

EL DERECHO COMO TÉCNICA SOCIAL Y LA POLÍTICA JURÍDICA

*José Ramón Cossío**

I

Comencemos afirmando que el derecho puede considerarse una técnica social específica.¹ Como tal, busca plantear cierto tipo de reacciones entre los individuos, provocando ciertas conductas positivas o negativas. El modo como en cada orden jurídico se plantean las específicas motivaciones que llevan a los individuos a actuar, es muy variado: *The order may attach certain advantages to its observance and certain disadvantages to its non observance, and hence make desire for the promised advantage or fear of the threatened disadvantage a motive for behavior. Behavior conforming to the order is achieved by a sanction provided by the order itself.*² Por ello, y con independencia de la diversidad de motivaciones que con las normas se pretenden lograr y de los medios para buscarlas, puede decirse que el derecho tiene la pretensión de constituirse en una técnica social, *i. e.*, en un medio para lograr la realización (por acción u omisión) de conductas humanas.

Si el derecho es una técnica social, su especificidad la constituirán los propios elementos del derecho, y éste puede definirse como un orden coactivo de la conducta humana. Debido al carácter formal de este elemento, resulta posible incorporar al orden jurídico cualquier tipo de contenido. Así, por ejemplo, puede llegarse a determinar la necesidad de que la hacienda pública aumente sus ingresos con respecto a los obtenidos en el ejercicio anterior. A partir de que se tome la decisión “política” de hacerlo, pueden utilizarse diversos “mecanismos” jurídicos para lograrlo: la creación de una nueva contribución, la ampliación de la base o la tasa de un impuesto ya existente, o cual-

* Instituto Tecnológico Autónomo de México.

¹ Kelsen, H. “The Law as a specific social technique”, en: *University of Chicago Law Review*, Vol. 9, 41-42, pp. 75-79; *Teoría General del Derecho y del Estado*, Trad. E. García Máynez. UNAM, México, 1979, p. 17; Ross, A. *On Law and Justice*. University of California Press, Berkeley, 1958, p. 327.

² Kelsen, H. *The Law as a...*, p. 75.

quier otra solución que se quiera, siempre y cuando sea válida. En cualquier caso, el jurista debe determinar qué modificaciones o reformas deben sufrir las normas jurídicas ya existentes, o qué nuevos contenidos normativos deben incorporarse, a fin de provocar ciertas conductas. Podemos decir, así, cuáles deben ser los contenidos de ciertas normas jurídicas a fin de provocar que las personas contribuyan a la hacienda pública en mayor medida para que el Estado logre la recaudación requerida. Aparentemente, al diseñar una política mediante la cual lleguen a obtenerse ciertos resultados, el derecho es considerado sólo en su función normativa, de manera que todo se reduce a la relación entre los cambios a las normas y los resultados esperados. Sin embargo, la relación que se da aquí entre normas y resultados es de tipo indirecto, pues sólo tienen en común las conductas humanas que, por una parte son provocadas por las normas y, por la otra, dan lugar a los resultados que mediante éstas se desean obtener. Para comprender correctamente esta cuestión, debemos recordar que las normas de todo orden jurídico se dirigen siempre a las conductas humanas.

En un ejercicio de política jurídica se identifican los siguientes momentos: la determinación de las normas a modificar o incorporar; la previsión de las conductas que se desean provocar; y la identificación de los resultados que con esas conductas se desean obtener. En toda política jurídica hay, pues, una dimensión normativa, una dimensión sociológica y una dimensión material, refiriendo con esta última los contenidos que se quieran incorporar y los resultados que se desea lograr, sean económicos, sociales, religiosos, militares, etcétera. Si tuviéramos que atribuir el estudio o determinación de estas dimensiones a distintos profesionales, acudiríamos al jurista, al sociólogo y al especialista en la materia de que se trate. Señalado de un modo esquemático, el especialista formularía los objetivos, el sociólogo del derecho determinaría las conductas que deberían ser provocadas para lograr tales objetivos y mediante qué normas tales conductas se provocarían, y el jurista haría una formulación normativa válida, de esas formulaciones.

