

Manuel Atienza

Podemos hacer más

Otra forma de pensar el Derecho

PASOS PERDIDOS

Diseño de cubierta: Editorial Pasos Perdidos
Imagen de cubierta: © Juan Genovés, *El abrazo*, 1976,
VEGAP, Madrid, 2013.
Procedencia de las imágenes: Banco de imágenes de VEGAP

© Manuel Atienza Rodríguez, 2013
© de esta edición, 2015, Editorial Pasos Perdidos S.L.

ISBN: 978-84-943434-5-2

Cualquier formato de reproducción, distribución, comunicación pública o transformación de esta obra solo puede hacerse con la autorización de sus titulares, salvo excepción prevista por la ley. Diríjase a CEDRO (Centro Español de Derechos Reprográficos, www.cedro.org) si necesita fotocopiar o escanear algún fragmento de esta obra.

*A Los Luises (Luisa Juanatey y Luis Risco),
que concibieron la idea de este libro.*

PRÓLOGO

Otra forma de pensar el Derecho

Este libro no pretende ser una obra de introducción al Derecho o de divulgación jurídica, aunque supongo que algo de Derecho podrá aprenderse con su lectura. Su objetivo es otro: pretende convencer al lector de la importancia —de la necesidad— de pensar el Derecho de una forma que quizás (antes de la lectura del libro) no era la suya; y pretende también —aunque pueda parecer presuntuoso— facilitar las cosas a quienes piensan que podemos hacer más para mejorar un mundo que —ocioso es decirlo— aparece como manifiestamente mejorable a los ojos de quien quiere ver. Pero empecemos por el principio.

A menudo, la idea que sobre el Derecho tienen quienes no son juristas profesionales se corresponde con lo que, en la jerga de los juristas (o de los juristas teóricos), suele llamarse formalismo, formalismo jurídico.

No es nada fácil, por cierto, precisar lo que haya de entenderse por formalismo pero, a los efectos

que aquí interesan, podría caracterizarse como una manera de pensar el Derecho —una concepción del Derecho— que lo reduce a un fenómeno autoritativo, esto es, el Derecho consistiría únicamente en una serie de preceptos establecidos por la autoridad y que tienden a plasmarse en ciertos textos; conocer el Derecho se reduciría, por lo tanto, a conocer lo que esos textos dicen; y lo que esos textos dicen no puede ser otra cosa que lo que sus autores han pretendido transmitir por medio de un lenguaje que ha de ser interpretado de acuerdo con el sentido usual de las palabras y, en todo caso, tratando de captar la voluntad de su autor.

En ocasiones, es posible que ese significado textual entre en contradicción con las opiniones que, sobre lo justo, puedan tener quienes están encargados de utilizar esos textos —de aplicar el Derecho— para resolver los casos litigiosos, o quienes se sirven de esos textos para perseguir diversos propósitos: entre otros, lograr que un órgano de aplicación decida un caso de una determinada manera. Pero, en tales supuestos, lo que el formalismo vendría a decir es que esas pretensiones de hacer justicia (o de hacer avanzar ciertos intereses sociales e individuales) no pueden ir más allá de lo que el Derecho —entendido de la manera que se ha dicho— permite. Expresado de otra manera, la tarea de crear Derecho (de plasmar en normas jurídicas ideas sobre la justicia) corresponde en exclusiva a los órganos legisladores (entendida la expresión en un sentido amplio) que, en una democracia, serían precisamente los órganos que reflejan directa o indirectamente la voluntad popular, y no a los jueces (en general, a los órganos aplicadores), cuya

función es la de asegurar que ese Derecho previamente establecido se aplique correctamente (en forma previsible) a los casos que han de resolver. O todavía de otra forma: el valor que ha de presidir la legislación es la justicia (como quiera que haya de entenderse la expresión), mientras que la jurisdicción ha de guiarse por el valor de la certeza, de la seguridad, lo cual, por otro lado, no impediría que se pueda hablar con sentido de «administración de justicia» para referirse a las tareas desempeñadas por el aparato judicial, puesto que el componente más básico de la justicia sería, precisamente, la seguridad, el saber a qué atenerse.

Yo no diría que esa manera de pensar el Derecho sea exactamente falsa sino, más bien, que es insuficiente, que trasluce una concepción excesivamente pobre del Derecho que no permite entender cómo funciona el complejo aparato jurídico que caracteriza a nuestras sociedades, y —lo que es más importante— que dificulta enormemente que el Derecho (o cierto tipo de Derecho: el del Estado constitucional) pueda desplegar adecuadamente una función de transformación social. Esta última no es, por cierto, la única —ni la principal— función del Derecho (no se trata de idealizar nuestras prácticas jurídicas), pero lo que sí me parece crucial es darse cuenta de que, en el tipo de sociedades en las que vivimos, no es posible concebir ningún proyecto de emancipación humana (con independencia de su carácter más o menos modesto o ambicioso) al margen del Derecho. Lo cual, a su vez, tendría que llevarnos a pensar el Derecho de una manera más profunda (insisto, no exactamente más idealizada) de lo que es usual encontrar entre los publicistas, los

científicos, los filósofos, el público culto... y también entre los propios juristas.