

**SOBRE POLÍTICA JURÍDICA (\*)**por **Rafael López Murcia (\*\*)****Resumen**

La expresión "Política Jurídica" parece dada a la paradoja. Se explica el contenido doctrinario de la expresión como proveniente del iuspositivismo jurídico y se esboza una crítica desde posiciones cercanas a la crítica iusnaturalista y a la teoría de la argumentación. La política es compatible con el derecho, si partimos de la dogmática constitucional moderna, pues se admite la existencia de una cierta objetividad dentro de los valores fundantes. Con todo, se redonda en un cierto relativismo, pues no siendo susceptible de definición el concepto de justicia, no cabría ahondar en la posibilidad de una "política" pensada en base al paradigma científico. Pese a esta grave crítica, el formalismo jurídico a ultranza ha sido superado por modernas tendencias dentro de la Filosofía del Derecho. Analizando la relación de política y jurisdicción, partiendo de la Ley de Organización y Atribuciones de los Tribunales (LOAT) hondureña de 1906, y tomando en consideración esta tesis, cabría conjeturar que, ya desde ese entonces, la legislación orgánica nacional precavía el ejercicio del control constitucional difuso por parte de los juzgados y tribunales de la República.

**Palabras clave**

Política jurídica, positivismo jurídico, iusnaturalismo, formalismo jurídico, valores, neoconstitucionalismo.

**Sumario**

I. Noción de Política Jurídica. II. El argumento de la injusticia. III. Política jurídica y Jurisdicción. Bibliografía.

**I Noción de Política Jurídica**

Pareciera una contradicción en términos, pero la Política Jurídica es una expresión razonable, dotada de sentido. El origen de la expresión se remonta al positivismo decimonónico (Austin, Bentham), que tuvo representación en Honduras por la obra del preclaro Ramón Rosa (quien, P.E., en el Discurso de apertura de la Universidad Central de Honduras de 1882, designa a la ciencia positiva como la viva representación de la reflexión, de la sensatez y del fomento de las conclusiones prácticas; en contrapunto a la metafísica, la cual: "... se funda primordialmente en lo que está más allá de la experiencia").

(\*) Artículo revisado y ampliado sobre el publicado en Diario Tiempo de la ciudad de San Pedro Sula, el día martes 21 de diciembre de 2004. Recibido en la RTFD el 25 de febrero de 2006. Publicado el 29 de abril de 2006.

(\*\*) Juez. Tribunal de Sentencia de la sección judicial de Comayagua, Honduras, C.A. También ha ejercido la Cátedra de Filosofía del Derecho, en calidad de Profesor Auxiliar, en la Universidad Nacional Autónoma de Honduras y en la Universidad Católica de Honduras.

Con Política Jurídica se quiere significar que los juicios de valor sobre el derecho deben emitirse en un ámbito conceptual distinto al derecho mismo. Refiriéndose al problema, desde el enfoque paradigmático de la teoría pura (en el sentido otorgado por Hans Kelsen), el autor Roberto M. Jiménez Cano ha escrito, parafraseando a Kelsen,: "la teoría pura es ciencia jurídica, pues se encarga del Derecho que «es»; la política jurídica no es ciencia y se ocupa del Derecho que «debe ser»"<sup>1</sup>.

A párrafo separado, Jiménez Cano, explica que la opción teórica seguida por Kelsen tuvo su equivalente anglosajón en Herbert L.A. Hart, quien en su conocida obra *El concepto de derecho*, se refiere a la teoría jurídica analítica, como destinada a: "... (l)a clarificación de la estructura general del pensamiento jurídico, y no de la crítica del derecho o política jurídica"<sup>2</sup>.

La noción de política jurídica conlleva a una metodología que presupone al derecho como distinto y separado de la moral. Esta es la denominada "tesis de la separación", que Robert Alexy sugiere como característica esencial de todos los sistemas positivistas; llegando inclusive a afirmar, categóricamente: "Mi tesis es que hay una relación conceptual necesaria entre el derecho y la moral que supone que el positivismo jurídico falla como teoría general"<sup>3</sup>.

La consideración positivista del derecho y la moral no es hoy uniforme ni mayoritaria. Tampoco ha de ser absoluta, dígalo sino el auge de la corriente de la hora actual denominada "Positivismo jurídico incluyente", que ha morigerado el normativismo extremo de antaño y ha hecho más porosa la ciencia que estudia al derecho positivo al insoslayable problema de los valores.

---

<sup>1</sup> Lista de distribución de [www.filosofiyderecho.com](http://www.filosofiyderecho.com), comunicación efectuada en fecha 23 de agosto de 2004, con el tema: Re: Kant, Kelsen y la Política Jurídica.