Sin embargo, antes de pasar a tratar los aspectos de esta relación, es necesario reiterar la necesidad de no confundir al derecho como técnica social, con la política jurídica. Al hablar del derecho como técnica social, nos referimos a que mediante sus normas se buscaba alcanzar determinados fines por vía de la coacción. Esta es una consideración general que permite caracterizar al derecho en su conjunto, y diferenciarlo de otros sistemas sociales, se alude a una función

de todo orden jurídico e independiente de los contenidos que correspondan a cada orden jurídico particular. En las palabras de Kelsen, “Es función de todo orden social, de toda sociedad -ya que la sociedad no es sino un orden social- provocar ciertas conductas recíprocas de los seres humanos: hacen que se abstengan de determinados actos que por alguna razón se consideran perjudiciales a la sociedad, y que realicen otros que por alguna razón repítanse útiles a la misma”.³ Contrariamente, podemos afirmar que la política jurídica tiene una dimensión específica. A partir precisamente de la consideración genérica del derecho como técnica social, mediante la política jurídica se buscan establecer las normas más adecuadas para lograr ciertos fines sociales considerados como deseables por aquel que los formule. En el caso de la política jurídica no se está ante la búsqueda de un elemento formal que permita caracterizar a los órdenes jurídicos, sino ante una herramienta para trabajar a nivel de los contenidos materiales de los órdenes jurídicos en la búsqueda de soluciones concretas.

II

En primer lugar, hablemos de las relaciones entre la política jurídica y la sociología jurídica, mismas que se suscitan en tanto que la primera pretende lograr ciertos resultados por vía de la realización de conductas humanas, y la segunda estudia las conductas humanas relacionadas con las normas jurídicas a fin de explicarlas y predecirlas. Mediante la política jurídica se postula que al modificarse las normas, las personas sometidas a ellas habrán de variar sus conductas y, al hacerlo, la realidad social se modificará en una dirección deseada y prevista. Si la sociología jurídica asume que las conductas se derivan de las representaciones que un sujeto hace de las normas, puede decirse que las determinaciones de la política jurídica presuponen el conocimiento derivado de la sociología jurídica: sólo cuando se sabe qué representaciones puede llegar a generar una norma y por qué los individuos actúan a partir de tales representaciones, puede llegarse a determinar qué modificaciones deben llevarse a cabo en las normas para lograr la realización de nuevas conductas. La afirmación de que la política jurídica presupone a la sociología jurídica ha sido sostenida por diversos autores.⁴ Así, por ejemplo, Lautmann afirma que “quien propone una modificación del derecho debería presentar antes un cuadro de las

³ *Teoría General del Derecho y del Estado...*, p. 17.

⁴ El más relevante de ellos Ross, *op. cit.* p. 24.

necesidades del grupo respectivo. También debería investigar las posibilidades fácticas de éxito de la modificación del derecho”.⁵

Ahora bien, ¿en qué consiste o cómo se actualiza la prelación de la sociología jurídica sobre la política jurídica, teniendo en cuenta que el objeto de la primera es la comprensión de acciones sociales causadas por representaciones de normas jurídicas?. Es decir, ¿cómo es posible que la política jurídica presuponga a la sociología jurídica cuando esta última *explica* conductas y la primera pretende que ciertas conductas se realicen y la realidad se modifique?

