

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

REFLEXIONES SOBRE LA INTERPRETACIÓN JUDICIAL SEGÚN M. SAAVEDRA

*Alicia Ruiz**

1

La invitación a comentar “Interpretación judicial del Derecho y Democracia” de Modesto Saavedra, que me honra y me complace, ha provocado las reflexiones, un tanto desordenadas, que siguen.

Saavedra se pregunta acerca de las condiciones y límites de la interpretación judicial en un Estado de Derecho. Comienza por caracterizar la “actividad de juzgar” como “enjuiciar un caso desde el punto de vista del derecho”... y hacerlo “con autoridad derivada de la soberanía... emitiendo una norma”, (Apartado 1). Así el juez se hace “partícipe institucionalmente del orden jurídico que administra”.

Para cumplir su cometido debe aplicar la ley, empleando para ello todos los criterios que el sistema jurídico le autoriza, pero sabiendo que ese acotamiento a su labor es ilusorio (Apartados 2 y 3) porque, añade siguiendo a Dworkin, “el derecho es una empresa interpretativa... y los límites que encuentren los jueces para hacer del derecho lo mejor que puede llegar a ser fluctúan debido a la tensión necesaria entre el derecho establecido en los textos y su necesaria justificación moral” (Apartado 3).

Saavedra dedica los Apartados siguientes (4 a 9) a la interpretación judicial. Los jueces interpretan “textos”, hurgando en el sistema jurídico para satisfacer esa tarea, y su capacidad crítica -que carac-

teriza como su discrepancia con el punto de vista del autor del texto por las insuficiencias y derivaciones que el mismo pueda contener- está limitada. El juez no puede relativizar el texto jurídico, hasta el punto en que deje de participar en el “juego del derecho compartiendo el punto de vista interno que lo hace corresponsable de sus normas”. Puede distanciarse de alguna norma, pero no respecto del sistema en su conjunto y debe guiar su actividad interpretativa por la aceptabilidad del resultado, que es tanto como el reconocimiento de la comunidad de sujetos jurídicos de la corrección de la solución alcanzada, lo que evita que la subjetividad del juez, o su peculiar idiosincrasia tiñan su decisión. Esa “aceptabilidad” del resultado supone el acuerdo hipotético de todos los afectados y el “punto de equilibrio entre legalidad, justicia y voluntad popular... 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”.

Recurre a la teoría argumentativa de Apel y Habermas (Apartado 7) para sostener que sería racional y legítima la decisión adoptada por el acuerdo tras un intercambio de opiniones entre interlocutores colocados en una situación ideal de diálogo, libres de coacciones y con posibilidades de participación equivalentes. Sin embargo, se detiene para indicar que “la controversia jurídica tal como está institucionalizada en el proceso judicial no es ni la sombra de ese proceso ideal de discusión” y luego, parece

* Jueza de lo Laboral y profesora de Filosofía del Derecho en la Universidad de Buenos Aires, Argentina.

coincidir con Aarnio en que “la aceptabilidad que dota de legitimidad es la que proviene de un auditorio particular o delimitado culturalmente” en el cual es posible el consenso racional. Se trataría de lograr aquellas interpretaciones jurídicas que pudieran contar con el apoyo de la mayoría en una comunidad jurídica que razona racionalmente”.(Apartado 8).

¿Cómo puede el juez, entonces, satisfacer las exigencias de legitimidad en su interpretación del derecho? Saavedra afirma que, el criterio orientativo reside en las garantías constitucionales, en “utilizar democráticamente el derecho” ahondando en el sentido de la Constitución y extrayendo de ella todas sus consecuencias. Es más, el juez está obligado, subraya, a este “uso democrático del derecho” que no prohíbe la crítica siempre y cuando no suponga la “denuncia de la constitución”. Podrá preguntarse acerca del sentido social e histórico del derecho y discutir con el legislador el contenido del valor de un texto legal. Podrá denunciar “...todos aquellos enunciados jurídicos que supongan un obstáculo para la participación de los ciudadanos” o “los intereses o valores que no se compatibilizan con la autonomía del individuo y del ciudadano”, es decir, todo aquello que reduzca el alcance de los derechos democráticos.

2

La apretada síntesis del texto es indicaría de las muchas cuestiones relevantes que en él se tratan y, paralelamente, revela alguna inconsistencia entre los diversos conceptos que él se acumulan.

