales se ha realizado en muchos casos en forma independiente del Estado, respecto de áreas que no habían preocupado mucho a la política estatal; y a veces, esta "política" judicial se ha desarrollado incluso contra la política estatal. Recientemente, en Italia, se han producido sentencias plenamente conscientes de su rol "político", que han ido mucho más lejos de lo que el Poder Legislativo o el Poder Ejecutivo estaban dispuestos a realizar. Es así como, mientras se encontraba bloqueado en el Congreso un proyecto de ley contra la contaminación ambiental, un Juez creó una verdadera revolución al amparar una acción contra una fábrica por los daños que producían sus humos, basándose en una regla tradicional parecida al artículo 859 del Código Civil peruano. Esa norma que prohíbe los humos que exceden de la tolerancia que se deben los vecinos, había sido concebida en función de una sociedad de pequeños propietarios que no debían molestarse mutuamente; una interpretación de acuerdo a una nueva "política" permitió usarla contra una gran empresa moderna, determinándose incluso que las autorizaciones y licencias del Poder Ejecutivo para la instalación de la fábrica no podían prevalecer contra la regla del Código. Otro Juez italiano se encontró frente a un caso de contaminación de aguas marinas por desagües industriales: decidió cerrar una fábrica de 3,000 obreros a pesar de las protestas del Sindicato, de los dueños y del Gobierno; y para ello se basó en una ley sobre alimentos peligrosos considerando como "alimento" el agua de mar que podían beber accidentalmente los bañistas. Podemos imaginar el complejo razonamiento político de ese Juez y las dudas que debe haber tenido al

escoger entre los valores sociales tan graves que estaban en juego.

Los protagonistas de esta "lucha política" que no pretende tomar el Poder Legislativo ni el Poder Ejecutivo sino realizar ciertos valores sociales a través del Poder Judicial, son primordialmente los Jueces y Tribunales. Pero no puede dejar de reconocerse la parte que corresponde al abogado litigante, en su calidad de mobilizador del Derecho. Mientras la norma existe en un texto legal, está —por así decirlo— en la "refrigeradora" a la espera de que alguien proceda a descongelarla y ponerla en acción. Ese alguien que se encarga de poner la norma en acción es precisamente el abogado al asesorar a su cliente, al indicarle cómo debe actuar; y el abogado litigante va aún más lejos pues pone el Derecho en acción **de guerra**. Los Jueces no podrían crear Derecho si los abogados no les sometieran los casos que es preciso definir. En este sentido, los abogados constituyen la puerta de ingreso al sistema judicial; las dimensiones y las características de dicha puerta facilitan o limitan el rol "político" del Poder Judicial. Si la estrecha formación de los abogados los lleva a desalentar un cierto tipo de litigio porque consideran que no hay bases legales suficientes para defenderlo, los Tribunales no podrán solucionar la laguna; en cambio, si el abogado es consciente de las diversas alternativas que ofrece el texto legal, llevará ante los Tribunales problemas en los que éstos deberán actuar creativamente. Pero el abogado litigante no es una mera puerta de ingreso: es también un "pre-Juez" que debe encontrar creativamente una solución para su cliente y proponerla al Juez; toda demanda —y, particularmente, todo alegato— es una propuesta de sentencia, cuya elaboración conlleva la necesidad de un razonamiento entre alternativas de interpretación que, según hemos visto, sólo pueden ser dirimidas con criterios de "política". El Juez examina las "pre-sentencias" formuladas por cada uno de los abogados y hace suya una de tales posiciones, teniendo en cuenta además las repercusiones "políticas" de tal solución respecto de otros casos similares.

(37) MASSELL.- "Law as an Instrument of Revolutionary Change in a Traditional Milieu: The Case of Soviet Central Asia", 2 Law and Society Rev. 179 (1967).