<sup>2</sup> Vid: Hart, H.L.A., en *El concepto de Derecho* [1961], trad. Genaro R. Carrió, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1998, p. XX.

<sup>3</sup> En *Derecho y Razón Práctica*, Biblioteca de Ética, Filosofía del Derecho y Política, Fontamara, Hidalgo, México, 1998, p. 35 y ss.

No obstante la superficialidad, límite de opinión necesario en este ensayo, trataré a continuación de reseñar a uno de los primeros hitos filosóficos que desafiaron la noción de una ciencia como pureza, y de la crítica axiológica como sinónimo de política jurídica.

## II El argumento de la injusticia

Antes de la segunda guerra mundial, muy pocos pensadores centroeuropeos dudaban de la virtualidad del positivismo jurídico. El influjo de sus doctrinas, puede explicarse parcialmente, en nuestro entorno, por las traducciones que de Hans Kelsen, de su *Reine rechtslehre (Doctrina Pura del Derecho)*<sup>4</sup> y de señeros trabajos, hicieron –alrededor de 1934– autores como Renato Treves (al italiano) y, Luis Legaz y Lacambra, Luis Recaséns Siches, Eduardo García Máynez y Roberto Vernengo (al español).

Todo pareció cambiar, sensiblemente, a raíz de un hecho significativo para la historia, pero indiferente para la ciencia pura, que consciente de la necesidad de su “pureza conceptual”, se abstraía de la problemática ética, social o política con toda la fría cortesía que la ciencia (“*logos*”) es capaz de infligir a lo opinable (“*doxa*”).

Este hecho fueron los hornos diseñados para infligir muerte y sufrimiento a millones de seres inocentes en Dachau y alrededores. Las ordenanzas emitidas para desproveer a gente de vida, propiedad y libertad, bajo el supuesto legal de que estaba expropiada la dignidad de quienes pertenecieran a un grupo diferente de seres humanos (*Untermenschen*), al modelo representado por el grupo dominante.

---

<sup>4</sup> Sobre la distinción entre la doctrina y la teoría del derecho positivo resulta ilustrativo ver el planteamiento de Roberto J. Vernengo en la Nota del Traductor de la *Reine Rechtslehre*, y del porque, convencionalmente, dicha obra ha sido traducida al español como Teoría Pura del Derecho y no Doctrina Pura del Derecho. Vid. La 8ª edición Op. Cit., Editorial Porrúa, México, 1995, p. 358.

Y todo bajo la cobertura y basamento de un régimen formalmente democrático. Pues no habremos de olvidar que el régimen político jurídico que hizo posible la barbarie fue posible, a su vez, por una marea humana de más de diez millones de votos en la Alemania de la posguerra y de la crisis capitalista de los años treinta.

Pero existió un iusfilósofo alemán, quien aun siendo reputado como "positivista", no pudo doblegarse, ni dejar pasar desapercibido nada de lo anterior. Guido Fassò lo describe así: "Precisamente hacia el final de la guerra se produjo la clamorosa conversión al iusnaturalismo de Gustavo Radbruch (1878-1949) (...) jurista célebre y hombre político de relieve, ministro de justicia de la república democrática alemana en la primera postguerra, privado de su cátedra por el gobierno hitleriano, lleno de prestigio por su doctrina y su nobleza de animo"<sup>5</sup>.

En su *Rechtsphilosophie (Filosofía del Derecho)* de 1946, Radbruch escribe: "El conflicto entre justicia y certeza jurídica puede resolverse de forma que se de prioridad al derecho positivo, asegurado por la promulgación y el poder, incluso si éste no es razonable y es injusto en sus contenidos, excepto en el caso en que la contradicción entre el derecho positivo y la justicia se vuelva tan intolerable que la condición de «derecho incorrecto» **tenga que hacer lugar a la justicia**"<sup>6</sup>. A esto es lo que Robert Alexy denomina: "La versión más conocida del argumento de la injusticia referido a normas individuales" (Ídem).

Y es que aquí, en esta manifestación del "segundo Radbruch", cuando se suscita un punto de interés para la demarcación del positivismo jurídico clásico, para el cual el concepto de derecho es exclusivamente formal y, por ende, susceptible de cualquier contenido; de un iusnaturalismo renovado, que, en palabras del

---

<sup>5</sup> Fassò, Guido, en *Historia de la Filosofía del Derecho*, Ediciones Pirámide, Tomo III, Madrid, 1982, p 271.

