

# Travesías

POLÍTICA, CULTURA Y SOCIEDAD EN IBEROAMÉRICA

AÑO I - Nº 1 - JULIO - DICIEMBRE 1996



UNIVERSIDAD INTERNACIONAL DE ANDALUCÍA  
SEDE IBEROAMERICANA. LA RABIDA.



## REVISTA

*TRAVESIAS. Política. Cultura y Sociedad en Iberoamérica.*

### DIRECTOR:

Joaquín Herrera Flores (Universidad de Sevilla. España).

### SECRETARIO DE REDACCIÓN:

David Sánchez Rubio (Universidad de Sevilla. España).

### CONSEJO EDITORIAL:

Horacio Cerutti-Guldberg (Centro Coordinador y Difusor de Estudios Latinoamericanos, UNAM, México); Carlos M. Cárcova (Universidad de Buenos Aires. Argentina); Jacinto Nelson de Miranda Coutinho (Instituto Brasileño de Estudios Jurídicos. Universidad Federal del Paraná. Brasil); Modesto Saavedra (Universidad de Granada. España); Víctor Moncayo (Facultad de Derecho. Universidad Nacional. Colombia); Benny Pollack (School of Politics and Communication. University of Liverpool. Reino Unido); Alberto Filippi (Univertita degli Studi di Camerino. Roma. Italia); Jose Eduardo Faria (Universidad de São Paulo. Brasil); y Juan Marchena (Universidad Internacional de Andalucía. Sede Iberoamericana Santa María de La Rábida. Huelva. España).

### CONSEJO ASESOR:

ARGENTINA: Enrique Mari, Arturo Andrés Roig, Alicia Ruiz, Jorge Douglas, Diego Duquelsky y Juan Pegoraro. BOLIVIA: Julieta Montaña. BRASIL: Theotonio Dos Santos, Amilton Bueno de Carvalho, Edmundo Lima de Arruda Jr., Antonio Carlos Wolkmer, Clemerson Merlin Cleve y Miguel Pressburguer. COLOMBIA: Héctor Moncayo y Germán Palacio. COSTA RICA: Franz Hinkelammert y Eduardo Saxe Fernández. CUBA: Pablo Guadarrama. CHILE: Manuel Jacques y Rodrigo Calderón. EL SALVADOR: Antonio González y Benjamín Cuéllar. ESPAÑA: Antonio Enrique Pérez Luño, Juan Ramón Capella, Ramón Soriano Díaz, Javier de Lucas, Antonio Hermosa Andújar, Juan Antonio Senent de Frutos, Vicente Theotonio, Eloísa Díaz Muñoz, Jesús Muñoz de Priego, Félix Salvador, Sebastián de la Obra y José María Seco. ESTADOS UNIDOS: Ofelia Schutte y Helen I. Safa. FRANCIA: Juan Carlos Garavaglia. MEXICO: Oscar Correas, Jesús Antonio de la Torre Rangel, Jorge Witker, José Emilio Rolando Cifuentes y Mario Magallón Anaya. PERU: Ernesto de la Jara. PORTUGAL: Boaventura de Sousa Santos. REINO UNIDO: Lewis Taylor. VENEZUELA: Héctor Silva Michelena y Heinz R. Sonntag.

Edita: UNIVERSIDAD INTERNACIONAL DE ANDALUCÍA,  
SEDE IBEROAMERICANA SANTA MARÍA DE LA RÁBIDA

Maquetación e impresión: TECNOGRAPHIC, S.L.

I.S.S.N.: 1136-8780

Depósito Legal: SE-1.692/96

# INTERPRETACIÓN JUDICIAL DEL DERECHO Y DEMOCRACIA\*

*Modesto Saavedra\*\**

En el debate en torno a la legitimidad del poder judicial hay que tener en cuenta tanto los aspectos relativos a su organización como los que se refieren a su funcionamiento. Efectivamente, el poder judicial es ambas cosas: organización institucional y actividad de juzgar, es decir, es un poder que se *ejerce* por un conjunto de *aparatos*, y su legitimidad depende no sólo de cómo esté organizado, sino también de cómo se desenvuelva la función de enjuiciamiento en que consiste el ejercicio de la potestad jurisdiccional.

Me voy a referir solamente a los aspectos relativos al ejercicio de la potestad jurisdiccional, sin adentrarme en el análisis de los problemas que tienen que ver con la organización de los tribunales de justicia. Y, dentro del ejercicio de la potestad jurisdiccional, me voy a referir sólo a los aspectos epistemológicos en los que se resuelve el juicio judicial, sin mencionar los relativos a la regulación institucional del juicio como un proceso codificado legalmente.