Weber consideró que la sociología y, por ende, la sociología jurídica, podrían tener como objeto de estudio a las conductas acaecidas o posibles.⁶ No debemos confundir este problema, sin embargo, con la explicación que de las conductas históricas pretende Weber a partir de su consideración en términos de pura racionalidad:⁷ tratándose de este caso, la pretensión es establecer un método de *interpretación* de conductas reales, mientras que tratándose de las no acaecidas, se busca preverlas a partir de la hipotética “realización” de ciertos hechos. Por ello la política jurídica presupone a la sociología jurídica en tanto que esta última permite precisar, si puede decirse así, las posibles vías de realización de las conductas en el caso de que fueran modificadas ciertas normas de un orden jurídico.

Apuntadas las relaciones entre la política jurídica y la sociología jurídica podemos retomar las etapas del proceso señalado: primera, la formulación de un objetivo material de tipo económico, político, social, etc.; segunda, la previsión de las normas jurídicas mediante las cuales pueden materializarse tales objetivos; tercera, la determinación de las posibles conductas que, partiendo de esas normas, es posible que lleguen a realizarse; cuarta, la reformulación de las normas a fin de lograr la efectiva realización de las conductas que permitan alcanzar los objetivos buscados y, quinta -apuntada aquí más como la culminación del proceso que como una etapa más de la política jurídica-, la decisión de realizar el procedimiento que permita incorporar las normas deseadas al ordenamiento jurídico.

⁵ Lautmann, R. *Sociología y Jurisprudencia*, Trad. E. Garzón Valdés. Fontamara, México, 1991, p. 23.

⁶ Weber, M. “Critical Studies in the Logic of the Cultural Sciences”, en: *The Methodology of the Social Sciences*, trans. by E. A. Shils and H. A. Finch. The Free Press, New York, 1969, p. 180; *Economía y Sociedad*, Trad. J. M. Echavarría y otros. México, F.C. E., 1981, pp. 17-18.

⁷ *Economía y Sociedad*, p. 18.

Frente a estas etapas, conviene preguntarse por el papel que le corresponde al jurista.⁸ En este sentido: *When it is, however, accepted that the law does not exist for its own sake in these spheres either, but must be evaluated according to its function in relation to objectives and attitudes lying outside the law, it then seems that also these political problems must be a task for non legal experts of various kinds.*⁹ Debido a que en la búsqueda para la realización de objetivos por vía del derecho intervienen diversos expertos, nos parece que Ross, nuevamente, distingue de manera correcta el doble papel del jurista: *on the one hand he is an expert in his special field, that of legal sociology. On the other hand it will often be he who, after the experts have had their say, will undertake the weighing and balancing of all considerations, and achieve the formulation that best integrates all motivating components.*¹⁰

Lo verdaderamente específico de la política jurídica no es la ponderación de los objetivos sociales a perseguir ni la consideración de las conductas que se puedan llegar a realizar, sino la formulación de las normas jurídicas que provoquen ciertas representaciones y, mediante ellas, la realización de conductas.

Lograr estos objetivos exige la incorporación de diversos tipos de conocimiento, lo cual no impide plantear que lo específico de ese proceso es la formulación de las normas jurídicas apropiadas para los fines que se desean lograr. En este sentido, el jurista debe tener en cuenta dos cuestiones: primera, la eficacia que debe tener la norma para la consecución de los objetivos y, segunda, la validez de la norma propuesta dentro del orden normativo de que se trate. La satisfacción de estas dos cuestiones permite lograr que la representación de las normas dé lugar a ciertas conductas y lograr que al incorporarse la norma al orden jurídico “genere” la totalidad de sus efectos.

III

Hemos apuntado algunas de las relaciones que pueden darse entre la política jurídica y el derecho. Lo específico de la primera es formular las normas que permitan alcanzar ciertos objetivos sociales considerados deseables, aun cuando sus relaciones no se agotan en esa posibili-

⁸ Ross, A. *op. cit.*, p. 328.

⁹ *Idem.*

¹⁰ *Idem* p. 330.

dad. Existe una diversidad de posibilidades adicionales si distinguimos entre la política jurídica, el derecho y la dogmática jurídica y diferenciamos entre normas generales e individualizadas.

