

# “Una sociedad poco juridificada inhibe la actividad humana”

ENTREVISTA A LEONARDO POLO  
Por Octavio Vinces Zegarra

*Ius et Veritas tiene el agrado de publicar la siguiente entrevista al Dr. Leonardo Polo, considerado entre los exponentes más autorizados del realismo filosófico. Doctor en Derecho y Filosofía, condecorado con la medalla “Alfonso El Sabio” por su contribución a la cultura española y actual catedrático de la Universidad de Navarra. Con ocasión de su visita a Lima, el Dr. Polo fue abordado por Octavio Vinces Zegarra, alumno del 7º ciclo de la Facultad de Derecho - PUC, quien le formuló las interrogantes que presentamos a continuación.*

**1. ¿Es el Derecho un concepto mutable a través de la historia?**

Bueno, no hay duda que el Derecho experimenta variaciones históricas pero quizá su función sea la misma a lo largo de la Historia. Lo que ocurre es que esa función en los derechos vigentes en cada momento no ha sido cumplida de la misma manera.

El Derecho es una especial normatividad que descansa sobre dos nociones: La titularidad, y la de capacitación o potestad. No hay derecho sin titular y no hay derecho si éste no faculta. En la medida que el Derecho se refiere al titular tiene un entronque en la persona humana. La titularidad, por otro lado, es necesaria para formular un sistema que aumente la capacidad natural del sujeto con ciertos fines: primero, protegerlo contra las agresiones y luego, hacer posible que el hombre pueda llevar a cabo acciones –porque tiene capacidad para ello– que superen su capacidad de ejecución física. Esto se puede ilustrar con un ejemplo: Hay dos maneras de hacer efectiva una posesión. La primera sería poner una valla y guardias. La segunda sería poner una simple señal que diga “se prohíbe el paso”. Cuando ocurre esto último se puede decir que existe el derecho que está amparando o capacitando a la persona para proteger sus bienes sin necesidad de acudir a medios físicos. Me parece claro que lo que el Derecho hace es facultar en la medida que aumenta las capacidades del titular.

**2. Un fenómeno que observamos en el Perú es el de la emergencia de una actividad paralela que nace y se desarrolla en amplios sectores de la población que no son partícipes de la justicia formal, ¿Cuál sería su opinión al respecto?**

Es evidente que eso toca el tema de la fuente del Derecho, de quién es el autor del Derecho. Desde este punto de vista es usual distinguir el Derecho que surge de la costumbre del que emana de una autoridad que lo promulga de modo formal, el Derecho consuetudinario y el Derecho codificado.

Si un sistema normativo no es suficiente, si se queda anquilosado o no alcanza efectiva vigencia, lo que suele ocurrir y además es bueno que ocurra, es

que otras instancias sociales serán las que produzcan el Derecho. Yo digo, en muchas ocasiones el Derecho no ha surgido del Estado, por ejemplo el Derecho Mercantil que nace de las necesidades de seguridad y protección de los comerciantes, especialmente marítimos, los cuales buscan asegurarse de los riesgos que su actividad comprendía. Luego éste se va perfeccionando y llega el momento en que se promulga un Código Mercantil. El Estado no es pues la única fuente de Derecho ni mucho menos.

### 3. *¿Quiere decir esto que el Derecho consuetudinario está en un mismo nivel que el Derecho Positivo?*

Es que el Derecho consuetudinario también es Derecho positivo.

### 4. *¿Pero de una forma distinta al Derecho escrito...?*

Por su fuente. La función de un derecho es que esté vigente y sea reconocido. Esa exigencia conviene muchas veces que esté asegurada por un poder coercitivo que en las organizaciones modernas conlleva unas penas, unas sanciones y una capacidad por parte de quien promulga el derecho de hacerlo cumplir. Esta es una de las misiones que el Estado ha asumido.

Pero por otro lado puede ocurrir también que no se logre hacer vigente una normatividad porque el Estado es débil o no tiene bien organizado su Poder Judicial, y otras veces porque no es capaz de darse cuenta de las necesidades de protección y titularización que llevan consigo determinados ámbitos de actividad que el hombre va creando. El Derecho entonces se torna en obsoleto, no acierta a dar las normas que son más adecuadas para un determinado tipo de actividad emergente. Por ejemplo, muchas veces se hace una aplicación ampliada del Derecho Civil a actividades que son llevadas a cabo por agentes a quienes las categorías civiles no les vienen bien. Pienso en el caso de las empresas. La actividad de un empresario no es la actividad de un propietario civil tal como es concebida por el Derecho Civil moderno, Napoleón y sus antecedentes romanos. No es similar al ideal del *bonus pater familias* que debe guardar el territorio, custodiar la propiedad y percibir los frutos. Resulta entonces que están mal normadas ciertas áreas de la actividad humana. Hay un problema de *lege ferenda*, de creación de derecho. Y como el hombre siente la necesidad de una buena normación jurídica tiene que acudir a suplir la insuficiencia.