Voy a hablar, por tanto, sobre la legitimidad de la interpretación judicial del derecho. Y voy a dividir mi intervención en 10 puntos. Los 9 primeros son como las

premisas que conducen lógicamente, paso a paso, a una tesis relativa a la crítica jurídica y al uso alternativo del derecho. Más concretamente, a una tesis relativa a la cuestión de qué tipo de crítica jurídica y de uso alternativo del derecho se pueden permitir los jueces y tribunales de justicia en el Estado democrático de derecho. Esa tesis está contenida en el punto número 10.

## I

Para empezar por lo más obvio, digamos que la potestad jurisdiccional consiste en el poder de juzgar (y hacer ejecutar lo juzgado), como dice de manera concisa la Constitución española de 1978 en su art. 117, inspirándose en la Constitución de 1812 y en el art. 2 de la Ley Orgánica del Poder Judicial de 1870: "El ejercicio de la potestad jurisdiccional en todo tipo de procesos, juzgando y haciendo ejecutar lo juzgado, corresponde exclusivamente a los Juzgados y Tribunales determinados por las leyes".

Juzgar es enjuiciar un caso desde el punto de vista del derecho. Es resolver una trama de intereses en conflicto decidiendo cuáles de entre ellos son los protegidos por la ley. Y es hacer eso, además, con autoridad: con la autoridad derivada de la soberanía que encarnan los jueces y tribunales como uno de los poderes del Estado.

Este componente de autoridad que caracteriza a la función jurisdiccional no puede dejar de tener efectos sobre el juicio que se realiza. Efectivamente, la actividad jurisdiccional no es el simple enjuiciamiento de un caso consistente en la comparación de ese caso con un supuesto de hecho

---

\* Se reproduce aquí el texto de una conferencia que con el mismo título el autor impartió, en diciembre de 1995, en el marco de un curso de maestría sobre "Teorías críticas del derecho y la democracia en Iberoamérica", celebrado en la Universidad Internacional de Andalucía, en su Sede Iberoamericana de La Rábida.

\*\* Catedrático de Filosofía del Derecho Moral y Político. Universidad de Granada. Andalucía, España.

jurídico, una comparación o subsunción que podría hacer cualquiera (el jurista, el sociólogo o el historiador), sino que es la emisión de una norma concreta por parte de alguien que, como el juez, se hace partícipe institucionalmente del orden jurídico que administra y por ello mismo responsable ante los administrados de las decisiones que toma. El juez está obligado, en palabras de Hart, a adoptar permanentemente el punto de vista interno sobre el derecho, está obligado a aceptar el juego del derecho establecido y a participar en él. El juez no hace eso solamente con la intención de comprender el sentido propio del derecho, ese sentido normativo que sólo se puede lograr adoptando, aunque sea hipotéticamente, dicho punto de vista. Más bien el juez acepta el derecho con un compromiso político-moral, y al hacerlo se convierte en un agente del poder. Por eso mismo sus decisiones están sometidas a una exigencia permanente de legitimidad. Como agente del poder no tiene más remedio que dar la cara, por decirlo así, y no puede eludir su responsabilidad en la acción de juzgar endosándole por entero al legislador la justicia o injusticia de su decisión. Al contrario, él mismo tiene que responder de ella ante el sujeto o los sujetos juzgados. La consecuencia de esto es que el juez se ve obligado a adoptar una posición de mediador entre la ley y sus destinatarios, o sea, entre el propósito del legislador y las expectativas del ciudadano. Esta posición de mediador puede llevar al juez, a diferencia de lo que haría un historiador, a ver la ley con la angustia o con la urgencia de quien tiene que regir su vida por ella, y por tanto tal vez a forzar su sentido hasta un límite al que no llegaría el estudioso al que sólo le mueve un interés cognoscitivo.

## 2

La función jurisdiccional depende, de

todas formas, del derecho actualmente vinculante. La averiguación de cuál sea ese derecho para el caso es la tarea principal del juez. Para ello, lo primero que hay que tener en cuenta es la necesidad de disponer de un criterio de validez que indique al juez a dónde debe acudir para encontrar la norma aplicable. Ese problema pretende resolverse el criterio positivista de validez, que bajo una forma determinada es el único criterio aceptable en el Estado de derecho.