La función primordial de la dogmática jurídica es la determinación y descripción de las normas jurídicas que integran un orden jurídico: se trata de establecer, en primer lugar, las normas que pueden considerarse como propias de un orden jurídico y, en segundo lugar, una vez logrado lo anterior, determinar los posibles sentidos de esas normas.

Una condición esencial del carácter científico de la dogmática resulta del hecho de que la descripción de las normas jurídicas se lleve a cabo siguiendo procedimientos que atiendan exclusivamente a razones de método. Dicho en otros términos, en la interpretación llevada a cabo por el jurista, no se pretende alcanzar resultados predeterminados, bien sea por la previa elección de los contenidos normativos, o bien por la predeterminación de los objetivos o fines a los cuales las normas deben servir.¹¹ Al igual que acontece con cualquier otra ciencia,¹² la jurídica tiene una pretensión de objetividad que se alcanza cuando la interpretación se lleva a cabo por método.¹³

Sabemos que al distinguir la posibilidad de una interpretación por método frente a otra “por resultado”, abrimos la puerta a un extraordinario problema de la teoría del derecho. No obstante, lo tomaremos como punto de partida. En este sentido, y como afirmación muy general, podemos decir que la dogmática jurídica tiene la pretensión de *describir* normas jurídicas mediante procesos de interpretación que se validan en razón del método seguido. Cuando la actividad que realiza

¹¹ Algunos autores han sostenido la posibilidad y conveniencia de resumir ambas actividades en una sola. *Cfr.*, entre otros, Luhmann, N. *Sistema jurídico y dogmática jurídica*, Trad. I. de Otto. Madrid, CEC, 1983. pp. 23, 61, 76, principalmente. Igualmente, *cfr.*, Calsamiglia A. *Introducción a la ciencia jurídica*, pp. 85-86; Perelman, Ch. *La lógica jurídica y la nueva retórica*, Trad. L. Díez Picazo. Madrid, Civitas, 1979, p. 111, y Bergalli, R. “Más sobre la institucionalización de la sociología jurídica”, en: *Doxa*, 10, 1991, pp. 329-338.

¹² Sobre el problema de la objetividad científica: Hempel, C.G. *Filosofía de la ciencia natural*, Trad. A. Deaño. México, Alianza, 1986, pp. 34-37, 77; Popper, K. R. *La lógica de la investigación científica*, Trad. V. Sánchez de Zavala. Madrid, Tecnos, 1985, pp. 43-47.

¹³ Esta distinción la hemos tomado de la obra de Archibald Cox, *The Role of the Supreme Court in American Government*, Oxford University Press, 1979. pp. 54-55. Igualmente, *Cfr.* “The role of the Federal judge: The Leomed Hand model”, en: *The Federal Court. Yesterday, Today and Tomorrow*. San Francisco, United States District Court for the Northern District of California Historical Society, 1990, pp. 31-32; Sotter, Robert (judge). *Doing Justice. A trial Judge at Work*. New York, Simon and Schuster, 1990, pp. 63-64. En sentido semejante, aun cuando calificada como racional formal y racional sustantiva, véase la tesis de D.J. Galligan, “Arbitrariness and formal justice in discretionary decisions”, en *Essays in Legal Theory*, p. 145.

el dogmático se guía por objetivos específicos establecidos de antemano, sean estos valores, políticas, etc., los resultados de esa actividad no habrán sido siguiendo las vías de un método específico,¹⁴ de ahí que, en este caso, se trate de interpretaciones sustentadas en la política jurídica. En estos últimos casos se trata de postular como contenido de una norma a un cierto contenido, buscando lograr la realización de ciertas conductas y alcanzar los fines considerados como deseables. Como señala Ross, *According to the premises of attitude adopted, the doctrinary interpretación can be either a legal-theoretical assertion as to how the courts in all probability will react, or a legal political advice to the judges as to how he ought to react.*¹⁵

A diferencia de la dogmática, la política jurídica tiene como elemento propio una interpretación “por resultados”. Se trata de establecer los sentidos de las normas para que las mismas provoquen una adecuada representación de los hechos, y se constituyan en los elementos causales de una conducta que permita la obtención de objetivos deseados. No se trata, entonces, de arribar a un sentido agotando un razonamiento procedimental sino, más bien, buscar que el contenido normativo “se ajuste” al objetivo previamente establecido.

