

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

RESPUESTA A LAS CRÍTICAS DE ÓSCAR CORREAS, CARLOS MARIA CÁRCOVA Y ALICIA RUIZ

Modesto Saavedra

Agradezco al director de la revista *Travesías* la oportunidad que me ha ofrecido de presentar en sus páginas, y de exponer al comentario y a la crítica, la intervención que sobre "interpretación judicial del derecho y democracia" mantuve en el curso de maestría de La Rábida en diciembre del año pasado. Agradezco también a Oscar Correas, Carlos María Cárcova y Alicia Ruiz el interés que han mostrado al comentar y criticar dicha intervención. Creo que esta es una estrategia enormemente positiva para mantener el tono vital del trabajo intelectual e impedir que degenera en la autocomplacencia de su simple reflejo curricular. Y, como el director me ofrece la posibilidad de contestar a las críticas, me atrevo ahora a hacerlo con la intención de aclarar algunos puntos, no todos, porque las críticas son muchas y son serias y ya no disponemos de espacio ni de tiempo para afrontarlas en profundidad. Espero que con estas aclaraciones logre hacer susceptibles de un enjuiciamiento más favorable las tesis mantenidas en el trabajo comentado.

Oscar Correas me reprocha que no tenga en cuenta la realidad sociopolítica de los países de América Latina, y sostiene que esa falta de perspectiva hace que las propuestas por las que yo abogo adolezcan de ingenuidad y no sean interesantes para ellos. Las propuestas por las que yo abogo consisten, en esencia, en utilizar un criterio de orientación moral para el razonamiento judicial, dado que los recursos técnico-jurídicos o metodológico-jurídicos propuestos tradicionalmente para averiguar el sentido de la ley presentan un déficit de legitimidad que es preciso saldar también epistemológicamente. Tal criterio de orientación moral,

en el marco del Estado constitucional, no puede ser otro que el de desarrollar y ampliar las bases de la democracia social y política, y la argumentación jurídica más consistente con ese tipo de Estado debe recurrir predominantemente a los principios, valores y derechos que configuran el ideal democrático a fin de asegurarlo jurídicamente hasta el grado en que sea posible hacerlo.

Desde luego, la legitimidad del juicio judicial depende sustancialmente de condiciones que no son epistemológicas, sino políticas y procesales, y entre las condiciones políticas, de algunas referentes a la organización del poder judicial y de otras referentes a la distribución social del poder en general. Que los jueces sean más o menos independientes del ejecutivo, que se les pueda exigir o no responsabilidad por el ejercicio de su función, que su labor esté o no condicionada por las expectativas de una carrera profesional estructurada de modo jerárquico, que sus órganos de gobierno sean más o menos representativos, etc., etc., todo eso influye indudablemente sobre la calidad de las sentencias.

Igualmente, también influye sobre ellas la extracción social de los jueces, la formación que han recibido y el ambiente cultural o ideológico en el que respiran, que condiciona sus expectativas y también las de aquellos que reciben y soportan sus decisiones. Con toda probabilidad no razonará de la misma manera un juez habituado a afrontar los problemas y conflictos sociales desde una posición perfectamente integrada en el sistema capitalista, que otro que haya vivido de cerca la marginación y la miseria provocada por un sistema como ése

librado a su propia dinámica. Como tampoco razonará de la misma manera un juez que sabe que sus decisiones, por mucha importancia que puedan tener sus efectos sociales y políticos, no van a ser objeto de crítica, que otro que espera que sus decisiones sean discutidas públicamente por parte de otros expertos o incluso por parte de simples ciudadanos sensibilizados políticamente y con posibilidades de acceso a los medios que conforman la opinión pública.

Ciertamente, todos estos aspectos hay que tenerlos debidamente en cuenta si se pretende afrontar toda la complejidad del problema de la legitimidad democrática en la interpretación judicial del derecho. Desde el principio he excluido una pretensión semejante. Estos aspectos pertenecen al contexto sociopolítico de la génesis del juicio, que puede favorecer u obstaculizar el surgimiento de una determinada forma de razonar los jueces, mientras que el enfoque que yo he adoptado aborda directamente el tema de la legitimidad del juicio judicial. Es verdad que el discurso sobre la legitimidad del juicio no puede prescindir del análisis de sus condiciones de posibilidad; es verdad que todo lo que se diga sobre el "contexto de justificación" queda incompleto sin las pertinentes referencias al "contexto de descubrimiento".