<sup>6</sup> Alexy, Robert. Op. Cit., p. 43-44, el subrayado es nuestro.

citado Fassò: "... indujo a muchos a buscar valores que no sólo dependieran de la voluntad del Estado, sino que pudieran imponerse a ésta, limitándola y controlándola"<sup>7</sup>. Un iusnaturalismo que habría de tamizar toda la concepción histórica de la Declaración Universal de los Derechos Humanos (1948) y su pretensión de universalidad de los valores objetivos allí positivados.

Esto pudiera, a su vez, sugerir la existencia de una paradoja, que bien puede expresarse en el antiguo adagio ilustrado: "*Summun ius, summa iniuria*"; esto es, que la cumbre del positivismo jurídico formalista coincidía históricamente con una de las depravaciones políticas más grandes de la historia, como fue el nacionalsocialismo alemán. Este "Leviatán", como bien observa Fassò, ni siquiera respetó el principio de legalidad, toral para un desenvolvimiento normal de las estructuras jurídicas del Estado, llegando entonces a una especie de paroxismo en que termina devorándose a sí mismo.

Para G. Radbruch las antinomias sólo podían ser resueltas en la práctica jurídica. P. Minkinnen, sobre la concepción expuesta originalmente por Radbruch, comenta que no se trata de un conflicto de normas en sentido estricto, sino que de un conflicto que resulta esencial, de carácter ontológico para la definición del derecho: "Una verdadera antinomia es una situación en que la aplicación del derecho positivo puede, innegablemente, devenir en un resultado injusto. En tales casos, el conflicto debe resolverse de acuerdo al "derecho suprapositivo" (*Übergesetzliches Recht*). El derecho positivo que no aspire a la idea de derecho, es decir, que no "sirve a la justicia", es incorrecto, es un "injusto legal" (*Gesetzliches Unrecht*)".<sup>8</sup>

El "detalle" que no se le escapa a este autor finés es que la ley así considerada, puede eventualmente ser injusta, pero debe aspirar a la justicia. Debe "corregirse", entonces. Y esto implica que la

---

<sup>7</sup> Fassó, Guido. Ídem.

<sup>8</sup> "Thinking without desire: a first philosophy of law", Oxford, 1999, p. 41-2, traducción libre.

corrección ha adquirido un énfasis ético, por medio del cual: "... el derecho correcto es la entidad fáctica que "sirve a la justicia", en la cual aspira a realizarse como una norma ética" (Ídem, traducción libre).

El argumento de la injusticia, como se conoce actualmente, es debido entonces a Gustav Radbruch. Sí esta formulación axiológica supera a otras de indudable prestigio; como la del decálogo de Eduardo Couture o a la noción misma de San Agustín, en el sentido de que un Estado en que estuviere ausente la justicia se asemejaría más a una banda de ladrones, que a un Estado, no son, ni pueden ser, alcances de tan somero trabajo. Esto no obsta para observar que las concepciones expuestas son coincidentes en buscar un parámetro de valoración a la actividad normativa e institucional del derecho. Y siguiendo siempre a Radbruch, nos es dable recordar que la justicia no es sino "la medida del derecho".

Chaim Perelman, un autor insuficientemente ponderado en nuestras latitudes, era de una opinión laudable y de indudable autoridad sobre el tema de justicia, muchas de cuyas formulaciones históricas estudió, clasificó y sistematizó en el ensayo *De la Justice* de 1945<sup>9</sup>. Allí arribaría a la conclusión de que: "... un sistema de justicia completamente racional no es realizable, existiendo en sus valores últimos, en los que todo sistema se funda, un ineliminable elemento de arbitrariedad". M. Dobrosielski, pondera de la siguiente forma este aserto fundacional de la Nueva Retórica: "El redescubrimiento por Perelman de la retórica arranca de su primer ensayo sobre la justicia, en el que constata que no se pueden explicar la regla de justicia ni las normas jurídicas o morales en términos de lógica formal, cuyas proposiciones son racionales y gozan de necesidad y universalidad"<sup>10</sup>.

---

<sup>9</sup> Fassó, Guido, Op. Cit., p. 283.