Una segunda diferencia entre dogmática y política radica en el hecho de que mientras la primera se limita a describir a las normas existentes, la segunda, además de establecer una “interpretación por resultado”, postula también las normas que, a su parecer, deberían ser incorporadas al sistema. No se trata entonces, de la mera posibilidad de prever las normas que -acordes con el ordenamiento- *podrían* ser creadas por los distintos órganos del Estado al aplicar ciertas normas jurídicas, sino de establecer qué nuevas normas deberían incorporarse al ordenamiento. Es diferente -verbigracia- considerar el caso en que una persona estima que al faltarle tal o cual requisito de solemnidad a un acto debe ser considerado nulo por un tribunal, al caso en el cual se considere que a fin de evitar la nulidad de aquellos actos que carezcan de solemnidades específicas, debe llevarse a cabo la derogación de las normas que las exijan.

Una característica común a la dogmática y la política jurídica radica en que ninguna de las dos es directamente creadora de derecho. Lo

¹⁴ Kelsen, H. *Teoría Pura del Derecho*, 2a. Ed., Trad. R. J. Vernengo. UNAM, México, 1979, pp. 355-356. Igualmente, Aarnio, A. *Lo racional como razonable*, Trad. E. Garzón Valdés, Madrid, CEC, 1991, pp. 48 y 49; Calsamiglia, A. *op. cit.* pp. 93-95; Nino, C.S. *Consideraciones sobre la dogmática jurídica*. UNAM, México, 1974, pp. 108 y 114.

¹⁵ Ross, A. *op cit.* p. 332.

que la dogmática jurídica produce, si puede decirse así, son enunciados sobre las normas que pertenecen a un sistema y sobre sus posibles sentidos; la política jurídica, por su parte, formula enunciados acerca de las normas que debían incorporarse al orden jurídico o del sentido que debía darse a las mismas a partir de ciertos objetivos predeterminados.

Debe insistirse en el carácter científico de la dogmática y la política jurídicas, cuyos objetos específicos de estudio son, respectivamente, el derecho y determinadas consideraciones de tipo empírico sobre las conductas que tengan como elemento causal al derecho. La dogmática jurídica tiene la función de describir todas aquellas posibilidades normativas que pueden darse en un orden jurídico. Por ello, si la pretensión de la política jurídica es establecer qué normas debían incorporarse a un orden jurídico (sea por vía de creación o de interpretación), es necesario que *presuponga* a la dogmática. Al hacerlo, es necesario: primero, que se tenga cabal comprensión del modo como las conductas deben incorporarse al orden jurídico; segundo, que se asegure que la norma propuesta sea válida y, tercero, de que la norma creada llegue a ser eficaz. Aun cuando parece que todas estas cuestiones son puramente técnicas, es decir, que la dogmática le proporciona a la política jurídica sólo los elementos a través de los cuales pueden alcanzar validez las normas creadas, en realidad el papel de la dogmática es mucho más amplio. Al postularse las condiciones de posibilidad se postulan también las de existencia puesto que la política jurídica, acaba constriñéndose a la formulación de enunciados que pretenden convertirse en normas. Consecuentemente, toda política jurídica encuentra en la dogmática sus condicionantes formales.

