

La influencia del populismo en los modelos tradicionales de creación y aplicación del Derecho

The influence of populism on traditional models of creation and application of law

Comisión de Publicaciones*

Resumen:

El presente artículo busca realizar una breve exposición de las distintas concepciones acerca de la idea de justicia ligada al Derecho que se han dado a lo largo de la historia, desde la perspectiva creacionista y aplicativa de la norma. Asimismo, se trata de brindar una reflexión acerca de los efectos que el populismo empleado por las autoridades políticas en los últimos años tiene en estos modelos jurídicos tradicionales.

Abstract:

The present paper seeks to make a brief exposition of the different conceptions about the idea of justice related to Law that have been given through history, from the creationist and applicable perspective of the rules. It is also a question of reflecting on the effects that populism used by political authorities in recent years has on these traditional legal models.

Palabras clave:

Justicia - Populismo - Gobernabilidad - Aplicación de la norma jurídica

Key words:

Justice - Populism - Governability - Application of the legal rules

Sumario:

1. Introducción - 2. Corrientes de pensamiento - 3. El populismo - 4. El papel del populismo en los operadores del Derecho - 5. Conclusiones - 6. Bibliografía

* La Comisión de Publicaciones de Derecho y Sociedad realizó un esfuerzo conjunto para lograr la realización del presente artículo y así fomentar el estudio de la Teoría General del Derecho.

1. Introducción

A lo largo de las últimas décadas se ha difundido lo que se suele denominar “populismo”, esto es, aquella tendencia política que pretende atraerse a las clases populares de una determinada sociedad. Esta práctica se ha incrementado debido a que los ciudadanos peruanos demandan con frecuencia al Estado el empleo de medidas más eficaces para combatir los males que afectan a la sociedad. Uno de los más frecuentes es la inseguridad ciudadana, la cual ha llegado a tal punto de expansión que, según una encuesta nacional urbana en el 2015 de El Comercio - Ipsos, el 90% de peruanos se siente inseguro en las calles¹.

Si bien la inseguridad ciudadana siempre ha estado presente, parece ser que la difusión masiva que los medios de comunicación han venido haciendo a diario desde comienzos de siglo ha acrecentado en la población esta percepción común a gran escala. Tanto es así que la desaprobación mayoritaria del gobierno del ex presidente Ollanta Humala se debió, en gran parte, a la falta de medidas estatales para combatir la delincuencia. De esta manera, la inseguridad ciudadana fue un tema fundamental que tratar en los planes de gobierno de los distintos candidatos políticos para las Elecciones Generales del 2016, llegando a proponer supuestas soluciones a aquella problemática sin tener un verdadero sustento jurídico-político².

Ejemplos como este conllevan a cuestionarnos acerca de la influencia que tiene el populismo en las formas de creación y aplicación del Derecho. En el Perú existe una intersubjetividad arraigada acerca de que las normas jurídicas deben crearse y aplicarse para resolver eficazmente los problemas intrínsecos de la sociedad, dejando de lado valores jurídicos más grandes que fundamentan nuestro Estado Social y Democrático de Derecho. Los modelos de creación y aplicación del Derecho están fundamentados en la idea de justicia que se tenga en una época y lugar determinado, configurándose así una predictibilidad razonable que sustenta el ordenamiento jurídico; sin embargo, en ciertas coyunturas esta estabilidad se quiebra debido al populismo arraigado de muchos operadores del Derecho. El presente artículo busca analizar la influencia del populismo en la concepción y aplicación de la norma, a partir de una breve exposición de las diversas ideas de la justicia que han estado ligadas al Derecho a lo largo de la historia. Asimismo, se busca reflexionar acerca del rol ideal que los operadores del Derecho deberían tratar de alcanzar para obtener un ordenamiento jurídico coherente y al servicio de las personas a quienes brinda tutela.

2. Corrientes de pensamiento

Antes de entrar al tema del populismo, pasaremos a dar un breve repaso a las principales corrientes de pensamiento que ha habido en relación a la idea de justicia y concepciones del Derecho. Desde nuestro punto de vista, las concepciones de la justicia se vinculan a la creación del Derecho, una vez que, partiendo de lo que se considera justo, se crean normas para su protección y promoción. Por su parte, las concepciones del Derecho se vinculan a la aplicación de las normas, ya que los operadores del Derecho aplican, evitan o escogen normas de acuerdo a lo que ellos consideren como auténtico Derecho. No obstante, esto se verá en cada caso específico.

2.1 Concepciones de la justicia - Creación del Derecho

2.1.1 *Iusnaturalismo*

El iusnaturalismo es también una ideología que se opone al positivismo en su concepción del Derecho. Caracteriza a las posiciones iusnaturalistas el aserto de que el derecho vale y, consecuentemente, obliga, no porque lo haya creado un legislador humano o tenga

1 El Comercio, “El 90% de peruanos se siente inseguros en las calles”, El Comercio, <http://elcomercio.pe/politica/actualidad/90-peruanos-se-siente-inseguro-calles-noticia-1833534> (consultada el 25 de enero de 2017).