Preguntarse acerca de “cuál es tipo de crítica jurídica y de uso alternativo” que pueden permitirse los jueces, es una forma de preguntarse acerca de la legitimidad del poder en un estado democrático. Una teoría de la legitimación procura explicar por

qué el poder se ejerce del modo en que se ejerce y por qué esa forma de ejercicio debería mantenerse y aceptarse. Expresa convicciones positivas respecto de la democracia y la aspiración de que sea preservada.

Ya no hay espacio para normas de legitimación basadas en la tradición o que apelen a una noción de justicia absoluta y objetiva. Tampoco alcanza con equiparar la legitimidad con la legalidad: “la legalidad que sólo se base en la corrección procedimental de lo positivamente estatuido puede, a lo sumo, ser síntoma de una legitimidad subyacente pero no puede sustituirla. La fe en la legalidad no constituye un tipo independiente de legitimidad” (Habermas J., 1987).

La preocupación de Saavedra en torno a la actuación judicial legítima en un Estado de Derecho, forma parte de esta temática y su respuesta presenta algunas de las mismas dificultades que exhiben las teorías actuales de la democracia.

No voy a desarrollar aquí observaciones y discrepancias sugeridas por su caracterización del método comprensivo y de la hermenéutica, el sentido -no siempre coincidente- con que emplea la distinción entre “punto de vista interno” y “punto de vista externo”, y su fundamentación de la crítica que le está permitida a los jueces.

En verdad, creo que lo interesante de este trabajo es que constituye una importante justificación política -que comparto- por qué los jueces de un Estado de Derecho deben tener a la Constitución como marco ineludible o criterio último de interpretación. Lo que no me parece, es que muchas de sus afirmaciones sean sostenibles teóricamente, sin más.

Uno de los aspectos problemáticos es el que se refiere al “uso democrático del derecho” como un criterio heurístico, metodológico y moral que garantice la legitimidad de la función judicial en el Estado de Derecho.

3

Tal vez sean útiles algunas de las tesis habermasianas para mostrar los límites del "uso democrático del derecho", según se lo caracteriza en el trabajo que vengo comentando.

Habermas propone una teoría deliberativa de la democracia, en la cual el derecho tiene asignado un papel relevante, como regla crítica de las prácticas sociales y políticas reales en las sociedades actuales.

En el mundo social moderno en el que se ha producido la autonomización de los diversos ámbitos culturales y se carece de cosmovisiones trascendentes y fundantes, la integración social sólo puede explicarse y justificarse argumentativamente.

El principio del discurso se convierte en principio jurídico y por esa vía en principio democrático. "El modo de socialización discursiva sólo puede ser realizado por medio del derecho".

La positivización del derecho planteó el problema de cómo preservar ese momento de incondicionalidad que hace aceptable su imposición y su obligatoriedad.

Ni la Escuela del Derecho Natural Racional que liga al derecho moderno a principios y a una racionalidad procedimental, ni las teorías del contrato social pudieron resolver la tensión entre incondicionalidad e instrumentalidad. Tampoco pudieron lograrlo aquellas que redujeron la legitimidad a legalidad (Austin, Kelsen, Weber). El momento de incondicionalidad del derecho no radica en que emane de alguien dotado de poder, ni en su forma, como pretenden los positivistas. Al tornarse derecho positivo no pierde, según Habermas, su relación interna con la política y con la moral y, esa vinculación explica que conserve carácter obligatorio e irradie autoridad, aún cuando carezca de inmutabilidad y siempre pueda ser modificado.

En el derecho moderno, la moral y la política se ligan a él de manera peculiar,

apoyándose justamente en que, por su naturaleza ambigua, satisface, a un tiempo, los principios de la racionalidad práctica moral y de la racionalidad con arreglo a fines.

Su legitimidad, entonces, no puede referirse únicamente a la moral, ni puede entenderse sólo como una operación propia del sistema político, ni como el producto "de sus propias guerras, mediante operaciones dogmáticas de un sistema judicial fiel a la ley, autonomizado frente a la política y a la moral". (Habermas: 1988).

El modo en que, al interior del derecho positivo, "puede estabilizarse el punto de vista moral de una formación imparcial del juicio y de la voluntad" reside, según Habermas en la juridización del principio del discurso. Pero, el derecho moderno es, en gran medida, una estructura teleológica, puesta al servicio de la consecución de fines políticos, por lo cual los procedimientos jurídicos, no pueden analizarse sólo desde el punto de vista de los discursos prácticos institucionalizados.