En el Estado de derecho el criterio positivista de validez está reflejado en el principio del imperio de la ley. Según este principio, tal como fue formulado por los diseñadores de ese tipo de Estado, los jueces sólo son "la boca que pronuncia las palabras de la ley", y el poder que detentan es "de alguna manera, nulo" (Montesquieu). Efectivamente, los jueces no detentan un poder autónomo, un poder desprovisto de vínculos normativos o creador de ellos, sino que sus decisiones están predefinidas por la ley. La justicia que imparten los jueces en el Estado de derecho es la justicia legal. A ello se refiere la expresión "administración de justicia", que se configura como una función más del Estado burocrático-administrativo (Weber).

Pero al mismo tiempo, en el Estado de derecho (si entendemos este concepto según sus orígenes democráticos) la ley es el reflejo de la soberanía popular, por lo que la justicia que imparten los jueces, si bien mediatizada por la ley, es en último término la justicia querida por el pueblo. La soberanía popular es un dogma para el Estado moderno, y es ella la que suministra al juez los criterios de su decisión, unos criterios que son convencionales y contingentes. Nuestra Constitución lo dice con una claridad meridiana en el mismo art. 117 (par. 1.): "La justicia emana del pueblo y se administra en nombre del Rey por Jueces y Magistrados integrantes del poder judicial, independientes, inamovibles, responsables y sometidos únicamente al imperio de la

ley". La sumisión de los jueces al imperio de la ley no quiere decir que ellos sólo puedan aplicar una ley en el sentido estricto del término. Evidentemente, como manifestación de la soberanía popular, la ley también puede remitir a los jueces a otros criterios de decisión, pero éstos serán vinculantes en todo caso en tanto en cuanto han sido aceptados o autorizados por la ley; esto es lo que hace el art. 1 de nuestro Código civil, al señalar que las fuentes del derecho son la ley, la costumbre y los principios generales del derecho.

Esta es la tesis positivista de las *fuentes sociales del derecho*. Esta tesis proporciona la ilusión de que el derecho se encuentra previamente delimitado y definido de tal forma que el juez no tiene más que hallarlo, bien acudiendo directamente a una norma explícitamente creada por el soberano, bien desarrollando las consecuencias implícitas en alguna de ellas o en el conjunto del ordenamiento jurídico. En último extremo, y en virtud de la obligación que los jueces normalmente tienen en todos los sistemas jurídico-políticos de administrar justicia en los casos controvertidos, los jueces podrán crear una norma *ad hoc* utilizando su propio criterio. Pero esto lo harán solamente en casos excepcionales y también en virtud de la autorización procedente de una ley que les exige decidir en todo caso. En definitiva, el criterio positivista de validez viene expresado en una norma social de reconocimiento (Hart), que en el Estado democrático de derecho vincula a los jueces al imperio de la ley, reflejo de la soberanía popular.

### 3

Pero esta tesis es ilusoria porque, como han mostrado los críticos del positivismo, entre ellos Dworkin, el derecho es una empresa interpretativa. Ello quiere decir que en todo acto de identificación de

un criterio normativo aplicable al caso se reconstruye el derecho de una forma integral. Es decir, integrando en los fundamentos de la decisión razones de principio juntamente con razones formales, razones éticas y políticas junto con razones de estricta legalidad. Más aún: son impensables las razones formales y de estricta legalidad sin suponer razones de principio. Por eso el derecho aplicable es el resultado de una interpretación, en virtud de la cual los jueces hacen de él "lo mejor que puede llegar a ser" dentro de unos límites que no son rígidos, sino fluctuantes e inestables. O dicho de otra manera: los límites que encuentran los jueces para hacer del derecho lo mejor que puede llegar a ser fluctúan debido a la tensión entre el derecho establecido en los textos y su necesaria justificación moral.

Es imposible excluir las razones de principio de los fundamentos de las decisiones judiciales. Desde luego, en gran parte de las sentencias al uso es muy difícil encontrar este tipo de razones entre los fundamentos. Basta con las remisiones legales pertinentes. Pero un razonamiento judicial completamente explícito exige sin duda la consideración de razones de principio. Los principios jurídicos son los que controlan el razonamiento judicial, la interpretación y el desarrollo jurisprudencial del derecho. Y los principios jurídicos se caracterizan por su fuerza moral. Seguirían actuando como fundamento aunque ninguna norma obligase o permitiese a los jueces utilizarlos.

No sólo los casos difíciles plantean la necesidad de profundizar en las bases de justificación de las leyes. También los casos fáciles presentan esa misma necesidad. Tanto unos como otros demandan una justificación que no puede ser solamente interna. Efectivamente, llegado el momento la cadena de justificación tendrá que acudir a razones de principio que forman la base de sustentación de todo el orden jurídico en vigor.

Que esas razones de principio no se expresen abiertamente no significa que no existan, ni que el razonamiento jurídico pueda prescindir de ellas sin perjuicio para él.