2 Véase, por ejemplo, el caso del candidato presidencial Vladimir Cerrón, quien propuso la pena de muerte para delincuentes mediante la renuncia al Pacto de San José. <http://diariocorreo.pe/ciudad/cusco-candidato-a-la-presidencia-vladimir-cerron-propone-pena-de-muerte-para-delincuentes-video-636032/>

su origen en cualquiera de las fuentes formales, sino por la bondad o justicia intrínsecas en su contenido³. De esta manera, no importaría que una norma jurídica haya seguido el procedimiento correcto para su creación para ser válida, si es que el mandato que contiene hacia sus destinatarios se opone a la justicia.

Esta ideología relacionada a una ley natural ha estado presente en las sociedades humanas desde la antigüedad, debido a la necesidad unánime y global de creer en algo que es superior al ser humano, es decir, algo divino. Fue con Platón, Aristóteles y la Escolástica que se desarrollaron analíticamente y se correlacionaron tres ideas constitutivas de lo que podría considerarse la teoría clásica de la ley natural: razón, naturaleza y Dios⁴. Ahora bien, el iusnaturalismo se configura como una reacción contra el positivismo imperante desde el siglo XIX que trata de dar una razón o respuesta que vaya más allá del texto de la norma jurídica. Concebido el Derecho por el positivismo como un conjunto de reglas de conducta sin más, se alcanza en el mejor de los casos, un ordenamiento jurídico formalmente correcto, pero sin garantías de ser materialmente aceptable; y además, se desperdicia todo el campo del Derecho en que crecen otras plantas que no son las leyes⁵.

En nuestra realidad actual peruana, donde se puede apreciar cotidianamente que muchos de los ciudadanos exigen la creación de leyes más justas y la derogación de leyes que ellos consideran injustas, no podemos dejar de tomar en cuenta la postura iusnaturalista del Derecho para entender la creación y aplicación de la norma jurídica. El ser humano precisa que el Derecho le atribuya algo más que deberes, necesita saberse protegido en sus actos y negocios jurídicos, y en sus valoraciones jurídicas por un sistema de normas, calificaciones y actos que estime valioso en general, y justo en el caso particular y concreto⁶. En resumen, no se puede tener una postura cerrada acerca del cumplimiento o aplicación de la norma jurídica, por el contrario, lo ideal es buscar siempre una finalidad fundada en lo que una sociedad determina considera lo justo.

2.1.2 Kant

Para Immanuel Kant, la idea de justicia se fundamenta en la autonomía de ser humano para formular los imperativos que rigen su conducta. La moral, entendida como una moral objetiva, está vinculada a la racionalidad de los seres humanos, ya que debemos ser capaces de formular imperativos independientes de cualquier condicionamiento empírico y deben de tener valor universal.⁷ La fuerza moral de estos imperativos recae en la objetividad que se llega gracias a la racionalidad y a la autonomía, por la que somos capaces de formularnos reglas a nosotros mismos.

El imperativo categórico es formulado por el autor en diversas formas, como el "Obra de tal modo que la máxima de tu voluntad siempre pueda valer al mismo tiempo como principio de una legislación universal." Según esto, nuestro actuar debe guiarse por cuán posible es convertirlo en regla universal. Por ejemplo, no puedo tomar posesión de la propiedad ajena, ya que no sería propicio dejar que sea regla universal el permitir tomar posesión de la propiedad ajena en todos los casos.

Uno de los problemas de esta concepción de la justicia es que los seres humanos, a pesar de poseer racionalidad, es capaz de llegar a conclusiones diversas. Así, por ejemplo, alguien puede formular la regla universal de "permitir robar cuando se encuentre en estado de necesidad", pero puede haber otro ser humano que no lo permita, o que haya diversas formas de entender "necesidad".

3 Eduardo García, *Positivismo jurídico, realismo sociológico y iusnaturalismo* (México: Editorial Fontamara, 2013), 112.

4 José Fernández y Rafael Santa María, *Derecho natural y iusnaturalismo: VIII Jornadas Internacionales de Derecho Natural y III de Filosofía del Derecho* (Lima: Palestra, 2014), 36.

5 José Fernández y Rafael Santa María, *Derecho natural y iusnaturalismo: VIII Jornadas Internacionales de Derecho Natural y III de Filosofía del Derecho* (Lima: Palestra, 2014), 221.

6 José Fernández y Rafael Santa María, *Derecho natural y iusnaturalismo: VIII Jornadas Internacionales de Derecho Natural y III de Filosofía del Derecho* (Lima: Palestra, 2014), 222.

7 María José Añón Roig y José García Añón. *Concepciones de la justicia: clasificaciones usuales*, 3.

Para esta concepción de la justicia, entonces, lo justo es aquello que se ajuste al imperativo categórico. Algo que todo ser humano pueda ser capaz de catalogar, después de un razonamiento adecuado, como regla universal.