<sup>10</sup> Vid., *Tratado de la Argumentación (La nueva Retórica)*, Gredos, Madrid, primera edición, 2000, p. 14., donde el prologuista D. Jesús González Bedoya lo recapitula así: "En efecto, es estudiando el problema de la justicia (...) o sea, la inadecuación de la lógica de la demostración al mundo de los valores y la necesidad de abordar

El argumento de la injusticia podría ser medido, entonces, y siguiendo la terminología neo positivista; como un discurso plausible, justificado en caso concreto, el cual –con fundamento en la historia viva de la humanidad– conexionaría de cierta forma la fenomenología jurídica (“el derecho como es formalmente”) con el problema axiológico (“el derecho como perfeccionamiento moral o posibilidad de realización ética”). Ahora bien, un análisis conjunto de la imprecisión normativa – derivada de esa materia maleable e inasible con que trabaja el derecho, como es el lenguaje –; sumado a la falta de predecibilidad, en cuanto a lo que será reconocido como jurídico en el itinerario cotidiano de la norma hacia la eficacia; aunado ello a la carencia de estándares valorativos de universal aceptación, consecuencia de la creciente complejidad y concomitante pluralismo que son blasones de la época contemporánea, devendría en admitir la indecibilidad conceptual respecto a lo que es justicia en términos puramente abstractos o generales.

### **III Política jurídica y Jurisdicción**

Tal vez una distinción interesante entre el formalismo jurídico (Kelsen y Hart, la mayoría de nuestras Escuelas de Derecho, etc.) y, la Teoría de la Argumentación, consiste en la consideración – afirmativa o negativa- que merezca el derecho como ciencia. Con todo este problema irresoluto del debate contemporáneo tiene al menos un punto de interés para el jurista práctico, para los abogados de los tribunales y los estudiantes de derecho, como veremos a continuación.

Un punto de relieve, es la “antinomía” que hemos supuesto a principio del trabajo, entre los términos “política” y “jurídica”, contradicción que es sólo aparente, pues dentro del Estado de

---

estos con otra lógica, como surge el encuentro de Perelman con la retórica de Aristóteles.”

derecho se supone implícita la declaración solemne y constitutiva de los derechos, lo cual se conoce también como la parte dogmática de la Constitución.

En otras palabras, si aceptamos la noción de límite como constitutiva del accionar de la política –y no otra cosa proponen los derechos fundamentales de primera generación-, esto significaría que la política; en sus diferentes esferas que le son inherentes dentro de la democracia republicana, incluyendo desde luego la actividad legislativa, debe estar sometidas a derecho, y específicamente a ese derecho fundacional del régimen democrático, esa “... ley por la cual el soberano mismo fue investido como rey” (Bracton). Tal derecho fundacional (*Grundnorm*), no es otro que la Constitución de la República, la cual, con mayor o menor suceso, jura el alto funcionario cumplir y hacer cumplir al tomar posesión del cargo.

¿De dónde deriva, entonces, la fuerza normativa insita en los valores constitucionales? ¿De la moral o de la convención positiva? Una respuesta pragmática –aunque elusiva al problema filosófico planteado- nos sugeriría que más allá del problema de fundamento de los derechos, resulta más importante preocuparnos por fortalecer la vigencia de los mismos. Creemos que la teoría del “positivismo jurídico incluyente”, ya aludido, cultivado en España por maestros de derecho como José Juan Moreso y Gregorio Peces-Barba, es afín a este punto de vista.

Así, valores como la libertad, la dignidad del ser humano y la igualdad, no necesitarían derivar de su aceptación dentro de un paradigma científico para su consideración racional eficiente en orden a la vigencia del Estado de derecho. Al parecer no son minoritarias las concepciones iuspositivistas que aceptan que, un sistema jurídico racional puede obtener legitimación del reconocimiento que se le dé a determinados valores, aun y cuando la procedencia y establecimiento de los mismos carezca de “arraigo científico”, o lo que es lo mismo,



no importando que su eficacia provenga principalmente de su poder de persuasión y de convencimiento dentro de la sociedad.

Un análisis particularmente sugerente es el del ampliamente citado H.L.A Hart, para quien son "características indispensables" del Derecho positivo las "formas mínimas de protección de las personas, de las propiedades y de las promesas"<sup>11</sup>, rechazando, así, las tesis formalistas a ultranza, en virtud de las cuales el Derecho puede tener cualquier contenido. Robert Alexy, por otra parte, vincula el problema de la legitimidad con el de validez, al declarar que, sistema jurídico: "...que no contiene normas generales ni para proteger la libertad ni la propiedad de sus miembros, no tiene ninguna oportunidad de validez continua y, por lo tanto, de existencia permanente en el mundo con personas realmente existentes"<sup>12</sup>.