Así pues, entre los criterios rectores de la actividad jurisdiccional en el Estado de derecho se da una constante e ineludible tensión: por un lado, el principio de legalidad somete a los jueces a la ley; por otro, la necesaria fundamentación moral de la decisión jurídica exige no perder de vista las razones de justicia mediante las cuales la ley ha de convertirse en derecho; y, por último, la soberanía popular y su expresión de que la justicia emana del pueblo parece exigir la remisión de la decisión judicial, al menos en último término, a la voluntad del cuerpo social. Cómo resolver esa tensión es algo que deben afrontar los jueces en cada acto jurisdiccional.

#### 4

La interpretación es una tarea esencial en la actividad jurisdiccional. Ya la hermenéutica alemana nos había advertido de que toda lectura de un texto exige una interpretación del mismo (Gadamer). No hay texto tan claro que excluya por principio la interpretación. Antes al contrario, la claridad es el resultado de una interpretación. Es artificioso distinguir entre el acto de comprender y el de interpretar. En realidad, interpretar un texto es explicitar el sentido que el lector cree haber captado en él. Interpretar equivale, por tanto, a comprender. O, por decirlo de una manera más precisa: la interpretación es un acto intelectual por medio del cual se hace explícita la comprensión.

La interpretación es, al mismo tiempo, un acto problemático. El problema de la interpretación es que implica siempre un compromiso personal del intérprete. El círculo intelectual del que habla igualmente la hermenéutica alemana lo expresa muy bien.

El lector entiende el texto desde la posición de parcialidad que resulta de la relación que él tiene con el objeto mencionado en el texto. El lector no puede desprenderse de esa parcialidad porque no puede desprenderse de ese "tener-que-ver" previo con la cosa referida en el texto en cuestión. Si el texto habla del poder, de la justicia, del arte o de la vida, el lector entenderá el texto en función de sus propias experiencias sobre el poder, la justicia, el arte o la vida. Estas experiencias pueden cambiar, evidentemente, y pueden cambiar también a consecuencia del contacto que el lector mantiene con el texto, pero lo que parece evidente es que no hay ninguna lectura ingenua, sino que el intérprete siempre lleva consigo una comprensión previa de aquello que quiere comprender cuando emprende la lectura de un texto. Entre la comprensión previa y el texto se da, pues, una relación de circularidad típica, un círculo que puede malograr la comprensión definitiva, pero que es ciertamente algo positivo, porque no hay forma de entender una cosa si no es insertándola en un bagaje de conocimientos previos que permiten que esa cosa despliegue todo el sentido que encierra.

El círculo hermenéutico que se produce entre el texto y el lector no es sino una nueva versión, una versión extremada, del círculo intelectual que la hermenéutica clásica ya había observado que se da entre la totalidad de una obra literaria y las partes que la componen. Uno no puede entender el sentido de un texto si no ha entendido el sentido de cada una de sus partes, pero tampoco se entiende plenamente el sentido de cada una de las partes hasta haber logrado la comprensión de la obra. Este no es un círculo vicioso, sino una relación constitutiva que obliga al lector a tener siempre presente el texto en su integridad en cada pasaje de la lectura.

El círculo que se produce con la comprensión previa del objeto referido en el texto es similar, aunque ahora es el mismo

intérprete el que está implicado en él. Es como si el texto formase parte ineludiblemente de una totalidad más amplia, que en este caso consiste en todo lo que el intérprete ya sabe desde siempre. Pero tampoco ahora se produce un círculo vicioso entre el texto y esa totalidad, sino una relación constitutiva, una referencia mutua que obliga al lector a la toma de conciencia y al esfuerzo por una articulación adecuada de la misma.

## 5

Para que la comprensión o interpretación logre su meta, es decir, para no quedar a medio camino y evitar los malentendidos, hay que tomar el texto como si fuese un interlocutor, buscando en él una enseñanza que puede enriquecer el propio acervo de experiencias. Hay que aceptar que el texto es una experiencia más capaz de aleccionarnos. Hay que entablar un diálogo con el autor del texto, y admitir que puede ofrecer respuestas genuinas a las preguntas que nos preocupan como lectores. Esto es obvio, porque si no, siempre quedaríamos atrapados en nuestra propia parcialidad, imponiéndola en detrimento de la alteridad del texto.

Pero no siempre el texto ofrece respuestas convincentes. A pesar de la actitud de diálogo y de la predisposición al acuerdo, podemos llegar a la conclusión de que el texto estaba equivocado. Cuando tras la lectura uno se da cuenta de que no puede compartir con el autor del texto sus puntos de vista, entonces es cuando uno procede a preguntarse por los motivos que han llevado al autor a decir lo que dice, es decir, entonces es cuando se intenta buscar una "explicación" que permita entender el porqué de la distancia que nos separa del texto.