2.1.3 Utilitarismo

Para el utilitarismo, cuya visión tradicional se debe a Jeremy Bentham, la idea de justicia se ha de basar en una lógica cuantitativa de a cuántos hace feliz una medida determinada. Se basa en que los seres humanos siempre buscamos el placer y evitamos el dolor. Las únicas cosas buenas por sí mismas son aquellas que proporcionan placer al ser humano. Las medidas más justas son aquellas que deben dar más placer a la mayor parte de la población y, al mismo tiempo, evitar dolor a la mayoría también. A esto se le denomina también como el principio de la máxima felicidad.

Una propuesta política de Bentham, que ejemplifica esta concepción, era crear redadas de mendigos. Se basaba en que la presencia de mendigos en la calle reducía la felicidad de los transeúntes, por lo que debía atraparse a los mendigos y llevarlos a casa de trabajo, en los cuales, a su vez, se aumentaba la felicidad de los mendigos que preferían eso a estar en la calle, ya que reconoce que habría algunos que preferirían estar en la calle sin trabajar. Sin embargo, en pro del bienestar general, se debe seguir con la medida. El autor no pensaba en esta medida como punitiva, sino como una que busca el bienestar general.⁸

Las críticas a esta concepción vienen del lado de los derechos que poseen los seres humanos, así como el problema para encontrar una medida de valor de la felicidad (cómo medirla). A pesar de ello, esta concepción sigue siendo inspiración para algunos legisladores, que ven el principio de la máxima felicidad como el ideal que ha de alcanzarse.

Entonces, lo aquello que será catalogado como justo será aquello que satisfaga el principio de la máxima felicidad. Esto, medido ya sea económicamente o con la medida que se use.

2.1.4 Liberalismo

Los liberales, agrupando a los libertarios e igualitarios, se rigen bajo tres principios. En primer lugar, la primacía de los derechos del individuo. Es decir, que prima los derechos individuales a lo que se pueda entender como derechos colectivos.

Por otra parte, se propone una oposición al poder estatal, el cual reprime la libertad individual. Debido a esto, entonces, el tercer principio es de la neutralidad del Estado. Es decir, el Estado no debe imponer nada a los ciudadanos, sino que estos deben tener la opción de decidir por su cuenta sin concepciones subjetivas particulares.

Para esta corriente, lo más justo sería lo que menos derechos individuales transgreda; aquello que no afecte o afecte lo mínimo a las libertades personales. El individuo tiene derecho a decidir sin ser reprimido por ninguna fuerza como la estatal.

2.1.5 Rawls

Para John Rawls, la justicia es la primera virtud de las instituciones sociales, y sus principios se obtienen a partir del llamado "velo de ignorancia." El velo de ignorancia es la posición inicial en la que se encuentran los sujetos que idearán las reglas de conducta a una sociedad. En esta posición inicial, los participantes no saben el lugar que ocuparán ellos en la sociedad determinada. Por ejemplo, no pueden saber si pertenecerán a una clase económicamente alta o una baja, teniendo un cargo político o no, perteneciendo a determinado sector de la población como minorías, etcétera. Esto, con el objetivo de hacer sus decisiones de manera imparcial, sin saber si ellos se van a beneficiar o perjudicar, logrando un bienestar común.

⁸ Michael Sandel, *Justicia. ¿Hacemos lo que debemos?*, 47

Para esta concepción, entonces, yo, bajo el velo de ignorancia, determinaría reglas de conducta que no me van a beneficiar ni perjudicar, sea el que sea el lugar donde me ubique en la sociedad que estamos proyectando.

No obstante, a pesar de que en teoría busquemos este ideal de pensamiento del velo de ignorancia, es muy poco probable que el ser humano llegue a ese punto de objetividad sin tener una subjetividad en el pensamiento que lo incline a determinado punto. Asimismo, no necesariamente algo que beneficie a uno, va a ser igualmente beneficioso para otro que puede tener un punto de vista completamente distinto. Por ejemplo, aquel que le gusta trabajar y al que no.

2.1.6 Comunitarismo

Esta concepción nace como contraparte al liberalismo. Critica las dos tesis centrales del liberalismo. En primer lugar, mientras que el liberalismo prioriza los derechos del individuo, el comunitarismo prioriza a la comunidad. El liberalismo entiende que la comunidad por distintas entidades individuales con objetivos individuales; por otro lado, el comunitarismo entiende que el ser humano es incapaz de vivir por su cuenta y forma parte de una sociedad, la cual es vital en la formación de su identidad, sus decisiones, sus preferencias, sus normas morales, etcétera. No se puede ignorar a la sociedad por priorizar al individuo.

En segundo lugar, mientras que el liberalismo tiene como tesis la neutralidad del Estado, para el comunitarismo, el Estado no es neutral ni debería serlo. El Estado siempre va a vulnerar la libertad de los individuos en determinado nivel; por ejemplo, en la tipificación de delitos que determinan conductas que no deben ser realizadas. Asimismo, el Estado debe promover los valores, las tradiciones y las creencias relativas a la cultura de la sociedad en la que se encuentran. Se defiende a la comunidad y la identidad que crea, no a los derechos individuales como prioridad.

Por lo tanto, lo justo para esta corriente es aquello que se adecúe a la cultura de la comunidad, sin tener en cuenta la individualidad de la persona.