Las constituciones de las democracias occidentales a través del Parlamento, de la soberanía popular, de los derechos políticos fundamentales, institucionalizaron el discurso práctico como procedimiento para alcanzar propuestas normativas. Pero, tal como lo advierte Habermas, no basta con que determinados principios morales del derecho natural racional queden positivizados para asegurar las condiciones indispensables de un diálogo abierto, libre de coacciones y guiado por la fuerza de la argumentación.

Aquí ya quedan esbozados dos tipos de problemas que la tesis del "uso democrático del derecho" no puede resolver. El primero estriba en que los contenidos del derecho son siempre contingentes, que pueden cambiarse a voluntad. Si la moral se incorpora por vía de un procedimiento que se regula a sí mismo y que se formula en reglas jurídicas, tal procedimiento también es susceptible de sustituirse por algún otro,

esto es, no tiene en principio mayor firmeza que las demás normas.

El segundo, proviene de que toda interpretación comporta operaciones constructivas y no existe modo de asegurar univocidad de sentido, a los fines de evitar la multiplicidad de interpretaciones posibles de un texto.

4

La Constitución de un Estado de Derecho genera las mismas dificultades interpretativas que cualquier otro tracto del discurso del derecho. Desde las que provienen de su formulación lingüística hasta las que derivan de los parámetros éticos y políticos escogidos para definir los principios contenidos en ella.

Cuando los jueces recurren a la Constitución para fundar sus decisiones, para decidir acerca de la adecuación de otras normas del sistema jurídico a su contenido, "interpretan" el texto y, en ese proceso, le otorgan su sentido.

Cada aplicación de una norma constitucional implica una reconstrucción hermenéutica. Cuáles de esos sentidos expresan el "uso democrático" al que alude Saavedra. Cuáles promueven "las condiciones para que la libertad y la igualdad de individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas". Cuáles remueven "los obstáculos que impiden o dificultan su plenitud". Cuáles los que facilitan "la participación de todos los ciudadanos en la vida política, económica, cultural y social". Cuáles los que denuncian la defensa de intereses y valores que no se compadecen con el sistema jurídico, con la autonomía del individuo y del ciudadano. Cuáles de los muchos posibles legitiman el acto de juzgar, en sociedades desencantadas, como diría Weber, o en las que se ha producido, un "descentramiento de las concepciones del mundo", apuntaría Habermas.

5

Las últimas décadas muestran la emergencia de fuertes tendencias a la globalización, por una parte, y el surgimiento de localismos, nacionalismos y particularismos de signos diversos. Están en crisis el concepto de soberanía, el de Nación y el del Estado. Hay una enorme dislocación de poderes, y resulta difícil, encontrar valores o principios incuestionables.

La turbulencia de los procesos históricos contemporáneos y la creciente complejización de la sociedad moderna corren paralelos con el aumento de la discriminación, la marginalidad, la dualización social, el hundimiento de las adquisiciones sociales del Estado de Bienestar, la pérdida de representatividad de las estructuras políticas tradicionales, el desempleo, la violencia y la corrupción, el desarrollo vertiginoso de la tecnología, el poder de los *mass media* y la desaparición de los grandes proyectos. Nuevos conflictos ocupan la escena, conflictos que, según apunta Marramao, no pueden reducirse a conflictos de intereses sino que son conflictos de identidad, de valores.

De ahí que autores como E. Laclau, C. Lefort, el propio G. Marramao, P. Barcellona y otros caractericen a la democracia como un orden radicalmente inestable, un orden indeterminado en el cual la legitimidad es transitoria y puede ser cuestionada. La democracia siempre tiene la posibilidad de volver, una y otra vez, a preguntarse acerca de sus condiciones de existencia y de justificación.

Desde esta perspectiva, resulta difícil imaginar cómo "ahondar en el sentido de la Constitución y extraer de ella todas sus consecuencias" puede representar un criterio de legitimidad tan fuerte, como el que está presupuesto en la idea del "uso democrático".

Si en la Constitución se encuentran los principios que definen a un estado

como democrático, si los jueces están obligados a recurrir a ellos para legitimar cada uno de los actos de juzgar, y si, paradójicamente, la democracia es un orden indeterminado y la interpretación es, irremediablemente, un momento de constitución del sentido, entonces, como decía Habermas la positivación de ciertos principios en el derecho constitucional nunca es una garantía absoluta de preservación del modelo democrático.