Al referirnos a la relación entre política jurídica y derecho, debemos precisar el modo como la primera tiene “cabida” en el segundo. En este sentido, una primera posibilidad de establecer esta relación se da si concebimos al derecho como un orden positivo, normativo y coactivo de la conducta humana. Debido a la primera característica, y a las relaciones de jerarquías entre las normas de esos órdenes, las normas tienen, al mismo tiempo, el carácter de superiores respecto de ciertas normas y de inferiores respecto de otras. Por ello, toda norma prevé los procesos y contenidos para la creación de otras normas y, al mismo tiempo, es el resultado o individualización de otra norma, pues como señala Kelsen, “todo acto de producción de derecho tiene que ser un acto de aplicación de derecho...”¹⁶ Esta “doble relación” hace difícil distinguir en-

¹⁶ “Kelsen, H. *Teoría Pura...*, 2a. Ed., p. 245; *Teoría General del Derecho y del Estado*, pp. 156-157.

tre la política jurídica que podemos llamar de la actividad *creadora* de aquella que pudiera darse en la actividad *aplicadora*. Tratándose de la primera, el órgano del Estado establece, normalmente a partir de lo dispuesto en normas generales, los posibles contenidos de normas más individuales. En relación con la actividad aplicadora, se trata de un proceso en el que, -como en el caso de la creadora- un órgano del Estado considera los contenidos de las normas superiores a fin de crear otras inferiores. Por ello, no existe entre ambas actividades sino una diferencia funcional que descansa en el grado de generalidad de las normas que rigen los posibles actos de aplicación.

Por lo anterior podemos sostener que distinciones tales como la de aplicación-creación o la de normas generales-normas individuales, no permiten concluir sobre los alcances de la política jurídica dentro del derecho, aun cuando sí entender que de actualizarse la política jurídica en el derecho -cuestión de grado- se deberá principalmente a la jerarquía de las normas que componen el orden jurídico en cuestión.

Partiendo de esta conclusión, es necesario recordar que por política jurídica entendemos una actividad que postula la necesidad de establecer o de comprender a ciertas normas jurídicas a fin de que determinadas conductas sean realizadas y, a partir de esta apreciación, debemos abordar la cuestión de si tal actividad tiene cabida en el derecho. Las normas de los órdenes jurídicos tienen la característica común de constituir “sólo un marco dentro del cual están dadas varias posibilidades de aplicación, con lo cual todo acto es conforme a derecho si se mantiene dentro de ese marco, colocándolo en algún sentido posible”.¹⁷ Esta característica implica gran discrecionalidad para los órganos del Estado, debido a que pueden elegir entre los distintos sentidos que la norma superior posibilita a fin de crear una inferior. Si a la función acabada de señalar aunamos las cuestiones relativas al carácter del derecho como técnica social, es factible admitir la presencia de la política jurídica dentro del derecho. En este sentido, resulta que los titulares de los órganos del Estado cuentan con la posibilidad de elegir entre diversos sentidos de una norma superior al dar contenido a una nueva y, al hacerlo no enfrentar problemas en la regularidad de la norma creada. Las normas que determinan la creación normativa y las que son creadas, tienen la pretensión de lograr o impedir ciertas conductas y se formulan desde los presupuestos “extra-jurídicos” que sus autores válidamente pueden tener en cuenta. Relacionando la posibi-

¹⁷ *Idem*, p. 351.

lidad de cierta discreción en el proceso de creación-aplicación y el carácter de técnica social de todo orden jurídico, tenemos que, en principio, es posible la política jurídica en el derecho.