La labor del abogado como creador del Derecho, mobilizando el sistema judicial y desarrollando una indiscutible labor de agitación a través de una especie de "guerra privada" judicial o "guerrilla jurídica", es patente en la evolución del Derecho Laboral peruano. A partir de una legislación desordenada, los abogados han ido conquistando para sus clientes cada vez mayores beneficios sociales a través del litigio cotidiano. A fuerza de pleitear tercamente, han ido ensanchando los marcos impuestos por la ley y adelantándose a la actividad legislativa. Es indudable que muchos de los actuales beneficios sociales no existirían si los abogados laboristas que defendían a los trabajadores hubieran adoptado una actitud tímida frente a la ley y hubieran desaconsejado a sus clientes la iniciación de juicios cuyos fundamentos legales no eran tan claros. En este campo hemos visto como la jurisprudencia —promovida por abogados imaginativos y por jueces audaces— se ha anticipado muchas veces a la ley y ha prepadado las bases de una reglamentación legislativa. Y hemos visto también como la creación judicial de Derecho no solamente facilita una consagración legislativa posterior de las reglas en forma más real y completa, sino que además puede sustituir en ciertas ocasiones con ventaja a la labor legislativa: prueba de ello es que hasta la fecha no existe un Código del Trabajo por el solo temor de que pudiera producir un efecto anquilosante en la actividad judicial; esta creación judicial del Derecho se considera que, por el momento, sustituye con ventaja a la creación legislativa en la tarea de dinamizar y readaptar constantemente el Derecho Laboral.

Otro ejemplo, de esta actividad, irremplazable de abogados litigantes y de Jueces, lo encontramos en el campo de la defensa del consumidor y en la lucha contra la contaminación ambiental. En este sentido, un ejemplo notable es la labor pionera de Ralph Nader, quien quijotesca mente ha enfrentado con éxito los grandes grupos de poder norteamericanos a fin de que el débil e indefenso consumidor obtenga un producto bueno y seguro del gran fabricante. Los "abogados ambientales" (*environmental lawyers*) han proliferado recientemente en los Estados Unidos y constituyen un nuevo "cliente" de las Escuelas de Derecho más tradicionales de ese país. Es sabido que los grandes Estudios, que normalmente tienen a su cargo la defensa de los grupos de

poder, acuden anualmente a dichas Escuelas para reclutar a los mejores estudiantes, ofreciéndoles posiciones social y económicamente muy ventajosas; lo que implicaba hasta hace poco que el buen alumno de Derecho se orientara normalmente hacia ese tipo de ejercicio profesional. "El espectro de roles posibles para el abogado era estrechado por las Escuelas de Derecho al diseñar su currículum de manera de satisfacer las necesidades de Wall Street, La Salle Street y sus satélites menores" (38). A este respecto, nos dice Ralph Nader que: "En la formación del abogado, las Escuelas de Derecho han sido negligentes por décadas al rechazar el preguntarse las cuestiones difíciles, al rechazar reunir la información incómoda y al no facilitar oportunidades para que los estudiantes por sí mismos puedan comprender lo que es injusto y prepararse para luchar contra tales injusticias desafiando las pretensiones y cánones de la profesión. Verdaderamente, las Escuelas de Derecho ni siquiera vieron la necesidad de investigar el poder político-económico que se extiende por el orden jurídico persiguiendo su propia ventaja... Las Escuelas de Derecho, que pretenden ser la vanguardia de las preocupaciones y de la consciencia de la profesión; eran rigurosamente irrelevantes con relación a las crisis cada vez más profundas del Derecho que reflejaban los conflictos en las relaciones sociales, económicas y políticas del país. Una pedagogía aristocrática proyectaba en los estudiantes una imagen a-crítica, de acuerdo a alguno de los alineamientos de poder en la sociedad: los grandes negocios, las grandes burocracias..." (39). Sin embargo, el hecho de que uno de los alumnos más brillantes — como es el caso de Nader— egresado con los primeros puestos de una de las Escuelas de Derecho más tradicionales y rigurosas —como la de Harvard— hubiera adoptado una línea distinta, ha abierto nuevas posibilidades profesionales al actual estudiante norteamericano de Derecho. La Fundación Ralph Nader, que tiene a su cargo la defensa judicial de aquellos que no pueden pagarse abogados costosos a pesar de la importancia social de sus casos, se ha convertido en un competidor muy importante de los Estudios de Wall Street en el reclutamiento dentro de las Universidades