2.1.7 Republicanismo

El republicanismo también critica al liberalismo en sus dos tesis centrales. En primer lugar, sobre la centralidad del individuo, el republicanismo denomina a este individuo o sujeto como ciudadano, que forma parte de una comunidad política. Este ciudadano, no solo tiene derechos, sino que también cuenta con deberes con dicha comunidad política a la que pertenece. Ejemplos de estos deberes es el voto obligatorio, el servicio militar obligatorio, el curso de educación cívica, etcétera.

En segundo lugar, respecto a la neutralidad del Estado, al igual que el comunitarismo, coloca como tesis que el Estado no puede ser neutral. Para ellos, el Estado se compromete a promover los valores civiles como el patriotismo y los valores cívicos como la solidaridad.

Por ello, lo que ha de ser catalogado justo para esta concepción es lo que se ajuste con los valores vistos anteriormente, siendo impulsado por el Estado.

2.2 Concepción del Derecho - Aplicación del Derecho

2.2.1 Positivismo jurídico

En el Estado Social y Democrático de Derecho contemporáneo la aplicación de la norma jurídica se realiza tomando en cuenta, fundamentalmente, el denominado "positivismo jurídico". El positivismo jurídico se puede ver de tres maneras: como una manera de estudiar el Derecho, como una concepción teórica del Derecho y como una ideología sui generis de la justicia. Lo relevante a efectos de este trabajo son las dos últimas perspectivas,

puesto que ayudarán a entender las pautas que siguen los operadores del Derecho para la aplicación de la norma.

Como concepción teórica, el positivismo jurídico concibe el Derecho como un conjunto de normas puestas por seres humanos, mediante actos de una voluntad dirigida a someter la conducta a la disciplina de esas normas⁹. Está latente en esta definición la preponderancia del Estado como ente supremo y soberano que crea e impone las normas jurídicas mediante un procedimiento determinado para regular las conductas de los actores sociales. Asimismo, el positivismo jurídico tiene un carácter excluyente porque la validez de una norma jurídica no implica necesariamente su validez moral y viceversa¹⁰. En nuestro caso, por ejemplo, el Congreso de la República crea, modifica o deroga leyes mediante un procedimiento establecido en la Constitución Política de 1993 y en el Reglamento del Congreso. Desde la perspectiva conceptual del positivismo jurídico, estas leyes dadas por el Congreso son Derecho porque han sido creadas por el Poder legislativo, es decir, por un órgano estatal integrante del Estado soberano, sin importar si esa ley es considerada inmoral.

Como ideología sui generis de la justicia, el positivismo jurídico consiste en atribuir al Derecho lo que es, por el solo hecho de existir, un valor positivo, independientemente de cualquier consideración en torno a su eventual correspondencia a un orden justo o ideal¹¹. Esto quiere decir que una norma jurídica válida, al ser producto de la voluntad humana (voluntad estatal soberana), genera un deber moral de someterse a las normas vigentes porque son justas. El deber ser de las normas positivas implica que estas valen no porque deriven del supremo valor del bien o la justicia, sino porque satisfacen los requisitos de su proceso de creación¹². En resumen, lo justo para el positivismo jurídico es que una norma siga la legalidad del sistema estatal determinado.

2.2.2 Realismo jurídico

Para el realismo jurídico parte de una respuesta contra el marcado iuspositivismo que alababa a la norma jurídica como fin último y que es justa solo por el hecho de seguir el procedimiento preestablecido. Para esta ideología, la ley es un medio para el logro de una vida social armónica, un medio encaminado a que los hombres obren con justicia en su concreta vida social, por lo que considerar a la norma jurídica como un fin en sí significa invertir el orden que surge de la realidad de las cosas y desorbitar al medio, impidiéndole cumplir acabadamente su función esencial de instrumento de la perfección societaria¹³. De esta manera, tenemos una concepción práctica del Derecho, esto es, un medio para lograr la perfección justa del hombre.

El derecho es, primordial y principalmente, obrar humano social rectificado por la justicia y las leyes, facultades, decisiones o saberes que con él se vinculan merecen esa denominación a causa de su intrínseca vinculación con esa realidad primaria¹⁴. Se puede apreciar que la obra justa del ser humano es el fundamento de cualquier otro concepto relacionado al Derecho. El núcleo esencial del Derecho no serían, entonces, las leyes, sino los hechos de la realidad, la eficacia real.

Se puede decir entonces que el realismo jurídico tiene tres características fundamentales. Esta ideología afirma que existe un abismo entre la norma jurídica de los textos y lo que es la realidad; una percepción de la falta de correspondencia entre el carácter abstracto de la norma general y la individualidad de casos concretos; y una consciencia de la

9 Eduardo García, *Positivismo jurídico, realismo sociológico y iusnaturalismo* (México: Editorial Fontamara, 2013), 51.

10 Claudina Orunesu, *Positivismo jurídico y sistemas constitucionales* (Madrid: Marcial Pons, 2012), 219.

11 Eduardo García, *Positivismo jurídico, realismo sociológico y iusnaturalismo* (México: Editorial Fontamara, 2013), 12.