Por eso dice Oscar Correas que, "para nosotros, el problema de la interpretación no es un tema de la Filosofía del Derecho, sino de la Política". Con alguna matización, yo iría algo más allá: también para nosotros, los europeos, el problema de la interpretación es un tema de la Política y de la Filosofía del Derecho. ¿O es que, por aludir al mismo elemento contextual que aduce Oscar Correas en su crítica, el acceso de los ciudadanos a los medios de comunicación de masas es equitativo en algún sitio? ¿Es que la formación que reciben los juristas en nuestras Facultades de Derecho va mucho más allá de un adoctrinamiento dogmático para el ejercicio técnicamente

competente de la profesión? ¿Qué cantidad de reformas estructurales (de la estructura organizativa del poder judicial y de muchas otras estructuras sociales y políticas) no sería preciso acometer a fin de poder hablar con todo realismo de un razonamiento judicial más o menos legítimo?

Más aún, la legitimidad del razonamiento judicial depende también de la legitimidad del derecho que tienen que aplicar los jueces. Dificilmente puede resultar legítima la decisión judicial si las normas que han de ser aplicadas son discriminatorias y el sistema jurídico no deja ningún resquicio para una práctica emancipadora. ¿Qué razonamiento puede elaborar un juez obligado por un ordenamiento jurídico que ya desde el momento legislativo restringe las libertades básicas, que ignora los intereses específicos de amplios sectores sociales, que sacraliza la propiedad privada, y que considera los derechos fundamentales como una mera declaración de intenciones sin vinculatoriedad jurídica alguna? En estas condiciones sólo cabe esperar alguna legitimidad de una práctica jurídica y judicial extramuros del sistema, verdaderamente alternativa, pero probablemente en precario y dependiente para subsistir de la tolerancia ocasional de los poderes públicos y del ímpetu de las fuerzas sociales que la apoyen.

En otros momentos no he ahorrado críticas a las democracias realmente existentes. He criticado el carácter predominantemente funcional e integrador de la interpretación judicial del derecho, su función reproductora de las relaciones sociales clasistas en una sociedad clasista (*Interpretación del derecho e ideología. Elementos para una crítica de la hermenéutica jurídica*, Universidad de Granada, 1978; *Interpretación del derecho y crítica jurídica*, México: Distribuciones Fontamara, 1994). He criticado también las deficiencias de una enseñanza acrítica del derecho, tal como se ha afianzado por regla general en la formación académica de los juristas por imperativos

sistémicos (“Sobre la ciencia jurídica dominante en la Facultades de Derecho: la crisis de la reforma”, en col. con M. Maresca, en *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, nº 20-21/1980-81, págs. 73 y ss.). Y he criticado igualmente la función manipuladora de los medios de comunicación de masas, que degradan la democracia al censurar sistemáticamente las informaciones y opiniones buscando la rentabilidad comercial o simplemente el éxito profesional a través del impacto en la audiencia (*La libertad de expresión en el Estado de derecho. Entre la utopía y la realidad*, Barcelona: Ed. Ariel, 1987).

Pero también he creído siempre que el horizonte de la crítica, despejado por la Filosofía del Derecho, está en aquellas instituciones sociales que realizan (siempre de forma problemática, siempre de forma aproximada) la igual libertad de todos. Es decir, he creído y sigo creyendo que la denuncia de los problemas sociales está inspirada en la indignación moral suscitada por la visión de la desigualdad y de la opresión. En otras palabras: que si bien el paradigma marxista es imprescindible para el análisis social, el paradigma kantiano no queda derogado por aquél, sino que es éste el que le presta a aquél su mejor orientación. El ideal es la emancipación humana, y la mejor traducción de ese ideal en la historia de las instituciones jurídicas queda reflejada por ahora en las constituciones democráticas.