Esto es lo que ocurre con la crítica. El crítico busca las causas que puedan explicar las insuficiencias o las desviaciones del tex-

to, y las busca en el contexto psicológico, histórico o social en el que el texto ha surgido. El crítico relativiza de esa forma el texto, atribuyendo su sentido a una realidad básica de la que el texto surge y que le es imposible compartir.

Ahora bien, en el caso de la interpretación judicial del derecho, el juez no puede relativizar el texto jurídico de esa manera, porque está obligado a participar en el juego del derecho compartiendo el punto de vista interno que le hace corresponsable de sus normas. No se puede distanciar del texto. Si puede hacerlo de algún pasaje en concreto, digamos de alguna norma o de alguna interpretación convencional de una norma, pero no puede hacerlo respecto del sistema en su conjunto, y si no encuentra en una norma la respuesta satisfactoria, tendrá que buscarla en otro lugar del sistema.

## 6

De todas maneras, parece evidente que en la interpretación del derecho no existe una única respuesta correcta, porque, al igual que la de cualquier otro texto, la reconstrucción interpretativa del derecho no es una operación tan objetiva que excluya el compromiso personal del juez-intérprete. Y como hay distintos jueces con distintas convicciones relativas a los problemas de la justicia, así también hay distintas respuestas jurídicas a las cuestiones planteadas al derecho.

Pero entre el compromiso personal y el error hay una diferencia. El intérprete puede fracasar en su tarea y equivocarse. Por eso debemos preguntarnos: ¿hay algún criterio que impida que la subjetividad del juez se imponga excesivamente frente a la objetividad del texto; que impida, por tanto, falsear la interpretación convirtiéndola en un nuevo acto de creación, traicionando así el principio de legalidad al que está constitucionalmente sometido? Ciertamen-

te, hay un criterio, y no solamente un criterio, sino unas garantías institucionales tendientes a que ese criterio opere eficazmente.

Más allá de las técnicas y de las reglas de la interpretación jurídica, más allá de los recursos metodológicos, el criterio que guía la actividad de búsqueda e interpretación del derecho aplicable es la aceptabilidad del resultado: que la solución adoptada por el juez pueda ser admitida como una solución correcta por toda la comunidad de sujetos jurídicos (J. Esser). Desde luego, esta es la idea que siempre tiene el juez en la mente. Y es una idea que no debe abandonar si no quiere traicionar su función. Podríamos decir que es un principio trascendental de todo acto de decisión jurídica, similar al principio trascendental que guía todo acto de adopción de normas morales, que es el acuerdo hipotético de todos los afectados por ellas (Apel).

Este criterio persigue la depuración de aquellos elementos más espúreos de la subjetividad judicial, de los que sólo pertenecen a la peculiar idiosincrasia del juez. Pero es más que eso, porque la aceptabilidad social del resultado indica dónde debe encontrarse el equilibrio entre legalidad, justicia y voluntad popular, cuya tensión recíproca determina siempre, como he indicado antes, todo acto jurisdiccional. Con este criterio se respeta la legalidad (que en definitiva debe su validez a la aceptación social y queda garantizada por ella); con él se impide que los principios de justicia sean blindados en una concepción dogmática de la moral; y con él se responde también a las exigencias de la soberanía popular.

De este criterio hay que extraer todas sus consecuencias. De él se deriva, entre otras cosas, la necesidad de abrir el razonamiento judicial al público en general. Es por eso por lo que el proceso de aplicación judicial del derecho se organiza institucionalmente como un proceso público y contradictorio, en el que participen los distin-

tos portadores de intereses intentando convencer a los demás de que su posición es la correcta. La actividad de búsqueda e interpretación de las normas transcurre como un proceso de argumentación que es dinamizado por los sujetos implicados en el caso, pero en el que indirectamente participa toda la comunidad de sujetos jurídicos (la crítica de los expertos y de la opinión pública forma parte también del proceso de argumentación). De esta forma la interpretación del derecho adopta de nuevo la estructura del diálogo, pero no ya entre autor y lector, sino entre los distintos lectores, que con su crítica mutua despejan el camino hacia la solución más correcta.

## 7

Este criterio orientativo no es otra cosa que el reflejo en el ámbito del derecho del criterio de legitimidad moral. Una norma moral es legítima cuando se hace acreedora del reconocimiento de todos los afectados por ella. Este es el sentido que guía todo acto de argumentación moral desde su inicio: se emplean aquellos argumentos de los que uno está convencido que son merecedores del acuerdo de todos. Por tanto, una norma moral es legítima en el caso de que pudiese ser aceptada por un hipotético auditorio universal (Perelman), o por una comunidad ideal de diálogo (Apel y Habermas).