12 Eduardo García, *Positivismo jurídico, realismo sociológico y iusnaturalismo* (México: Editorial Fontamara, 2013), 22.

13 Carlos Massini-Correas, *Sobre el Realismo Jurídico: el concepto de derecho, su fundamento, su concreción judicial* (Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1978), 24.

14 Carlos Massini-Correas, *Sobre el Realismo Jurídico: el concepto de derecho, su fundamento, su concreción judicial* (Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1978), 22.

naturaleza creadora de la función social¹⁵. Estos elementos influirán también en la función jurisdiccional, puesto que los jueces siempre deberán atender la correcta correspondencia de los hechos concretos de un caso con la norma genérica del legislador.

2.2.3 Post-positivismo y neoconstitucionalismo

Para esta corriente, por su parte, crítica al positivismo jurídico y sus tesis. De esta forma, mientras el positivismo separaba completamente al Derecho de la moral, el post-positivismo señala que hay una relación entre ellas. Para el post-positivismo no todo el Derecho son reglas, sino también principios que rigen a estas reglas. Principios que tienen su base en la moral, rompiendo la idea de que el Derecho y la moral son conceptos ajenos, como lo sostenía el positivismo.

Se sustenta también en el neoconstitucionalismo, el cual resalta el hecho de que las constituciones modernas cuentan con numerosas cláusulas que incorporan referencias morales y políticas que tendrían incidencia en la determinación de la validez jurídica de las normas jerárquicamente inferiores¹⁶. En otras palabras, en el Estado constitucional moderno ya no bastan por sí mismas las normas imperativas, ya que ahora son regidas en un plano superior por los principios que se deben respetar siempre.

En el caso de conflicto entre normas, la solución era escoger una, ya sea por un criterio objetivo de jerarquía, tiempo o especialidad; con los conflictos entre principios, nace la técnica de la ponderación, por la cual se escoge uno de los dos principios de acuerdo al caso concreto, y evitando que el principio no priorizado sea hecho de lado desproporcionalmente.

3. El populismo

3.1 Concepto

Entendemos por populismo a la retórica usada por los políticos, por la cual apelan al pueblo virtuoso y sufridor en contra de las clases dirigentes opresoras y corruptas¹⁷. Este populismo es el desarrollado en los años veinte del siglo pasado en Latinoamérica¹⁸, un fenómeno distinto al fascismo desarrollado en Europa, el cual prefería apelar a las clases medias únicamente antes que a las masas¹⁹.

Entre el sentido común y los populistas habría una unitaria y orgánica concepción del pueblo: una comunidad cuya original armonía y coherencia habrían sido violentadas por sus enemigos²⁰. Tenemos entonces que, en esta retórica, el pueblo, entendido como las masas populares de clase baja (y también podríamos incluir a la clase media), tiene un enemigo, los opresores de la clase alta. Los populistas nacionalistas además incluyen a las grandes potencias como enemigos que usurpan nuestra soberanía. En sí, el pueblo es visto como un grupo noble y moralmente correcto, en oposición a sus enemigos, por lo que su lucha es correcta.

Actualmente, no solo se usa el clásico problema económico de las clases bajas, sino se unen problemas recurrentes de la actualidad como es la seguridad ciudadana, o la llamada pérdida de los valores morales de la sociedad (lucha contra los movimientos a favor del aborto o la comunidad LGTBI).

Los políticos que usan esta retórica buscan apelar a las grandes masas populares y ganarse sus votos en una campaña electoral para salir victoriosos. Otro motivo es mantener

15 Domingo Labarca, *Breve visión del realismo norteamericano* (Maracaibo: Centro de Estudios de Filosofía del Derecho, 1975), 10.

16 Claudina Orunesu, *Positivismo jurídico y sistemas constitucionales* (Madrid: Marcial Pons, 2012), 257.

17 Alfio Mastropaolo. "Democracia y populismo", en *La democracia en nueve lecciones* (Madrid: Trotta, 2014), 64.

18 Alfio Mastropaolo. "Democracia y populismo", en *La democracia en nueve lecciones* (Madrid: Trotta, 2014), 63.

19 Alfio Mastropaolo. "Democracia y populismo", en *La democracia en nueve lecciones* (Madrid: Trotta, 2014), 64.

20 Alfio Mastropaolo. "Democracia y populismo", en *La democracia en nueve lecciones* (Madrid: Trotta, 2014), 65.

el respaldo de la población en gobiernos no democráticos o autoritarios; buscan una legitimidad por parte del pueblo.

Ahora bien, esto es el modelo de populismo latinoamericano. Existen otros tipos de populismo como el fascismo europeo mencionado anteriormente. Un ejemplo claro de un populismo no latinoamericano es la reciente campaña política de Donald Trump en Estados Unidos. Él no apela a las masas populares en sí, sino a las masas que desean un cambio no políticamente correcto, incluyendo mensajes negativos contra determinadas poblaciones como los latinos y los musulmanes. Más allá de la opinión que cada uno tenga de esta forma de promoción, nadie puede negar que influyó mucho para su reciente elección como presidente de Estados Unidos.