Otras veces lo que ocurre es que el Poder Legislativo está en una situación precaria. No hay buenos legisladores por decirlo así. Entonces se produce una proliferación de normas de tipo menor que no son propiamente normativas sino reglamentarias. Esta distinción es muy antigua. Los mismos griegos ya distinguieron la norma –que cumple las funciones de titularizar y facultar– del reglamento, una disposición para reglar un asunto. No consideraron que el reglamento sea propiamente una norma jurídica.

### 5. *¿Quiere decir entonces que una aparente prolifera-*

*ción de normatividades paralelas a la estatal no tiene porqué ser un fenómeno patológico?*

De modo alguno es patológico, al revés; es señal de vitalidad de la sociedad, de que el sistema normativo no es sólo el convencional, el que parte de la Constitución y se formaliza en una pirámide, según la manera de plantear el asunto de Kelsen. Evidentemente hay situaciones sociales en que la autoridad instituida tiene poca inspiración para dar normas jurídicas y ante esto, el hecho que la sociedad supla el Poder Legislativo me parece que es señal que está sana, que siente la necesidad de emanar normas ante la inoperancia o ante la falta de lucidez de los poderes consagrados. De lo contrario sería una desnormación, una destitución, una falta de reconocimiento de facultades que son necesarias para llevar a cabo una serie de actividades que las cambiantes situaciones históricas hacen posible.

### 6. *¿No implica esto un desmedro del poder efectivo del Estado?*

En primer lugar, no hay porqué pensar que el Estado sea el único autor del Derecho. Eso es un prejuicio estúpido que hoy no se puede sostener. En segundo lugar, esto lo he señalado siempre, el derecho consuetudinario es seguramente en el origen del Derecho y en fases muy importantes de la creatividad jurídica, la fuente principal. Y no hay ninguna necesidad de decir que no. Eso es un prejuicio estatista cuando el Estado es una institución bastante obsoleta.

### 7. *¿Existe en su opinión una cierta jerarquía entre la justicia y la seguridad jurídica? ¿Tendríamos que dar primacía a una de las dos nociones en desmedro de la otra?*

No creo que sea una cuestión de jerarquía, sino de complementariedad de dos dimensiones. Es evidente que el Derecho tiene que proporcionar seguridad jurídica. Es que el Derecho norma. No es que sea una norma sino que norma en sentido verbal. Y al normar establece unos puntos de referencia según los cuales se sabe qué se puede hacer y qué no se puede hacer. Esto es seguridad jurídica dicho de manera muy elemental. Y si el derecho no cumple esa función no es Derecho.

Pero por otro lado está el problema de la creación jurídica, de la implantación de nuevas normas jurídicas que sean capaces de facultar a la gente de acuerdo con la justicia. Ese es el problema de la creación del nuevo derecho. Las dos funciones hay que cumplirlas: normar e intentar normar. Lo primero es la función de seguridad jurídica. Lo segundo, la aspiración a la justicia que es inherente al Derecho que no es más que una extensión de la seguridad jurídica a nuevos campos que de momento están insuficientemente normados. Por ejemplo, volviendo otra vez al problema de la empresa que va a ser seguramente el gran agente conductor de la sociedad, hasta el momento el derecho que se le aplica es un cúmulo de tres elementos: Derecho del Trabajo, Derecho Mercantil –entendiéndose como una prolongación del Derecho Civil–, y

unas ciertas excrecencias de la actividad reglamentaria del Estado. Con esto la empresa está desjuridificada. Hay una laguna jurídica porque ninguno de esos criterios proporciona las normas adecuadas para su juridificación. Y desde luego esto es una anomalía, es un ente social de gran poder pero frente al cual no se puede entender la seguridad jurídica y tampoco se le puede dotar de los mecanismos adecuados para su progreso. El problema de la creación de Derecho es pues, como en los momentos de grandes cambios en las instituciones y en las fuerzas sociales, una necesidad sin la cual no puede hablarse de seguridad jurídica.