(38) NADER, Ralph.- Introducción al libro "With Justice for Some: An Indictment of the Law by Young Advocates", editado por Bruce Wasserstein y Mark J. Green, Beacon Press, Boston, 1970 p. X.

(39) Loc. cit.

de los abogados jóvenes más destacados; y a ella se han sumado ahora un gran número de otras organizaciones de carácter lucrativo que solicitan abogados con el mismo propósito. El litigio judicial ha sido considerado como palanca a través de la cual podrían actuar los simples ciudadanos, asesorados por sus abogados, para cautelar y hacer efectivamente vigentes ciertos valores sociales que podían ser avasallados por el dinamismo aplastante de la empresa privada en su afán de maximización del interés particular y respecto de los cuales el Estado aún no había tomado conciencia de la necesidad de su intervención: mecanismos de seguridad en los artefactos socialmente peligrosos, honestidad en la oferta de productos al mercado, conservación de zonas paisajistas, relación veraz entre la publicidad y la fabricación, reducción de los costos "ocultos" —debido a que no aparecen en ninguna contabilidad— del proceso productivo que son trasladados subrepticamente por los productores al público en general por el hecho de no gastar en dispositivos anti-contaminantes y que se manifiestan como un aumento de las enfermedades en los pulmones a causa del "smog" de las ciudades, como un incremento de la tasa de intoxicaciones a causa de la contaminación del agua, etc. Un abogado "ambientalista" señala: "El Derecho ambiental tiene que ser algo más que un tema de estudio aislado de un estudiante o profesor, si se quiere que los Tribunales y los abogados litigantes jueguen un rol significativo en el movimiento ambientalista (**enviromental movement**). Tiene que ser un cuerpo de doctrina y de normas que posibiliten a quienes lo practican para ganar juicios, para neutralizar las afluencias de la abundancia y para prevenir que la junga de asfalto sustituya la mayor parte de las zonas todavía verdes de la tierra" (40).

Evidentemente, una "acción política" por la vía judicial, requiere ciertas condiciones. En primer lugar, se hace necesario que los Jueces y abogados tomen conciencia de sus posibilidades creativas a fin de realizar una política coherente e intencional. En muchos casos, los Jueces y abogados han sido educados dentro de una versión "pop" del positivismo kelseniano que, olvidando aspectos esenciales del pensamiento de Kelsen, los ha llevado a pensar que su labor es fundamentalmente mecánica o silogística. Sin embargo, en razón de lo antes expuesto sobre la imposibilidad de distinguir tajantemente entre la creación y la aplicación de las normas legales, parecería que los Jueces no puedan dejar de optar entre