3.2 Algunos casos peruanos

Ahora bien, el populismo, como en todo Latinoamérica, es también usada en nuestro país desde hace décadas, y se ha logrado ver desde la época de Guillermo Billinghurst y el “pan grande” hasta las últimas elecciones donde candidatos ofrecían distintas medidas para los problemas actuales, como es el caso de Keiko Fujimori²¹.

En elecciones pasadas, candidatos como Alejandro Toledo y Ollanta Humala llegaron a la presidencia gracias a un discurso populista orientado a la población más pobre y sus necesidades económicas. Por otro lado, Alberto Fujimori apeló al pueblo en una época de desconfianza total hacia la clase política con un país en crisis debido al terrorismo y la crisis económica que venía del primer gobierno de Alan García.

Asimismo, no únicamente se ven los casos de discursos populistas en el momento de una elección, sino también en el momento de mantener el poder. Tal es el caso del gobierno de Alberto Fujimori, donde se apelaba al malestar de la población a través de ayuda continua y la solución de sus problemas en corto plazo, ya sea la proporción de víveres o la implantación de medidas legales como los llamados “jueces sin rostro” en la época del terrorismo. Por otro lado, otros gobiernos se basaron en una retórica populista para llegar a tomar el control del país y legitimar su poder, como es el caso del gobierno de facto de las Fuerzas Armadas a cargo de Velasco Alvarado y Morales Bermúdez.

En conclusión, nuestro país, como parte de este movimiento latinoamericano del populismo, ha tenido presente dicha retórica en todos estos últimos años en la vida política y legisladora de la nación. Ahora bien, estas medidas afectan de determinada forma la manera en que los legisladores pueden concebir qué es la justicia y los operadores en cómo aplicarla; concepciones que hemos presentado anteriormente. No debemos olvidar que, además de la influencia gubernamental sobre el poder legislativo, también está la posibilidad de que el propio Poder Ejecutivo dicte normas jurídicas afectadas por la ideología populista. Este detalle lo analizaremos a continuación.

4. El papel del populismo en los operadores del Derecho

Descritas brevemente las concepciones de la justicia y del Derecho, así como el concepto de populismo, pasaremos a explicar cómo el populismo llega a afectar los modelos de pensamiento vistos hasta ahora, tanto en el momento de la legislación como en el de aplicación del Derecho.

4.1. El papel ejercido sobre el creador del Derecho

El legislador es quien crea las normas que rigen nuestra sociedad; el poder legislativo y el poder ejecutivo. No obstante, a pesar de todas las corrientes que hemos visto anteriormente,

²¹ Pao Ugaz, “Propuestas electorales de la populista Keiko Fujimori”, ABC, http://www.abc.es/internacional/abci-propuestas-electorales-populista-keiko-fujimori-201604120242_noticia.html (consultada el 20 de enero de 2017).

este no necesariamente se va a guiar por una de ellas para legislar. El populismo nace como un tipo de toma de decisiones, en las que se legisla para satisfacer lo prometido al pueblo y/o satisfacer sus necesidades, al menos en apariencia suficiente para legitimar la posición de poder de tal legislador.

Un tipo bastante común de populismo es el populismo punitivo, el cual puede entenderse como una “desnaturalización del derecho penal por parte de los políticos de turno, que quieren utilizar al derecho penal como una propaganda política para su beneficio, sacrificando a un derecho penal garantista y dejando de lado al Estado social, democrático de derecho que defiende los derechos fundamentales de la persona; (...) un viraje de un modelo punitivo que defiende una tesis inexacta: **crear más delitos sin criterios de técnica legislativa, el aumentar penas o recortar beneficios**; y que el legislador cree que va a desaparecer la crisis de la inseguridad ciudadana según su modelo”²². (El resaltado es nuestro).

Tomando el populismo punitivo como modelo, al ser un tema bastante recurrente actualmente la inseguridad ciudadana, tenemos al clásico legislador que propone (y realiza, pues tienen la facultad de legislar) aumentar penas, crear delitos y recortar beneficios penitenciarios, con la promesa de acabar así con el problema. Esto no solo termina creando una falsa expectativa en el ciudadano que mayormente queda insatisfecho, sino que además trasgrede los principios de un estado democrático, que busca el amparo de los derechos fundamentales.

No obstante, a este tipo de aplicación de la facultad legislativa podríamos denominarla como utilitarista, ya que lo que busca es básicamente satisfacer el principio de la máxima felicidad. Busca que la mayor parte de la población, aquellas víctimas de la delincuencia diaria, goce de una mayor felicidad con la reducción de la felicidad de aquellos victimarios, los delincuentes. Ahora bien, que estas medidas logren su cometido no es tan relevante, pues lo que se busca es dar la imagen de seguridad aparente que dan las medidas con motivos políticos.

Un ejemplo de este tipo es la instauración del tipo penal del feminicidio en nuestra legislación penal: el feminicidio²³, entendido como el homicidio de una mujer por el simple hecho de serlo. Además de que el tipo es relativamente vago, este tipo de delitos ya podía ser englobado en otros ya existentes anteriormente, pero para dar la imagen de seguridad aparente, y de que el Estado se encuentra activo en la lucha contra este tipo de violencia.

