

“Un Derecho Vivo”

Por: Ana López del Castillo

Ensayo sobre el libro

“EL DERECHO DÚCTIL La Ley, derechos, justicia”

del autor Gustavo Zagrebelsky

Voy a iniciar este ensayo, señalando que desde mi perspectiva de profesionista en Derecho en México, y coordinando a un equipo de abogados en práctica del oficio de ya no tan poco tiempo (16 años), no podría estar más entusiasta que con una obra como esta, en donde la filosofía del derecho se enlaza con claridad a la actividad diaria, con las problemáticas y recovecos que representa. Cuando las preguntas son: ¿y ahora con qué criterio nos van a salir los Tribunales?, ¿cuáles son los argumentos que pueden convencer a este Juez de acuerdo a sus ideas? (elemento subjetivo), ¿es un argumento moral y convincente? (el alegato de oído a veces sí que funciona); ¿es un argumento técnico suficiente y alcanzable para lograr un resultado positivo?, es decir, ¿el Juez conoce esta materia y tiene la posibilidad política en el órgano en el que funciona de resolver, otorgándome una resolución a favor?, parece, entonces, que la ductilidad del Derecho se presenta prístina.

Una de las cosas que me parece importante mencionar, es que, cuando Gustavo Zagrebelsky introduce a su obra en relación al Estado Constitucional Europeo, lo hace en el año de 1995 de acuerdo a la fecha de su primera edición, momento en que el Derecho Comunitario se fortalecía y gestaba como un choque a las soberanías de los Estados Europeos desde el concepto clásico, eso hoy no parece un problema, está hecho y está en crisis desde otro punto de vista, los cuestionamientos actuales son sobre si la decisión fue buena para los Estados al permitir el Derecho de Establecimiento Económico, generar migración por empleo y el consecuente desempleo para la población de los Estados más desarrollados; si fue bueno para la Unión introducir este u otro país (crisis de Grecia) y los efectos económicos que genera para todos los miembros; la paridad de la moneda y las desventajas aparentemente claras para los Británicos que siempre han defendido su libra; entre otras tantas.

Desde mi opinión, hoy, la obra de Gustavo Zagrebelsky se acerca más a la realidad del Derecho Mexicano que al Comunitario, lo cual también me entusiasma, nada más hay que ver nuestro muy reluciente bloque Constitucional actual, garantizando Derechos Humanos a

diestra y siniestra; nuestras reformas jurídicas aprobadas a la velocidad de la luz, poniendo en claro, que esta vez, las cosas se hacen como el Ejecutivo lo plantea; tanta información legislativa en vigor y en proceso, que no hay estudioso del Derecho que pueda seguirla en su justa dimensión; y la carrera en el Sistema Jurídico Mexicano de adherirse, buscar, crear y finalmente incluir como normas vigentes todo Tratado o Convenio Internacional que nos mantenga a todas luces en la globalización.

El Estado Moderno basado en la soberanía; se encuentra cuestionado por la inminente adhesión a normas, instituciones e incluso órganos supranacionales, que resuelven conflictos que se generaron al interior de los Estados, lo cual hace que me pregunte, ¿quiénes son los actores que representan las fuerzas reales del poder internacional (económicas, bélicas, estratégicas) que se ponen esta vez a disposición?

En México, tocamos la supranacionalidad, pues los legisladores han generado una cantidad exorbitante de leyes y reformas Constitucionales basadas en las presiones internacionales, los Tribunales se han orientado al Derecho Internacional e incluso Supranacional (¿cuál es la razón de las últimas dos nuevas épocas de Jurisprudencia?), pues México pretende mantenerse en la cancha internacional a nivel económico y de atracción por la inversión extranjera. De ello deriva, un tema de particular interés, la concurrencia de las normas nacionales, internacionales y/o supranacionales y la problemática en la aplicación que implica, ni que decir de los sujetos regulados donde resulta complejísimo, si no inalcanzable, saber cuáles son los derechos y las obligaciones de la esfera particular concreta, hay un choque claro de sistemas cuando de normas nacionales e internacionales y/o supranacionales conviven, pues tratándose de ordenamientos o instituciones internacionales y/o supranacionales, al ir en búsqueda de su alcance, el primer problema es que la Idea de la Norma, en los diferentes Estados, es distinta por tratarse de sistemas jurídicos distintos.

En relación al planteamiento, de que la soberanía recae en la Constitución, considero que él autor, se ocupa de un problema al que se enfrenta, hasta hoy, el Derecho Comunitario de la Unión Europea, en el que se cuestiona hasta dónde es viable que un Estado miembro seda su soberanía al órgano supranacional pero pueda subsistir como un Estado, Estado soberano para ser más precisa, pues ceder “partecitas” de la Soberanía Estatal, tiene su justificación en el origen, pues la sesión realizada por voluntad de los Estados a un sistema supranacional, permite la subsistencia del Estado Soberano, (¿no se parece esto a las teorías contractualistas, solo que ahora los actores no son los individuos sino los Estados?) pues me parece, que ya no es soberanía ni del Estado ni de la Constitución, es otra cosa.