diversas alternativas igualmente válidas, recurriendo a criterios externos al orden positivo. En consecuencia, la teoría de la aplicación mecánica no conduce en ningún caso a una actividad judicial apolítica —lo que parece ser imposible— sino a una actividad política inconsciente, a una política que se desconoce a sí misma. De ahí que solamente será posible alcanzar niveles más altos de racionalidad judicial cuando todos los elementos de la decisión judicial —incluyendo los políticos— sean explícitos. En segundo lugar, es imperativo que el razonamiento del Juez pueda ser conocido y discutido; lo que supone resoluciones fundamentadas y publicadas. Lamentablemente, muchas de las resoluciones judiciales carecen de una fundamentación suficiente; precisamente porque asumen que la única base de la decisión es alguna disposición legal entendida axiomáticamente. Una medida que indudablemente ha conducido a empobrecer nuestra jurisprudencia en aras de la celeridad judicial, es la supresión de la vista fiscal. El dictamen del Fiscal en todas las causas sometidas a la Corte Suprema era un magnífico pretexto para obligar a explicitar el razonamiento interpretativo: era preciso realizar una exposición de los hechos que se tenían como relevantes y un análisis de las disposiciones legales aplicables. Este requisito fue suprimido, debido a que la intervención de un funcionario adicional al personal de la Corte creaba un cierto cuello de botella en la tramitación de los expedientes y dilataba demasiado el procedimiento. Por eso se prefirió sustituir ese dictamen fiscal por una exposición oral de uno de los propios Vocales a quien se encarga el estudio del caso. Pero en esta forma el razonamiento judicial se hizo "secreto" en la medida que las partes y el público en general no pueden conocer el informe del Vocal ponente. Dentro de este orden de ideas, podría mejorarse el sistema sin perder mayormente en celeridad si se exige que el Vocal ponente presente sus conclusiones por escrito y que tal informe pase a formar parte del expediente; ya que la demora que existía antes se debía no tanto al hecho de que el dictamen fuera presentado por escrito sino a la intervención de una persona —el Fiscal— que no integraba la Sala, lo que exigía la remisión del expediente con toda la

(40) SIVE.- "Some Thoughts of an Enviromental Lawyer in the Wilderness of Administrative Law 70 Columbia Law Review 612.

secuela de trámites burocráticos que ello implica. Ahora bien, no basta que exista una resolución fundamentada, sino que además ésta debe ser difundida de manera que pueda influir sobre los futuros casos similares. Para ello se hace necesario que el propio Poder Judicial se interese en promover la publicación completa y oportuna —no después de varios años— de sus Ejecutorias. Adicionalmente, resulta indudable que, sintiéndose los Jueces y Tribunales “en vitrina” y sometidas sus decisiones al análisis de abogados, Programas Académicos de Derecho y público en general, la calidad de tales decisiones mejoraría notablemente. Por último, en tercer lugar, sería deseable pensar en una reforma del Código de Procedimientos Civiles que contemple la posibilidad de introducir procedimientos judiciales de acción “masiva”, de naturaleza semejante a la de la llamada “class action” del Derecho norteamericano. De esta manera un pleito privado puede convertirse en un beneficio colectivo en la medida que todas las personas que se encuentran en situación similar a la de aquella que ganó el juicio, pueden plegarse a la acción promovida probando únicamente la identidad de los hechos básicos y sin que sea necesario que el Juez se pronuncie de nuevo sobre los aspectos de Derecho que ya han sido resueltos en el juicio principal. Este tipo de procedimientos es particularmente útil para la defensa del consumidor debido a que basta que una persona gane un juicio de daños y perjuicios contra el fabricante de un tipo de producto defectuoso o peligroso, para que todas las demás personas que han adquirido productos similares puedan percibir también su parte en la indemnización correspondiente. En esta forma se reducen notablemente los gastos del proceso en la medida que se prorratan entre un gran número de beneficiarios, lo que permite también la actuación de pruebas costosas que no estarían al alcance de un solo litigante individual y que, por esa razón, originan una inmunidad de facto en favor de los fabricantes.

## VII

Queda por formular una última observación sobre el tema, que tiene una importancia decisiva en relación al problema planteado; se trata de un aspecto que condiciona la correcta intelección de lo más esencial de los planteamientos sugeridos en este artículo. Me estoy refiriendo al sentido de las palabras “política” y “politización”, que han sido am-

pliamente utilizadas en el curso de la exposición.

Para muchos lectores poco avisados, “política” es exclusivamente la actividad del Poder Ejecutivo o la actividad e intereses del Gobierno.

Entendido así el término, parecería que el presente artículo al hablar de “politización” del litigio ha propugnado una subordinación expresa e intencional de la actividad judicial a las directivas del Gobierno. Y, por consiguiente, cuando hablamos de la necesidad de preparar a los jueces para un razonamiento político parecería que estamos proponiendo que los jueces sean debidamente informados de las metas del Gobierno a fin de que apliquen un razonamiento meramente instrumental en virtud del cual sólo se debe tener en cuenta la implementación, defensa o reforzamiento de dichas metas.