Como se sabe, según Perelman el auditorio universal cambiaría el sentido retórico de la argumentación realizada en una situación concreta por el sentido racional de una argumentación tendente a convencer a todo el mundo. Este auditorio universal sólo se dejaría convencer por las mejores razones, y el acuerdo al que llegase sería racional y legítimo.

De manera similar, según Apel y Habermas, sería racional y legítima la decisión adoptada por el acuerdo al que se lle-



ga tras un intercambio de razones en una situación ideal de diálogo caracterizada por la libertad e igualdad de los participantes. Sería una situación en la que todo el mundo podría opinar, en la que nadie estaría sometido a coacción, en la que cualquier acuerdo o decisión podría ser problematizado, etc., etc. Un acuerdo adoptado en una situación así sería racional y legítimo porque en ella sólo se impondrían las mejores razones y sólo lograrían reconocimiento intereses y necesidades generales.

Estos mismos requisitos y exigencias son pertinentes también en el caso de la legitimidad judicial, en tanto en cuanto el juez está obligado a justificar moralmente sus decisiones. El alcance de esas decisiones no se ve limitado al círculo de los participantes en el proceso judicial, al menos el alcance de las decisiones en las que está en juego la estabilidad o integridad del sistema jurídico o de alguna de sus normas. Por eso es la aceptabilidad *social* de la decisión el referente del razonamiento judicial, y no la aceptabilidad por parte de los implicados en la controversia.

Mucho menos limitado es el alcance de las decisiones judiciales cuando lo que está en juego es la estabilidad o integridad de aquellas normas morales cuya pretensión es la de valer universalmente. Entonces el referente de la aceptabilidad social de la decisión no queda circunscrito a la sociedad en la que rige el orden jurídico en cuestión, sino que se amplía a toda la sociedad del género humano, por decirlo así, en la que dichas normas morales pretenden valer de manera incondicionada. El elemento de justicia o moralidad de la decisión prima aquí sobre la inmediatez de la soberanía popular, determinando que el equilibrio entre estos dos polos de tensión que rigen la actividad jurisdiccional se incline en favor de aquella, cómo reflejo de lo que todos podrían aceptar, y en detrimento de lo querido en un momento dado por una sociedad concreta.

Pero la controversia jurídica, tal como está institucionalizada en el proceso judicial, no es ni la sombra de ese proceso ideal de discusión. Ni siquiera en el caso del proceso judicial público y contradictorio. Ni siquiera si entendemos como parte del proceso judicial la crítica de los expertos y de la opinión pública. Sólo sería justo el resultado si todos lo aceptasen en condiciones ideales de igualdad, libertad, ausencia de coacción, etc., ya nos situemos en el terreno de una sociedad determinada y para las cuestiones que afectan a ésta en concreto, ya nos situemos en el terreno formado por la universalidad de todos los sujetos capaces de hablar. Por eso no se puede afirmar que la opinión pública, formada a través de mecanismos siempre manipulativos, puede servir de pauta al juez para tomar sus decisiones.

¿Cómo se asegura el juez entonces de que el resultado sería aceptable por todo el mundo en tales condiciones? Lo mismo que el agente moral, sólo puede hacerlo de una manera hipotética. El juez ha de llegar a la convicción personal de que su decisión sería aceptable por todos si todos hubiesen podido participar equitativamente en el proceso de discusión en el que se han intercambiado las pertinentes razones justificativas.

Pero, ciertamente, esto es compatible con cualquier decisión que el juez tome en conciencia, porque este criterio de la aceptabilidad universal sólo indica la forma de la moralidad, una forma que ya estaba expresada en el imperativo categórico kantiano.

## 8

Otra objeción al criterio de aceptabilidad universal procede de aquellos planteamientos que cuestionan la noción misma de universalidad moral. La objeción es que estos conceptos de auditorio universal, o de comunidad ideal de comunicación, son conceptos ilusorios, carentes de toda vero-

similitud. Es decir, no serían sólo contrafácticos, como señalan los teóricos que propugnan su virtualidad en el ámbito de la filosofía moral, sino contrarios a la lógica y al sentido común. No sería realista hablar de auditorio universal como algo coincidente con la comunidad del género humano, porque es propio y constitutivo de la historia humana la diversidad de formas de vida. Y las formas de vida son inconmensurables, no pueden ser comparadas entre sí para decir que unas son preferibles a otras.