¿Cómo se actualiza la política jurídica en el derecho? Partiendo del hecho de que toda creación del derecho conlleva un grado mayor o menor de discrecionalidad,¹⁸ en tanto al menos dos de las posibles soluciones pueden ser admitidas como regulares, ello significa que, en primer lugar, el orden jurídico no postula una solución única como correcta; en segundo lugar, que la determinación corresponde exclusivamente al titular del órgano que la toma y, finalmente, que la decisión es en último término un acto de voluntad. A este respecto, cabe citar las palabras de Kelsen: “si hubiere que caracterizar no sólo la interpretación de la ley por parte de los titulares en órganos administrativos, sino en forma enteramente general, la interpretación del derecho por los órganos de aplicación del derecho, habría que decir: es la aplicación del derecho por un órgano jurídico, la interpretación cognoscitiva del derecho aplicable se enlaza con un acto de voluntad en el cual el *órgano de aplicación del derecho efectúa una elección entre las posibilidades que la interpretación cognoscitiva muestra*”.¹⁹

¿Podemos considerar que la política jurídica se encuentra comprendida en la discrecionalidad con que cuentan los órganos del Estado para establecer, de entre un marco de posibilidades normativas, la interpretación correcta de cierta norma? En otros términos, ¿podemos afirmar que en el contexto específico de discusión de la actividad creadora del derecho, discrecionalidad interpretativa y política jurídica son equivalentes?

A nuestro parecer, la primera razón para no identificar discrecionalidad interpretativa y política jurídica radica en que ésta es una actividad científica mientras que la discrecionalidad no. Anteriormente señalamos que toda política jurídica tiene una fase normativa, una fase sociológica y otra material. Por ende, cuando un órgano del Estado pretende crear-aplicar una norma jurídica y para ello comprende las fases acabadas de enunciar, podemos decir que la discrecionalidad se resuelve mediante la política jurídica. Al considerar la creación-aplicación de las normas en un cierto orden jurídico, resulta que el mayor número de ocasiones en que la discrecionalidad se resuelve por vía de

¹⁸ *Idem*, p. 352.

¹⁹ *Idem*, p. 354, subrayado nuestro. Una buena exposición y crítica de este problema en: Ruiz Manero, J. *Jurisdicción y normas*. Madrid, CEC, 1990, pp. 25-35 y, particularmente 29-30

la política jurídica es en los procesos de reforma constitucional o legislativos. Explícitamente, los titulares de los órganos correspondientes formulan los objetivos sociales que pretenden alcanzar (fase material), considera los efectos del cambio normativo en las conductas (fase sociológica), formulan los enunciados que pretenden convertir en norma y hacen de tales enunciados normas jurídicas (fase normativa).²⁰ El que la política jurídica opere primordialmente en la creación-aplicación de las normas generales, ha llevado a hacer creer a la doctrina que sólo en ese nivel jerárquico normativo es posible.²¹ Sin embargo, el que no toda posibilidad de creación de normas se constriña a las generales, no debe hacernos perder de vista que es mayormente posible respecto de ellas, tanto por la menor vinculación que guardan respecto de otras normas de superior jerarquía, como por la posibilidad de generar mayores cambios sociales a partir de normas generales, al auxilio de especialistas y a las características de los procesos parlamentarios, por sólo citar algunas modalidades.

En lo que concierne a la actividad que realizan los órganos del Estado al crear normas individualizadas, tampoco es posible identificar la discrecionalidad con que cuentan con la política jurídica. En efecto, resulta que los órganos competentes particularmente los jueces, no se representan a sí mismos su propia actividad, -ni externamente es considerada así- como un proceso de creación de normas, sino ante todo como un proceso en el cual se “extrae” o “descubre” el sentido de las normas que individualizan.²² Partiendo de esta posición, el juez no tendría necesidad de considerar en sus decisiones una serie de propuestas o soluciones provenientes de la política jurídica. Sin embargo, en los casos en los que el juez estima que las normas que haya de crear no se encuentren vinculadas a normas superiores, o que lo están de manera muy general, -como acontece con el *Common Law*²³ - es determinante establecer si los jueces siguen políticas jurídicas.

No nos detendremos en el debate si los jueces de los sistemas jurídicos continentales realizan en realidad una actividad creadora del

²⁰ Lautmann, *op. cit.* p. 48.