Lo mismo para las medidas económicas facilistas (como reducir precios unilateralmente, subir el sueldo mínimo, etcétera). Se busca impactar favorablemente a la gran mayoría, es decir, buscar la felicidad de la mayoría económicamente hablando. Por lo que no importa el método, lo importante es imponer una política que dé la imagen aparente de que los problemas se están o van a solucionarse, o que solucione a corto plazo.

22 Juan Carlos Jiménez Herrera, “El populismo punitivo y sicariato”, en *Bases para un derecho penal latinoamericano* (Lima: ARA Editores, 2015), 263-264

23 Artículo 108-B.- Feminicidio.- Será reprimido con pena privativa de libertad no menor de quince años el que mata a una mujer por su condición de tal, en cualquiera de los siguientes contextos:

1. Violencia familiar;
 2. Coacción, hostigamiento o acoso sexual;
 3. Abuso de poder, confianza o de cualquier otra posición o relación que le confiera autoridad al agente;
 4. Cualquier forma de discriminación contra la mujer, independientemente de que exista o haya existido una relación conyugal o de convivencia con el agente.
- La pena privativa de libertad será no menor de veinticinco años, cuando concorra cualquiera de las siguientes circunstancias agravantes:
1. Si la víctima era menor de edad;
 2. Si la víctima se encontraba en estado de gestación;
 3. Si la víctima se encontraba bajo cuidado o responsabilidad del agente;
 4. Si la víctima fue sometida previamente a violación sexual o actos de mutilación;
 5. Si al momento de cometerse el delito, la víctima padeciera cualquier tipo de discapacidad;
 6. Si la víctima fue sometida para fines de trata de personas;
 7. Cuando hubiera concurrido cualquiera de las circunstancias agravantes establecidas en el artículo 108.

La pena será de cadena perpetua cuando concurren dos o más circunstancias agravantes. En caso de que el agente tenga hijos con la víctima, además será reprimido con la pena de inhabilitación prevista en el inciso 5 del artículo 36.

En este sentido, podemos ver que si bien no hay una concepción del ideal de justicia particular para el legislador al momento de legislar, vemos que hay una inclinación hacia el utilitarismo, al buscarse la felicidad de la mayoría. No obstante, la diferencia con esta concepción es que las medidas generalmente no tienen un estudio previo que las avale, motivo por el cual muchas terminan fracasando (como es el caso de la inclusión del delito de feminicidio²⁴).

4.2. El rol del aplicador del Derecho

Entre los operadores del Derecho que se encargan de aplicar la norma jurídica al caso concreto, tenemos específicamente a los tribunales de justicia de nuestro país, en sus diferentes instituciones jerárquicamente organizadas. A nuestro parecer, la intersubjetividad de los jueces siempre tendrá, en cierta medida, las tres concepciones del Derecho ya expuestas al aplicar la norma: el iuspositivismo, el realismo y el postpositivismo. En cualquier proceso judicial encontraremos una pretensión que se sustenta en fundamentos de hecho y de derecho, siendo estos último representado por medio de la alegación de normas jurídicas vigentes. Tanto las partes como el juez presuponen, implícitamente, que para sustentar una pretensión en estas normas jurídicas, estas han seguido el procedimiento predeterminado por el ordenamiento jurídico peruano para su creación y que, por tanto, son válidas y susceptibles de aplicación al caso concreto.

La concepción realista también está presente en la intersubjetividad de los jueces del país cuando se tiene en cuenta que la ellos existen para administrar justicia a todos los sujetos de derecho del territorio peruano. Al analizar el caso en concreto el juez puede observar que no existe una correspondencia entre la supuesta norma abstracta a aplicar y el caso concreto; sin embargo, tiene como finalidad abstracta lograr la paz social en justicia, según el artículo III del Título Preliminar del Código Procesal Civil. Creemos que este principio está inspirado en la concepción realista del Derecho, es decir, ser este un medio para conseguir la perfección de la sociedad.

Complementando a la concepción realista, creemos que el postpositivismo es la cultura jurídica predominante en la forma de aplicar el Derecho. No estamos ni ante un positivismo duro que exalta a la ley, ni ante una supremacía de la realidad que se antepone totalmente a la norma jurídica, sino que estamos ante el predominio de los principios y valores jurídicos sobre las reglas de Derecho. Es el neoconstitucionalismo la concepción jurídica imperante que siguen (o deberían seguir) nuestros jueces y que, incluso, está relacionado al mandato constitucional consagrado en el artículo 138° de la Constitución Política.

El control difuso implica que, ante una incompatibilidad entre una norma constitucional y una norma legal (o de otro rango), los jueces preferirán la primera. De esta manera, más que estar enmarcados en la ideología iuspositivista o realista, tenemos una concepción del Derecho que tome en cuenta valores y principios jurídicos superiores que se desprenden de la justicia y dignidad de la persona y que irradian a todo el ordenamiento jurídico. Como señalamos en capítulos anteriores, dichos principios tienen una base moral que son fruto de una larga evolución de la concepción del Derecho y que permiten al juez interpretar la norma, no restringiéndose a la literalidad de esta.