Así, por ejemplo, Aarnio. Este autor no acepta el criterio de la situación ideal de diálogo, ni el de auditorio universal, como punto de referencia para asegurar que la argumentación jurídica discurre racionalmente. El parte de una posición de relativismo axiológico y se adhiere a las tesis de Wittgenstein acerca de la infranqueabilidad racional de las formas de vida. Según él, todo enunciado valorativo está conectado con una forma de vida. Los enunciados valorativos pueden ser racionalizados argumentativamente, pero hasta un cierto punto: hasta el punto en que los que argumentan participan de la misma forma de vida. La forma de vida es, en última instancia, acción. No es asunto de elección racional, sino que crea la base de la elección racional. Y el paso de una forma de vida a otra no depende de la argumentación racional, sino de la persuasión.

Por ello Aarnio liga el criterio de la legitimidad de una propuesta normativa al de su aceptabilidad por parte de un auditorio no universal, sino particular o delimitado culturalmente, pero no concreto y empíricamente identificable, sino ideal. El "auditorio particular ideal" sería el conjunto de individuos que están en una situación cultural y socialmente determinada, es decir, que están ligados a una determinada forma de vida, pero que aceptan y siguen las reglas de la argumentación racional, o sea, aquellas reglas según las cuales en la discusión debe haber libertad, igualdad,

ausencia de coacción, posibilidad de cuestionarlo todo, etc. Dentro de este grupo sí podría lograrse un consenso racional.

De ahí deriva Aarnio el siguiente principio regulativo: "La dogmática jurídica debe intentar lograr aquellas interpretaciones jurídicas que pudieran contar con el apoyo de la mayoría en una comunidad jurídica que razona racionalmente". Esta exigencia bastaría para satisfacer "nuestros más estrictos requerimientos con respecto al razonamiento jurídico más adecuado en la sociedad democrática moderna." (Lo racional como razonable, Madrid, 1991, págs. 286 y 287).

Podemos ver que también aquí, en la concepción que ofrece Aarnio del razonamiento judicial, la aceptabilidad de las razones y, por tanto, la racionalidad de la argumentación, depende de un juicio hipotético y subjetivo acerca de su idoneidad para superar los controles procedentes de esas *condiciones ideales* de argumentación. Por eso, el juez sólo se puede asegurar de la aceptabilidad del resultado de una manera hipotética. Nada podría sustituir, al final, la conciencia del que examina la justificación de un argumento, de una decisión o de una norma. Es decir, en el proceso de argumentación que conduce a la decisión judicial, nada podría sustituir la conciencia individual del juez, que es el llamado a decidir la controversia jurídica. (Repito aquí lo que he dicho en otro lugar: "La legitimidad judicial en la crisis del imperio de la ley", *Jueces para la democracia*, nº 18, 1/1993, p. 8).

## 9

Una manera de contestar estas objeciones podría ser la siguiente. En primer lugar, la forma de la moralidad, expresada tanto en el imperativo categórico de Kant como en esta pragmática general del lenguaje de inspiración kantiana, no es algo

totalmente vacío, sino que apunta a contenidos precisos. Efectivamente, una comunidad de agentes morales autónomos es el modelo regulativo de una sociedad constituida por personas libres e iguales, o sea, de una sociedad en la que todos tienen garantizados los mismos derechos básicos, sobre todo el derecho a discutir y a decidir sobre aquello que merece reconocimiento general. Jamás se podrá estar seguro de si una propuesta normativa podría ser aceptada por todos, pero sí se podrá estar seguro de que una aceptación genuina requiere la garantía de unas condiciones previas establecidas en forma de derechos. Este es el sentido de los derechos fundamentales, los cuales deben ser considerados fundamentales en cuanto derechos *democráticos*. La base de legitimidad de todo sistema de poder reside aquí, en las garantías establecidas constitucionalmente para salvaguardar la integridad y asegurar la participación de todos los individuos en los distintos procesos políticos y sociales conducentes a la toma de decisiones. Si existe un criterio orientativo de la labor jurisdiccional basado en fundamentos sólidos es éste.

Evidentemente, con esto el juez no tiene resueltos todos los problemas de interpretación del derecho. La garantía, ampliación y profundización de los derechos fundamentales suscita toda una serie de dificultades que siguen haciendo necesario el razonamiento, el debate y la argumentación. A partir de un modelo garantista como el que estamos evocando aquí (Ferrajoli) surgen nuevas tareas para la labor jurisdiccional. Hay que coordinar unos derechos con otros, y hay que coordinar también los derechos individuales con los derechos colectivos y los requerimientos funcionales del sistema social. Pero esto no contradice la orientación básica que debe dar el juez a su labor jurisdiccional a fin de asegurar su legitimidad: interpretar los pilares del derecho como garantías que permiten el despliegue de la autonomía de todos.