Y he creído igualmente que esas constituciones democráticas (unas más, otras menos) ofrecen posibilidades para una práctica judicial progresista y emancipadora. Por eso es por lo que en mi intervención parto de la base de unos jueces que razonan en el marco del Estado democrático de derecho, en el que la constitución con sus derechos y libertades básicos vincula inmediatamente a todos los poderes públicos con toda la fuerza de la ley. Asumo este marco como algo irrenunciable y perfecti-

ble, como un punto de no retorno, pero también como un proyecto susceptible de desarrollo y de reforma. Una función judicial legítima desde el punto de vista democrático requiere una intervención política en múltiples sectores de la realidad social, una intervención que la constitución permite y que en algunos casos impone, pero también requiere un razonamiento judicial ajustado a los valores constitucionales entendidos como valores democráticos.

Por poner un ejemplo relacionado con el tema en el que insiste Oscar Correas, el de los medios de comunicación de masas: es obvio que éstos, tal como están regulados en un sistema de propiedad privada y financiación comercial, suponen un obstáculo para una comunicación pública libre, y que una opinión pública surgida bajo la influencia de tales medios no puede arrogarse una alta calidad legitimadora. Precisamente esta es la razón por la que los jueces deben interpretar el alcance de las normas que protegen la libertad de expresión y de información en sentido contrario al del derecho a la propiedad privada: porque el libre acceso de todos a la información, y la representación equitativa en los medios del pluralismo social existente, es un requisito, no suficiente, desde luego, pero esencial e irrenunciable para que pueda darse un consenso auténticamente democrático. En algunos países, los argumentos de los tribunales constitucionales apuntan en esta dirección, y es esta dirección la que hay que recorrer en democracia.

Oscar Correas me reprocha también que yo propugne como criterio de un uso democrático del derecho por parte de los jueces la defensa de la constitución, ya que “el problema es que la constitución de la democracia real garantiza un buen número de intereses y valores que, en manos de la autonomía de ciertos individuos, atentan, en una sociedad capitalista, con buena parte de los intereses y valores de la mayoría de los otros individuos”, y que excluir de la crítica

jurídica estos aspectos de la constitución supone dejar los problemas sin resolver.

Este reproche me deja un poco perplejo, porque ¿quién podría sostener que los jueces, por mucha buena voluntad que pongan en su trabajo, pueden resolver los problemas sociales causados por una constitución injusta? Desde luego, yo no lo he sostenido jamás. Como tampoco he sostenido que la constitución de la democracia real sea irrepachable en todos sus términos. Justamente de lo que se trata es de interpretar la constitución en el sentido del ideal democrático y afianzar jurisprudencialmente esa interpretación en detrimento de una práctica solidaria con los efectos discriminatorios y opresivos del poder. Pero en ese intento hay unos límites claros para los jueces, al menos claros teóricamente: el juez no puede trascender la constitución, no puede crear libremente el derecho. El juez no tiene legitimidad para ello en el Estado constitucional de derecho. Por eso la crítica que pueden hacer los jueces no es una crítica total, sino limitada por el sentido que puedan extraer de la constitución. La lealtad que le deben institucionalmente a la constitución les impide cuestionarla. Hay otros agentes sociales y políticos que sí pueden hacerlo, pero no los jueces en el ejercicio de su función jurisdiccional.

Si el juez no puede trascender la constitución, la cuestión que se suscita entonces es la de que tal vez podría reprochársele al mismo tiempo ilegitimidad a su decisión y legitimidad a su función. Si los jueces no pueden extraer del derecho nada mejor, su decisión puede que sea injusta, pero su labor de enjuiciamiento puede que no lo sea. Sobre este aspecto del problema pende la sombra de los juicios de Núremberg, una cuestión complicada que no es fácil abordar brevemente. ¿Es preferible para la sociedad preservar la lealtad de los jueces al derecho institucionalizado, o la lealtad a unos valores que podrían considerarse moralmente irrenunciables? ¿Y qué

grado de injusticia habría de padecer la norma aplicable para exigirles a los jueces infidelidad a la misma?