En este sentido, el respeto de los valores constitucionales, que rigen el derecho en un Estado Social como el nuestro, se verían alterados y a veces violados, en la aplicación populista del Derecho. El populismo provocaría sentencias que busquen favorecer desproporcionalmente a una parte, para ello, obviando los propios principios constitucionales, como el debido proceso. Un ejemplo puede ser la interferencia en la defensa del denunciado, colocándole obstáculos en la presentación de pruebas; ello, con el fin de respaldar una “sentencia previa” del pueblo respecto a tal caso. Se pierde la seguridad jurídica, la predictibilidad del Derecho.

24 CNN Español, “La violencia contra las mujeres en América Latina: el desolador panorama”, CNN, <http://cnnespanol.cnn.com/2016/11/25/la-violencia-contra-las-mujeres-en-america-latina-el-desolador-panorama/> (consultada el 20 de enero de 2017).

El populismo no sólo afecta a los partidos políticos y los creadores del Derecho, sino también a los magistrados del Poder Judicial. Los jueces tienen más incentivos a usar dicha estrategia: quedan bien con el pueblo sin asumir coste alguno, pues quién acarrea con las consecuencias de sus decisiones judiciales son los políticos como decisores y al resto de los ciudadanos como pagadores y sufridores.

5. Conclusiones

Las concepciones de la justicia y su relación con el Derecho han sido diversas a lo largo de la historia, algunas con mayor trascendencia en la actualidad que otras. Es innegable la influencia que tienen aquellas en la actividad legislativa de los Estados y su utilidad para encontrar el sentido de cada norma jurídica emanada por estos. El utilitarismo es la corriente de pensamiento en que se basa el populismo para satisfacer a un sector determinado de la población, dando falsas ilusiones y no atacando el problema realmente.

Por otro lado, la coyuntura puede afectar también la imparcialidad de los jueces, al dictar sentencias con fundamentos que contravienen la interpretación que debe hacerse siempre tomando en cuenta los valores constitucionales que priman hoy en día en cada uno de los distritos judiciales del Perú. Esta constante práctica debe erradicarse para mejorar realmente en la administración de justicia y en la creación de leyes realmente útiles que resuelvan las demandas de los diversos actores sociales, puesto que los poderes del Estado se fundamentan en la legitimidad que la nación les ha otorgado.

Creemos también que es necesaria una reflexión acerca de una correcta ponderación entre el Derecho y la política, puesto que lo ideal es alcanzar la paz social en justicia con propuestas concretas para generar una mayor confianza a la ciudadanía. Podría parecer utópico pensar en una gobernabilidad sin populismo, pero una pequeña reflexión como la propuesta podría ayudar a aclarar algunas dudas coyunturales al asociar la filosofía del Derecho con la política.

6. Bibliografía

Añón Roig, María José y José García Añón. "Concepciones de la justicia: clasificaciones usuales." Material del curso *Filosofía del Derecho*. Lima: Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

CNN Español. La violencia contra las mujeres en América Latina: el desolador panorama. CNN. <http://cnnespanol.cnn.com/2016/11/25/la-violencia-contra-las-mujeres-en-america-latina-el-desolador-panorama/> (consultada el 20 de enero de 2017).

El Comercio. El 90% de peruanos se siente inseguros en las calles. El Comercio. <http://elcomercio.pe/politica/actualidad/90-peruanos-se-siente-inseguro-calles-noticia-1833534> (consultada el 25 de enero de 2017).

Fernández, José y Rafael Santa María. 2014. *Derecho natural y iusnaturalismo: VIII Jornadas Internacionales de Derecho Natural y III de Filosofía del Derecho*. Lima: Palestra.

García, Eduardo. 2013. *Positivismo jurídico, realismo sociológico y iusnaturalismo*. México: Editorial Fontamara.

Jiménez Herrera, Juan Carlos. 2015. El populismo punitivo y sicariato. En *Bases para un derecho penal latinoamericano*. Lima: ARA Editores.

Labarca, Domingo. 1975. *Breve visión del realismo norteamericano*. Maracaibo: Centro de Estudios de Filosofía del Derecho.

Massini-Correas, Carlos. 1978. *Sobre el Realismo Jurídico: el concepto de derecho, su fundamento, su concreción judicial* (Buenos Aires: Abeledo-Perrot).

Mastropaolo, Alfio. 2014. "Democracia y populismo." En *La democracia en nueve lecciones*, 61-81. Madrid: Trotta.

Orunesu, Claudina. 2012. *Positivismo jurídico y sistemas constitucionales*. Madrid: Marcial Pons.

Sandel, Michael. "Justicia. ¿Hacemos lo que debemos?" Material del curso *Filosofía del Derecho*. Lima: Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

Ugaz, Pao. Propuestas electorales de la populista Keiko Fujimori. ABC. http://www.abc.es/internacional/abci-propuestas-electorales-populista-keiko-fujimori-201604120242_noticia.html (consultada el 20 de enero de 2017).