En segundo lugar, las formas de vida no son tan relativas e inconmensurables como para que cualquiera de ellas pueda suprimir justificadamente los derechos individuales básicos apelando a sus propias señas de identidad. Cada comunidad, cada cultura, tiene derecho a su propia forma de vida, pero por encima está el derecho de todos los individuos a participar libre y críticamente en el mantenimiento y desarrollo de la forma de vida compartida. El comunitarismo falla precisamente en este punto, en que no reconoce a los miembros de una comunidad la libertad de contribuir críticamente a la construcción de la forma de vida propia de la comunidad. Desde el momento en que se reconoce este derecho se está superando el relativismo moral y jurídico, porque ello supone conferir un valor primordial a los derechos democráticos como presupuesto de cualquier otro valor.

## 10

Después de lo dicho hasta aquí, hay que concluir que el único uso del derecho permisible para los jueces en un Estado democrático es precisamente el uso democrático del derecho. No solamente es el único uso permisible, sino que al mismo tiempo es el uso obligado del derecho. Utilizar democráticamente el derecho significa ahondar en el sentido de la Constitución y extraer de ella todas sus consecuencias. Como es sabido, el art. 9,2 de la Constitución española, inspirado en el art. 3 de la Constitución italiana, lo impone como mandato a todos los poderes públicos: "Corresponde a los poderes públicos promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas; remover los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud y facilitar la participación de todos los ciudadanos en la vida política, económica, cultural y Social".

Este uso del derecho equivale a una interpretación democrática del mismo. La interpretación democrática del derecho tiene un carácter crítico. crítica significa la denuncia de todos aquellos enunciados jurídicos (doctrinales y legales), que supongan un obstáculo para la participación de los ciudadanos en la vida política, económica, cultural y social; la denuncia de todos aquellos intentos de introducir en el sistema jurídico la defensa de intereses o valores que no se compatibilizan con la autonomía del individuo y del ciudadano, tal como viene consagrada en la constitución. No es una crítica total, evidentemente, porque no llega hasta el punto de denunciar la constitución misma. Antes al contrario, el crítico comparte con el sistema del derecho en vigor su base constitucional y por tanto no adopta un distanciamiento tan grande que le lleve a preguntarse con extrañeza por las causas que explicarían el surgimiento histórico de dicho sistema, como vemos que hacia el lector que no llega a ponerse de acuerdo con el autor del texto.

El crítico es un interlocutor del legislador que intenta discutir con él en torno al contenido de valor al que alude en el texto legal. Indudablemente puede preguntarse por el origen social e histórico del derecho. Y debe hacerlo, porque para comprender más plenamente el sentido de un texto, para comprenderlo críticamente, es preciso insertar ese texto en su contexto de origen para ver cuáles son las necesidades e intereses a los que intenta responder. Pero cuando el crítico en el papel de interlocutor se pregunta por el origen social e histórico del derecho lo hace con la intención de aclarar-

se acerca de sus propios orígenes. El juez debe adoptar esta posición. Es el punto de vista interno el que gobierna la crítica que se puede permitir el juez dentro del sistema constitucional. Pero por eso mismo el juez está perfectamente legitimado para realizar esa crítica (Ferrajoli).

La democracia suministra, por tanto, un criterio firme y eficaz para la crítica jurídica. Es un criterio heurístico: permite seleccionar el objeto de la crítica. A partir de él la crítica puede enfocar su actividad hacia aquellos sectores del universo jurídico que reduzcan el alcance de los derechos democráticos.

Es también un criterio metodológico, fecundo desde el punto de vista científico: la democracia exige mantener la relación cognoscitiva entre el derecho estudiado y otros sectores del sistema jurídico, así como entre el derecho y otros sectores del sistema social. La igualdad democrática de una norma no depende sólo de ella, sino de otras variables jurídicas, políticas, económicas o culturales que pueden rebajar su pretendido alcance democrático, y que han de ser tenidas en cuenta en el análisis crítico de la misma.

Es, sobre todo, un criterio moral: con la defensa de los derechos democráticos la crítica consigue un fundamento moral inmovible. Nadie puede pretender legítimamente imponer una norma que impida a otros la posibilidad de elegir libremente aquello que no obstaculiza la igual libertad de los demás. El punto de vista moral, encarnado en esa idea de igualdad, se realiza como una democracia asegurada jurídicamente.