Nada más lejos de nuestra concepción de la actividad judicial. Ciertamente, si pensáramos que los jueces deben identificarse con los objetivos gubernamentales hasta pasar a convertirse prácticamente en funcionarios administrativos al servicio del Poder Ejecutivo, más simple y más directo sería propugnar la abolición del Poder Judicial. Sin embargo, a pesar de la necesidad de “politizar” la actividad judicial, pienso que la independencia intelectual y decisonal de los jueces y Tribunales debe jugar todavía un rol básico de equilibrio como parte de un delicado sistema de frenos y contrapesos en la vida social; y, dentro de ciertas circunstancias, este rol puede encontrarse incrementado con la “politización”, propuesta hasta alcanzar niveles insospechados incluso para posiciones “puristas” del Derecho que pretendían precisamente contribuir a ese ideal de contrapeso.

En realidad, cuando me he referido a “politización” he querido indicar que la ley no basta por sí sola para resolver una controversia y que es preciso e inevitable recurrir —consciente o inconscientemente— a otros elementos para realizar una opción entre las diferentes alternativas igualmente válidas de interpretación que el Derecho positivo ofrece. Y estos otros elementos no pueden ser otra cosa que valores, ideas del Juez sobre lo que es socialmente conveniente frente a un caso concreto, principios, “políticas”. He agregado además que esta “incompletitud” de la ley no es un mal sino que, por el contrario, tiene la ventaja de permitir una mejor



adaptación del orden jurídico a las nuevas circunstancias y a los nuevos ideales de una sociedad. En consecuencia, el Juez puede aprovechar esta "textura abierta" del ordenamiento positivo para trazar líneas coherentes de acción basadas en apreciaciones de carácter general, esto es, para trazar intencionalmente "políticas" con relación a ciertos aspectos de la vida social; la difusión de estas decisiones judiciales coherentemente intencionadas producirá un "efecto-demostración" en las personas que pudieran estar en el futuro involucradas en situaciones similares y, por esa vía, se logrará un cambio efectivo de conductas.

Pues bien, lo que no he dicho en ningún momento es que esos elementos que están más allá del mero texto legal, que esos valores, ideas, principios o "políticas" tenga el Juez que recibirlos del Poder Ejecutivo. Por el contrario, una auténtica "politización" del Poder Judicial —y no una mera inmola-ción del Poder Judicial en el altar del Poder Ejecutivo— supone que ese inevitable razonamiento político sea un razonamiento **propio**. Los valores, las "políticas" tienen que ser decididas por los Jueces mismos en base a su particular comprensión de los aspectos sociales del problema **sub-litis**. Si no fuera así, si los Jueces buscaran sus fuentes en la palabra oficial o extraoficial del Gobierno, no podríamos hablar más de un Poder Judicial independiente; y sin la independencia, el Poder Judicial deja de ser tal para convertirse en parte del aparato administrativo del Estado. En realidad, esta "politización" de la actividad litigiosa de Jueces y abogados debe ser una reflexión política personal y una opción valorativa que cada uno de los protagonistas del drama debe decidir.

Tal reflexión política propia puede coincidir con la política gubernativa o de las entidades públicas; pero puede también no coincidir. Ya he mencionado antes el caso del Juez italiano que decide cerrar una fábrica aún cuando el Gobierno había otorgado todas las licencias necesarias y tenía interés político —en razón de la posición de los Sindicatos y del número de personas que quedaban sin trabajo— e interés económico —en razón de las ventajas para el país de la producción de tal fábrica— de que no se adoptara esa medida. Sin embargo, el Juez consideró que su responsabilidad era realizar una nueva síntesis de los elementos legales, políticos y económicos en juego y llegar a conclusiones propias, sin tratar de evadir ingenuamente el problema