Este es el costado teóricamente débil de la posición que sustenta Saavedra y me atrevo a pensar que mucho tiene que ver esa debilidad con una subyacente concepción del derecho que lo reduce a norma.

A partir de una visión menos restringida del fenómeno jurídico, voy a intentar defender, sin embargo, la misma tesis de Saavedra: que la Constitución es un límite para la actuación legítima de la Magistratura.

En estos párrafos finales esbozo una respuesta desde la perspectiva de una Teoría Crítica del Derecho.

Es tiempo de pensar la complejidad del derecho a partir de ella misma, de "pensar al derecho como circulación incesante de sentido, más que como discurso de la verdad", de advertir "la pluralidad y diversidad de los actores que juegan sobre la escena jurídica y contribuyen, cada uno a su manera a aplicar el derecho". "Antes de ser regla e institución el derecho es logos, discurso, significado en suspenso. Se articula entre las cosas: entre la regla (que no es nunca enteramente normativa) y el hecho (que no es nunca enteramente fáctico), entre el orden y el desorden, entre la letra y el espíritu, entre la fuerza y la justicia. Dialéctico, es el uno por el otro. Paradójico, es el uno y el otro." (Ost, 1993).

Es posible pensar a la Constitución como la suma de las condiciones mínimas a partir de las que hombres y mujeres de carne y hueso puedan darse a la tarea de conformar una sociedad en la que todos ellos decidan acerca de cómo quieren vivir, de

pensarse como libres e iguales y de serlo efectivamente, de garantizarse mutuamente esa libertad y esa igualdad cada día y en cada situación concreta, abiertos a la posibilidad de cambiar algunas creencias y valores que defendían y a asumir los que otros les proponen, aceptando la relatividad de las formas de convivencia que han mantenido y dispuestos a encontrarse en el intercambio de experiencias, de símbolos y de culturas.

Los principios constitucionales no son, entonces, un plexo de valores ni de principios cristalizados. Cualquier caracterización de ese tipo supondría un retorno a alguna forma de iusnaturalismo, y como bien lo demuestra el análisis habermasiano, aún el derecho natural de cuño racionalista que apela a los principios es insuficiente para dar cuenta de la fundamentación del derecho positivo moderno. No se trata de atribuirle a Saavedra ninguna proximidad con tales concepciones sino de dejar señalando que el énfasis de algunas de sus afirmaciones evoca aquellas posturas.

Ahora bien, si la Constitución conforma un diseño socialmente construido de legitimar el poder en democracia, los jueces en los tiempos que corren, tienen que asumir la politicidad de su lugar y de su función, el protagonismo que los compromete, inexorablemente, con la sociedad a la que juzgan en cada una de sus sentencias, de rescatar el valor de lo particular, de las diferencias, de lo distinto.

El discurso del derecho -y en él queda incluida también la Constitución- genera una "ilusión de garantía", de seguridad, de previsibilidad de lo cambiante e imprevisible, y el juez participa en la construcción de esa trama de ilusión, pero no puede quedar confundido por ella.

Su "capacidad crítica" dependerá, en buena medida, de su comprensión del modo en que se estructura el discurso jurídico, cruzado por otros discursos sociales, y a través del cual circulan múltiples sentidos.

El derecho aparece así, como la democracia, sin un origen al que remontarse bifurcándose una y otra vez como los senderos del jardín borgiano. Y entonces, no hay criterio seguro al que recurrir para seleccionar el objeto de la crítica, ni el interlocutor del juez es el legislador, ni la Constitución ofrece un fundamento moral incuestionable para defender los derechos democráticos.

Tal vez, sólo pueda decirse que el fundamento moral más incuestionable de la democracia, consista, precisamente, en carecer de "un" fundamento moral incuestionable.

Bibliografía

- Habermas, J. *Teoría de la Acción Comunicativa*, Taurus, Madrid, 1987.
- Habermas, J. "¿Cómo es posible la legitimidad por vía de la legalidad?", *Doxa* N^o 14, Madrid, 1988.
- Ost, François, "Júpiter, Hércules, Hermes: tres modelos de juez", *Doxa*, N^o 14, Madrid, 1993.