Problema teórico de larga data, en él pueden verse diversos criterios incluyentes. Así, John Locke, precursor del moderno liberalismo, manifestó que, en el Estado de naturaleza (que se supera por el pacto social), "... el hombre posee derechos naturales y dentro de éstos algunos fundamentales: la propiedad, la libertad y la vida. El pacto o contrato descansa en la protección de esos derechos inalienables e individuales"<sup>13</sup>. H.L.A. Hart, por su parte, refuta la tesis iusnaturalista haciendo acopio de Bentham, en su artículo "Positivismo y la Separación del Derecho y la Moral", donde expresa que en el utilitarismo pueden identificarse los elementos del Estado de Derecho, así como todos los principios "... por cuya defensa, la terminología del derecho natural ha sido revivida en nuestros días". Menciona a guisa de ejemplo: la libertad de expresión, de prensa y de asociación; la necesidad de que las leyes se publiquen para ser mejor

---

<sup>11</sup> Fassó, Op. Cit., p. 246.

<sup>12</sup> Alexy, Op. Cit., p. 47.

<sup>13</sup> Cfr., *Teoría del Estado*, Manrique Jiménez, Editorial Jurídica Continental, C.R., 2001, p. 207.

conocidas y acatadas; el principio de que no debe haber responsabilidad criminal sin ofensa, el principio de legalidad, etc<sup>14</sup>.

Como puede suponerse, el ejercicio judicial del derecho, tampoco está exento de tratar con problemas valorativos, sobretodo en casos difíciles o en casos que exigen una ponderación de principios. El ejercicio de la judicatura ofrece, en ocasiones, la puesta en relieve de lo anterior de diversa maneras. Y es en la práctica judicial donde se conoce, no sólo las antinomias de la ley, sino que la inacabada tentativa de aplicación del “derecho correcto”, aquel derecho que aplicado dentro de una pluralidad de respuestas plausibles al caso concreto, conlleva a una realización mayor de la justicia.

Donde se ve con mayor definición el problema de la valoración crítica y metódica del derecho es, entonces, en el ejercicio de la jurisdicción, la cual está llamada a conocer el problema de la interpretación de la Constitución y las leyes, en una forma armónica e integral.

Una posibilidad teórica digna de explorarse es si constituye o no una licencia hermenéutica al Juez la mencionada en el artículo 3 de la Ley de Organización y Atribuciones de los Tribunales de Honduras mediante la cual: “(se) Prohíbe a las autoridades judiciales: 1º... 2º Aplicar leyes, decretos o acuerdos gubernativos que sean contrarios a la Constitución”.

Lo anterior tendría un sentido regulativo sólo si se acepta que, insitos en la Constitución, se encuentran los “valores objetivos positivados” que deben regir la vida en comunidad. Y que el Juez, en tanto “interprete final” de la norma emitida por el legisferante, puede y debe darle un contenido constitucional material a sus resoluciones.

Cabe ahondar más en esta tesis, pues de ser plausible, resultaría inevitable afirmar que la legislación orgánica de 1906

---

<sup>14</sup> Vid: La recopilación *Philosophy of Law*, Dickenson, California. Edición de Joel Feinberg e Hyman Gross, material sin colofón, p. 40, traducción libre.

precavía ya el otorgamiento de una cierta forma de control constitucional difuso a los juzgados y tribunales de la República de Honduras.

## Bibliografía

1. ALEXY, Robert: *Derecho y Razón Práctica*, Biblioteca de Ética, Filosofía del Derecho y Política, Segunda edición por Fontamara, Hidalgo, México, 1998.
2. FASSÒ, Guido *Historia de la Filosofía del Derecho*, volumen III, versión española de Ediciones Pirámide, Madrid, 1982.
3. FEINBERG, Joel y GROSS, Hyman (Editores y recopiladores) *Philosophy of Law*, Dickenson, California. Material fotocopiado sin colofón.
4. JIMÉNEZ, Manrique, *Teoría del Estado*, Editorial Jurídica Continental, Costa Rica, 2001.
5. KELSEN, Hans, *Teoría Pura del Derecho*, trad. Roberto J. Vernengo, Editorial Porrúa, México, 1996.
6. Ley de Organización y Atribuciones de los Tribunales de Honduras de 1906.
7. Lista de distribución de [www.filosofiyderecho.com](http://www.filosofiyderecho.com), moderada por el Prof. Roberto M. Jiménez Cano, Editor de la *Revista Telemática de Filosofía del Derecho*, ISSN 1575-7382.
8. MINKKINNEN, Panu: *Thinking without desire: a first philosophy of law*, Oxford, 1999.
9. PERELMAN, Chaim y OLBRECHTS-TYTECA, Lucía: *Tratado de la Argumentación (La nueva Retórica)*, Gredos, Madrid, primera edición, 2000.
10. ROSA, Ramón: *Oro de Honduras: Antología de Ramón Rosa*, (Con prologo de Rafael Heliodoro Valle y colaboración de Juan B. Valladares). Segunda edición facsimilar por la Editorial Universitaria, Tegucigalpa M.D.C., 1993.