Hay otro tema en la crítica de Oscar Correas: el tema del universalismo moral, con su amenazante imperialismo para la moral de las comunidades que no pertenecen a la cultura occidental. También para nosotros, los europeos, es éste un tema delicado. El multiculturalismo es un problema que todos cada vez nos vemos más urgidos a afrontar. Lamento que no haya espacio aquí para dedicarle toda la atención que merece. Sólo quisiera decir que la legítima preocupación por la forma de vida de las diferentes culturas no debería llevarnos a un craso relativismo. Ninguna comunidad debería ser opresiva con los miembros individuales que la integran. Y, aunque la autonomía individual sólo pueda ser entendida y ejercida en el interior de los diferentes marcos culturales en que los individuos viven y actúan, al menos en un sentido los derechos individuales representan un límite para toda comunidad: como derechos necesarios para participar equitativamente en el desarrollo y en el cambio de la forma de vida colectiva.

Esta igual libertad de todos no tiene por qué conducir al olvido de las diferencias entre distintos grupos culturales y al abandono de las minorías en manos de las mayorías, que podrían imponer sus preferencias sobre aquéllas. Antes al contrario: la igual libertad de todos es el presupuesto legitimador del reconocimiento de las diferencias. Puesto que cada individuo adquiere su identidad a partir de un contexto cultural, la protección del individuo puede exigir la protección de la cultura en la que se integra, con sus derechos específicos. El universalismo moral es compatible con estos derechos. Pero también traza sus límites, porque esos derechos no deberían llegar hasta el punto de suprimir la igualdad moral de sus miembros (Es bastante esclarecedor sobre este tema Will Kymlicka:

Multicultural Citizenship. A Liberal Theory of Minority Rights, Oxford: Clarendon Press 1995).

* * *

Pasando ya a abordar el comentario de Carlos María Cárcova, quisiera referirme en primer lugar a la observación que hace respecto al punto de vista interno sobre el derecho. En mi intervención, retomando la característica distinción de Hart, yo parto de la idea de que es este punto de vista el que están los jueces permanentemente obligados a adoptar, lo cual les lleva a aceptar el derecho con un compromiso político-moral y a hacerse responsables ante los ciudadanos de las decisiones que toman.

Reconozco que la alusión al punto de vista interno puede ser confusa, por lo que me apresuro a aclarar que la empleo en este contexto no para referirme a un criterio epistemológico, necesario para percibir el significado normativo del derecho, sino en un sentido más fuerte: precisamente como un criterio moral. Hart distingue el punto de vista interno del externo a efectos analíticos. Para Hart el punto de vista interno es el que permite distinguir el lenguaje normativo del lenguaje de los hechos. Basta colocarse en el lugar de un hipotético participante en el juego del derecho para percibir el sentido específico de categorías como las de validez, derecho subjetivo y obligación jurídica, un sentido que no puede ser expresado en categorías descriptivas, causales o probabilísticas. Kelsen ya se había ocupado de esta distinción al referirse al principio de imputación, propio de la ciencia jurídica, y distinguirlo del principio de causalidad. Pero cuando los jueces realizan su función, no solamente tienen que adoptar este punto de vista, sino que tienen que aceptar el contenido del derecho como algo actualmente vinculante, y, además, vinculante moralmente. La adopción de este punto de vista es lo que distingue la

interpretación histórica de la interpretación dogmática, la labor del exegeta que trata con unos textos jurídicos ya hace tiempo derogados, de la del jurista preocupado por aplicar la ley al presente. En mi *Interpretación del derecho e ideología*, citado anteriormente, le dediqué algunas páginas a la distinción entre estos dos tipos de interpretación, que E. Betti califica respectivamente como cognitiva y como normativa o práctica (*Interpretazione della legge e degli atti giuridici*, Milán, 1971, 2ª ed., pág. 62).

Por supuesto, la adopción de este punto de vista no excluye la incidencia de valoraciones externas en el proceso de elaboración de la decisión judicial. Al contrario, es este punto de vista el que hace que esas valoraciones sean relevantes en el razonamiento de los jueces y orienten su interpretación del derecho en un sentido actual, que puede ser discrepante del originario. Siempre con la salvedad de que esas valoraciones externas han de ser filtradas y procesadas por el sistema jurídico en vigor, y deben encontrar en él un punto de inscripción si se quiere evitar la arbitrariedad.