²¹ Bulygin, E. “Teoría y técnica de la legislación”, en: *Revista Mexicana de Estudios Parlamentarios*, No. 3, vol. I, septiembre-diciembre 1991.

²² Wróblewski, J. *Constitución y teoría general de la interpretación jurídica*, Trad. de A. Azurza, Madrid, Civitas, 1985, p. 86.

²³ Sobre esta cuestión, Paton, G.W. and. D.P. Derham. *Jurisprudence*, 4a. Ed. Oxford University Press, 1972, pp. 119-122, y Eisenberg, M.A. *The Nature of the Common Law*. Cambridge, Harvard University Press, 1988, p. 14 ss.

derecho, -a diferencia de los jueces del *Common Law*- por lo que como solución provisional diremos que, al menos como posibilidad, los jueces pueden llegar a tomar sus decisiones partiendo de consideraciones de política jurídica, lo cual, sin embargo, conlleva dos grandes limitaciones. Por una parte, por el contenido preciso que en muchas ocasiones tienen las normas jurídicas, tanto generales como, en casos muy concretos, por los propios precedentes establecidos por otros tribunales, por la necesaria vinculación del juzgador a los planteamientos formulados por las partes en litigio, y por la ideología -todavía aceptada en nuestros días- que rechaza las creaciones normativas de los juzgadores formuladas con autonomía a lo “dispuesto” en las propias normas jurídicas.²⁴ Por otra parte, porque en los sistemas continentales, la actividad del juzgador se explica como si estuviera dividida en una parte cognoscitiva y otra decisoria, donde la primera de ellas pretende sustentarse en un ejercicio de pura interpretación (por método) de las normas a fin de establecer sus sentidos posibles y la segunda, en tanto decisoria, implica la elección (por resultado) de uno de los sentidos posibles a efecto de dotar de un contenido específico a la norma jurídica que habrá de crearse. Sin embargo, es en este momento en que pudiera darse cabida a la política jurídica. En este sentido, primeramente se establecerían los sentidos posibles de las normas de conformidad con los cánones de interpretación aceptados dentro de la “cultura” del sistema de que se trate, y una vez que los mismos se hayan explicitado, se elegiría uno de ellos en función de los resultados o consecuencias que tendrían las normas dotadas de la interpretación elegida. En síntesis, resulta que los jueces se encuentran -al igual que el legislador- en posibilidad de llegar a la interpretación de una norma, y por ende a la creación de otra, utilizando herramientas de política jurídica, posibilidad que, sin embargo se encuentra limitada de tal manera en nuestro sistema, que su aplicación es difícil.

Las consideraciones anteriores nos permiten establecer la relación entre la política jurídica y los procesos de creación de las normas generales e individuales: admitiendo que en cualquiera de esos procesos existe indeterminación normativa, puede afirmarse también que en cualquiera de ellos es posible la política jurídica. Si la diferencia de discrecionalidad entre normas generales e individuales es sólo de grado, también es de grado la posibilidad de aplicación de la propia política jurídica. En este caso, mientras que en los procesos legislativos

²⁴ Lautmann, *op. cit.* p. 60.

-por señalar ahora los más representativos- la política jurídica puede intervenir desde el momento en que el legislador lleva a cabo la redacción de su norma previendo los alcances que desea obtener, en los procesos jurisdiccionales, por el contrario, habrá de limitarse a elegir, mediante ella, uno de entre los varios sentidos que de la norma sea posible “extraer”. El legislador formula su norma general teniendo en cuenta, desde ese momento, criterios de política jurídica, en tanto que el juez, por estar subordinado a una serie de normas, tiene que elegir desde ellas el sentido de la norma superior que luego establecerá como contenido de la inferior. Las diferencias son aquí primordialmente de grado, y dependen, como ha quedado de manifiesto, de las peculiaridades de las normas a partir de las cuales se lleven a cabo las individualizaciones en que tenga lugar la propia política jurídica y de los elementos culturales del sistema de que se trate.