**8. ¿Considera que la Universidad se encuentra preparada para formar juristas que sean capaces de manejar un Derecho en constante cambio?**

Depende de que los profesores acierten a formar nuevos juristas que perciban las dimensiones que el Derecho tiene que cumplir y su importancia para el progreso humano. Hace ya muchos años que pienso que la distinción entre derecho Público y Derecho Privado es excesivamente tajante, que habría que aumentar la importancia y la cantidad del Derecho Público porque la distinción entre lo público y privado es mucho menos neta que la bipartición individuo-Estado. Convendría que los profesores sean grandes conocedores de la materia y enamorados de ella en el sentido de darse cuenta de su enorme importancia. Una sociedad con un derecho inadecuado, una sociedad poco juridificada es una sociedad que inhibe la actividad humana. Hay que tener en cuenta que el Derecho tiene en cierto modo un carácter científico pero fundamentalmente no es una ciencia. Es un arte, fundamentalmente algo técnico. Es el arte de organizar la sociedad aunque como consecuencia de ciertas orientaciones la doctrina jurídica, sobretudo la alemana del siglo pasado y de principios de éste, se haya acentuado en demasía el aspecto científico del Derecho como si éste fuese propiamente hablando una ciencia. No lo es. Es más bien un arte porque es algo para usar y para aplicar. De manera que la conceptualización jurídica puede ayudar pero no es el centro. Y si lo que se enseña está excesivamente formalizado entonces no se forman mentalidades jurídicas.

**9. ¿Entonces sería adecuado el acostumbrarse o ir más allá de la norma escrita, a sobrepasar la mera interpretación literal?**

Ya se sabe que la norma no puede aplicarse literalmente. Como todo lo que sea saber práctico necesita de la interpretación, de un saber hermenéutico. Y la hermenéutica jurídica ha sido una de las grandes ramas de la hermenéutica. El que administra justicia debe saber interpretar la ley. ¿Esto es una aplicación literal de la norma? Pues no, porque al confrontar la literalidad de la ley con las situaciones surge precisamente esa especie de diálogo entre la situación desde la cual la norma se entiende y la norma desde la cual

se regula. Esa es una curiosa manera de pensar propia del razonamiento práctico que se llama precisamente interpretación. Entonces una interpretación literal es exactamente lo mismo que anular la interpretación. Y si ya no hay interpretación se anula la aplicación del Derecho.

**10. ¿Esto incluiría la posibilidad de una interpretación contra legem?**

Sí, si está en la intención legis que es más importante que la letra de la norma. El que no conozca la intención legis no es buen administrador de justicia. Esta es la intención de la ley y no del legislador que también es importante. Lo que pasa es que la intención del legislador y la plasmación literal no son lo mismo. Ningún documento escrito agota la intención de la norma ni la del legislador. Yo creo que entre estas dos es preferible la intención de la norma. Esto da lugar a que haya que aplicar muchas veces la analogía, también para evitar las lagunas jurídicas. Propiamente hablando el sistema normativo tiene que responder por boca del Poder Judicial. No puede alegarse falta de norma como es bien sabido. El Juez, decía el viejo Código Civil Español, que alegue falta de norma en su sentencia incurre en responsabilidad.

11. Finalmente Dr. Polo, a pesar de los cambios que necesariamente se presentan en el desarrollo del Derecho en las sociedades, ¿existiría un concepto unívoco de éste como ciencia o como arte?

Algo al respecto habíamos hablado al comienzo de esta conversación. El Derecho tiene muchas manifestaciones a lo largo de la Historia pero su esencia es siempre la misma. No es que sea unívoca. La univocidad es más bien propia de las ideas generales y el Derecho no está en el orden de la generalización sino en el orden de la determinación de nuevas oportunidades para aumentar la capacidad humana y para el mejor reconocimiento del carácter personal humano. Esta es una inmensa tarea que tiene una dimensión histórica muy clara. Hay que constituir un mundo cada vez más humano y a ello contribuye decisivamente el Derecho. Si uno lo examina filosóficamente se percata que éstos son los dos grandes aspectos del ser humano sobre los que el Derecho siempre actúa: La titularidad y la capacidad o facultad. Esto va promoviendo a la persona en la medida que es posible según el arte jurídico y las circunstancias lo permitan. ¿Esto quiere decir que el Derecho es unívoco?, ¿es que la función del Derecho es siempre la misma?. Siempre es la misma pero no en el mismo grado según las distintas situaciones de la humanidad. Por tanto no es unívoca pero tampoco es equívoca. No hay derechos diferentes en un sentido de equívocidad: "Esto es un sistema jurídico y éste es otro y no tienen nada en común". Hay algo de común en ellos y es que todo derecho, si es derecho, fomenta el carácter personal humano dotándolo de una capacitación. Eso es, creo, el meollo de la cosa.