político bajo el pretexto de la "pureza" o el "tecnicismo" del Derecho; ese Juez sabía que, en tales circunstancias, la "neutralidad técnica" del Derecho era siempre una forma de amparar alguno de los intereses en juego, eludiendo la responsabilidad directa de la opción. La importancia de esta actitud es grande, si se tiene en cuenta la importancia que actualmente tiene el Gobierno y, particularmente, las empresas públicas en la actividad económica. Mientras la empresa privada tenía el rol preponderante en la economía, las consecuencias negativas de su empuje podían ser controladas de dos maneras: por la vía judicial o por la vía administrativa. Los "costos ocultos" manifestados en la mala calidad del producto o en la contaminación ambiental o en cualquier otra consecuencia similar —que las empresas privadas desplazaban a sus consumidores, sus trabajadores o al público en general— podían ser resarcidos judicialmente acudiendo a la responsabilidad contractual o extracontractual; o podían dar lugar a una sanción administrativa, a una multa. En ese entonces, el Gobierno era un tercero teóricamente independiente que dirimía —al igual que el Poder Judicial, aunque desde otra perspectiva— entre intereses privados en conflicto. En cambio, a partir del momento en que los mayores productores son las empresas públicas no es posible pensar en un control administrativo muy estricto ya que éste se transforma más bien en auto-control. En consecuencia, la necesidad del rol dirimente del Poder Judicial se acentúa por el hecho de que teóricamente constituye la única instancia que conoce el conflicto con la calidad detercero independiente. La defensa del consumidor, la lucha por mejores condiciones laborales o la lucha contra la contaminación ambiental pueden tornarse en meras ilusiones cuando el Estado es el principal empresario-fabricante y cuando el Poder Judicial claudica en la función que le es propia al convertirse en un instrumento más de acción de la parte más fuerte, i.e., el Sector Estatal.

De todo lo expuesto podría concluirse tentativamente que los cambios sociales pueden introducirse por la vía jurídica en dos formas distintas. De un lado, estos cambios pueden ser realizados "desde arriba", por iniciativa del Gobierno, como es el caso de la Reforma Agraria Peruana. En esta hipótesis, los cambios se preparan mediante la dación de leyes y se implementan con una política enérgica del Poder Ejecutivo; sin perjuicio de una acción de ciertos grupos sociales de presión que pueden motivar, por

medios no jurídicos, la dación de la ley y la adopción de la política administrativa necesarias. De otro lado, los cambios pueden ser introducidos "desde abajo", como iniciativa directa de los interesados, por intermedio de la actividad cotidiana de abogados y Jueces. Este es el caso, por ejemplo, de gran parte de nuestro Derecho Laboral. Se trata aquí de un Derecho creado fundamentalmente por la vía jurisprudencial en el que abogados y Jueces han realizado una verdadera actividad política, erosionando poco a poco las bases sociales vigentes. Estos cambios "desde abajo" pueden coincidir con la política gubernamental, como el caso que hemos mencionado del Asia Central soviética. Pero pueden también, eventualmente, ir más allá de la política del Gobierno o hasta ir en contra de los intereses inmediatistas de las empresas públicas o de la administración

estatal; y es bueno que así sea.

Ahora bien, la importancia que he asignado en este artículo al Poder Judicial obedece a una convicción personal profunda en el sentido que abogados, Jueces y Tribunales tiene un rol clave que jugar en cualquier tipo de sociedad que aspire a organizarse dentro de un cierto margen de libertad política, ya sea capitalista o socialista. De ahí que la conclusión final, la conclusión grande, tiene que ser la necesidad de contar con un Poder Judicial modernamente equipado en personal, en ideas y en sistemas de trabajo que aliente y respalde valientemente una reflexión política propia de abogados, Jueces y Tribunales, independiente de toda presión del poder económico o del poder político, cualquiera que sea su procedencia.