Ahora bien, considero que las Constituciones que no aceptan como derecho vigente, la intervención de otros sistemas, sobre todo internacionales, están con un “pie” afuera del sistema, pues hoy toda Constitución para subsistir, debe adaptarse a una realidad casi alar-

mante de la coexistencia con otras normas, que no necesariamente emanan de ella misma; sino que reconociéndolas expresamente como derecho vigente, se mantiene actualizada y subsiste.

La Constitución como elemento unificador del Derecho, que pretende acoger todo sistema de reglas internas, dispersas, múltiples y que además en un esfuerzo de mantenerse actual, positiviza el marco jurídico internacional, es dentro de un sistema jurídico casi impalpable, una fuente de certeza en el origen, en el inicio, **aunque a partir de ahí las posibilidades infinitas que ofrecen estos sistemas jurídicos nos lleve a la incertidumbre.**

Esta incertidumbre, es para todos los actores dentro del sistema jurídico y ahí están las oportunidades basadas en la argumentación, no solo de la argumentación técnica, sino además, aquella que se dirige como un dardo a justificar una posición de los valores o principios en juego y generar la convicción, atendiendo al sujeto a quién corresponde la toma de decisión y sus propias posiciones subjetivas. (En mi oficina decimos, “recuerda quién es el cliente”).

Cuando el autor habla del Estado de Derecho, se entusiasma mi yo Kelseniano, inserto desde el maestro universitario hasta el sistema con el que he convivido durante todos mis años profesionales de litigante administrativo y fiscal; el principio de legalidad, del debido proceso, de la sujeción de las autoridades (con facultades coactivas) al derecho, y facultades expresas, me parecen premisas necesarias para generar la idea de la fijación de las normas con su respectiva más o menos clara certidumbre inicial, a decir verdad, tampoco encuentro la contradicción del Estado de Derecho al Estado Constitucional, en efecto ello aparece como una continuidad, evolución o reconocimiento de la supremacía constitucional y que ésta, es en sí, no una lista limitativa de derechos y obligaciones, sino postulados de principios y valores a los que debe atender toda resolución dentro del Sistema Jurídico, aun cuando, como consecuencia, se haga un tanto líquido el sentido de certeza y estabilidad del Derecho... pero no tanto.- **La necesidad humana de la certidumbre-**

He de reconocer, en la cotidianidad del ejercicio del derecho, la flexibilidad del principio de legalidad, generalidad y abstracción de la Ley, los ejemplos en nuestro Sistema Mexicano son claros: la convivencia de facultades regladas, facultades discrecionales, facultades implícitas; principios de quien puede lo más puede lo menos, llevadas a la competencia de las autoridades; postulados redactados en prohibiciones generales para establecer excepciones (no sea por cuestiones claramente ilícitas sino como técnica legislativa) y por supuesto el sometimiento a las normas temporales, que entiende muy bien quien se dedica al derecho fiscal y comercio exterior, con no solo la gran cantidad de Leyes, Tratados y Reglamentos que forman su marco, sino la casi ridícula cantidad de Misceláneas cambiantes, disposiciones administrativas obligatorias, facultades legislativas delegadas, criterios vinculativos, manuales de operación, anexos entre muchos otros. Materias en que el ejercicio del derecho, -ya no sea un análisis profundo-, se vuelve una serie de malabares, instinto

rastreador, habilidades de adaptación y una buena dosis de suerte.

Pienso... ¿qué puedo decir de la contractualización de la ley?, -“ tiene razón”-. (Punto)

La convivencia de las leyes y los derechos (principios, valores) en un sistema unificado por la Constitución, que analiza el autor, es desde mi punto de vista, el tipo de “fijación de la idea del Derecho” que permite tener una sensación suficiente de certidumbre para no caer en la total liquidez o movimiento de lo que consideramos la premisas verdaderas del derecho, pero los principios y derechos que generan la posibilidad de real justicia “en caso de requerirse” a la que quisiéramos tener acceso todos, sobre todo cuando nuestro interés está en juego, es necesariamente incierto y requiere de **HOMBRES SABIOS**, personas con sentido de lo correcto, de lo verdadero, contenedores de conocimientos casi divinos que permitan dilucidar los problemas a la luz de los principios constitucionales.

Uno de los aspectos más interesantes del libro, es cuando aborda la convivencia de la libertad y la justicia, en realidad no me había percatado que se contraponen, parece que pueden convivir sin que se toquen, sin embargo en el análisis de autor, sobre todo en relación a la justicia y la necesidad de la intervención del Estado en una Democracia, es convincente que “la mano invisible” (me encanta) tiene que afectar la realidad de los individuos en libertad para “dar a cada quien lo que corresponda” o crear las condiciones artificialmente para generar oportunidades de desarrollo que equilibren las injusticias, es decir, “la mano” tiene que dejarse sentir.

El Estado Social Demócrata y más recientemente el Estado Relacionista se basan en la necesidad de que el Estado, si bien garante de las libertades individuales ilimitadas de inicio, puedan ser reguladas o incluso intervenidas por parte del Estado para procurar la justicia, entonces desde este punto de vista, la Constitución en materia de libertades individuales los reconoce y su actividad en relación a ellos es pasiva, pero cuando se establece como valor la justicia, la equidad o la igualdad, faculta al Estado a intervenir de manera activa, -en la reflexión, pienso-, que tratándose de los derechos de la justicia, el presupuesto es, que exista un observador experto, que determine (aunque sería preferentemente a priori) qué situaciones o circunstancias a las que se enfrentan los individuos con su libertad son tan desiguales que requiere su intervención ya sea para regular o incluso ajustar las circunstancias, o generar condiciones exprofeso para lograr la justicia. Otra vez, los **HOMBRES SABIOS**.

El tema de las reglas y los principios que aborda el autor, es, desde mi punto de vista, donde se cocina la idea de fijación del Derecho, necesaria para los actores, para su comprensión, su estudio y sobre todo la certidumbre inicial necesaria que ya he mencionado.

Pues bien, yo considero que nuestro Sistema refleja la postura del autor, las Reglas son hipótesis de hecho con esta u otra consecuencia (bueno casi todas excepto las normas imperfectas) o en esta u otra relación, en donde es viable su aplicación con cierta claridad desde el punto de la abstracción, sin embargo una vez reconocida la norma(s) que puede(n) dirimir el problema concreto, aclararlo o declararlo, está el problema de aplicación efectiva a la que nos enfrentamos y la consecuente necesidad de interpretación de los diferentes actores, tanto los que buscan la aplicación para dirimir el caso que les interesa, como aquellos que por su posición deben hacerlo.

Ahora bien, pese a lo señalado por el autor, a mí me parece que las Reglas también incluyen un factor dinámico, que la subjetividad en la operación de interpretarlas está presente en todos los niveles, los principios y valores del individuo que no son jurídicos, que no se ponen en las resoluciones, pero sí que definen el resultado de la interpretación, incluso si se trata de interpretación literal de la norma.

En el caso de los principios, ahí entramos en problemas, una cosa es su fijación positivizada, y otra cosa muy diferente cómo se define su alcance, de ahí que los principios también pueden ser interpretados, pero esta interpretación no atiende a las metodologías comunes de interpretación de las reglas, sino atiende a una argumentación pura del alcance del valor de que se trate por el intérprete, su conocimiento, sus posiciones subjetivas al servicio de un hecho que necesita ser resuelto y la interpretación (la otra) la de las reglas existentes no otorgan una respuesta viable o lógica.

Este punto en el que la interpretación de las reglas, y llamémosle la definición del alcance de los principios de derecho, ante la resolución de un caso concreto, nos lleva al importantísimo papel de los jueces, en donde el individuo que es Juez, pero también en hombre ordinario fuera de actividad jurídica, personifica a un **HOMBRE SABIO** para cubrir la expectativa que la sociedad le otorga por el papel que juega; sin embargo yo considero que la responsabilidad es compartida, la interpretación de las normas las hacemos todos, el argumento que se pone en la mesa del Juez, él no lo construye, lo construyen las partes, este que es el universo de partida que el juez considera, si es suficiente para cubrir los alcances de principios e interpretación de reglas, el Juez por sincero convencimiento, por comodidad o ignorancia no tendrá que acudir a una disertación con elementos distintos. Pero cuando al Juez le toca llevar a cabo esa disertación con elementos novedosos en búsqueda de los valores y principios del derecho, más vale que estemos ante un Juez cuyos elementos subjetivos, conocimientos e intereses sean acordes al resultado, ya no que se adecue a nuestros intereses, sino que sea justo en una idea de la justicia que se parezca a la nuestra.

El derecho es dúctil por sí mismo, porque no es objetivo, porque es una idea o crea-

ción humana que se fija por necesidad de certidumbre, pero no porque su naturaleza sea esta. Sin embargo, cuando se aviva demuestra una y otra vez que está sometido a los elementos subjetivos de sus actores, esta incertidumbre que hoy es mucho más clara con todas las normas nacionales, internacionales, supranacionales etc. siempre ha existido pues el Juez y las Partes actúan desde su realidad, sus preconcepciones, sus circunstancias o sus intereses.

alopez@lcamx.com