Otra de las observaciones de Carlos M. Cárcova hace referencia a la influencia de las ideas de Dworkin y de Ferrajoli en mi intervención, al hablar del tema de los principios. Él no encuentra compatibilidad entre ambos autores en torno a dicho tema, compatibilidad que al parecer yo sí podría afirmar. Pues bien, no la afirmo. El positivista crítico que es Ferrajoli, tal como él mismo se califica, no resulta del todo compatible con el crítico del positivismo que dice y demuestra ser Dworkin. El recurso que hago a las ideas de Dworkin y de Ferrajoli no implica una aceptación global de sus respectivos discursos, sino sólo una aceptación de algunos argumentos que me parecen valiosos para apoyar una concepción no positivista de la interpretación del derecho, aunque tampoco éticamente objetivista.

No es éticamente objetivista en el sentido de que no podemos confirmar jamás

que el argumento substantivo en el que apoyamos una decisión sería aceptado objetivamente (es decir, intersubjetivamente, por todos los afectados) en condiciones ideales, aunque siempre que lo enunciemos estemos convencidos de su aceptabilidad objetiva. Por tanto tenemos que ser conscientes de su provisionalidad, y de la posibilidad de que sean otros los argumentos realmente aceptables. Sería una especie de falacia racionalista el deducir del presupuesto lingüístico-transcendental de aceptabilidad universal de una norma como la única correcta, la cualidad de ser efectivamente la única correcta.

Y tampoco es positivista porque los argumentos de principio no dependen sólo de la constitución, sino que al mismo tiempo la trascienden. La validez de la constitución no puede ser entendida y justificada sólo jurídicamente (¿existe una validez sólo jurídica?), sino también moralmente. Y el alcance de los derechos fundamentales, obtenido por vía de interpretación, no puede ser determinado por una argumentación que tome como único punto de referencia el contenido del derecho positivo. Si de lo que se trata es de precisar el alcance de ese contenido, la argumentación no puede ser autoreferencial. Lo que gobierna el empleo de los argumentos es precisamente una concepción moral del derecho.

Ferrajoli entiende los principios jurídicos como criterios de razonamiento inherentes al derecho positivo: "Estos criterios no son otra cosa que los *principios generales* del ordenamiento, esto es, principios políticos expresamente enunciados en las constituciones y en las leyes, o bien implicados en ellas y extraíbles mediante elaboración doctrinal". (*Derecho y razón*, Madrid: Trotta 1995, pág. 173). Frente a ello hay que decir que los principios jurídicos no pueden ser enteramente encerrados en el sistema del derecho positivo. Además, aunque aquéllos se encuentren reflejados en la constitución, ésta es un texto abierto,

como el mismo Ferrajoli reconoce en otro lugar: "Llegados a este punto, podemos caracterizar políticamente el estado de derecho como el modelo de ordenamiento justificado o fundamentado por fines completamente externos, declarados por lo general normativamente en sus constituciones, normas o cartas fundamentales, pero siempre de manera incompleta. Estos fines justificantes o fundamentales no sólo no se ven satisfechos (...) por su simple enunciación legal, sino que tampoco son enteramente reducibles -debido a la divergencia que asimismo subsiste entre valores ético-políticos y validez- a los enunciados por las normas positivas, tanto ordinarias como constitucionales". (pág. 886). De este inacabamiento de la constitución se deriva justamente la imposibilidad de enclaustrar el derecho infra constitucional en los referentes jurídicos estrictamente positivos.

Respecto de la aceptabilidad del resultado como criterio orientador de las decisiones judiciales, Carlos Cárcova me reprocha ir más allá de las tesis habermasianas, por cuanto que habría descuidado el papel político del derecho y habría asimilado el derecho a la moral. Citando a Habermas, recuerda que no deben confundirse los límites entre derecho y moral, y que el derecho positivo debe sus rasgos convencionales a la circunstancia de que es puesto en vigor por las decisiones de un legislador político y de que, en principio, es cambiante a voluntad. Además, según él, habría confiado con demasiado optimismo en la idea de aceptación social del resultado para validar la interpretación judicial. Pues en la denominada aceptabilidad social hay "tanta razón como manipulación, tanto acuerdo como imposición, tanto consentimiento como normalización (Foucault)".

Reconozco que mis argumentos están muy próximos a una visión excesivamente moralista del problema de la legitimidad. Quisiera aclarar que el criterio de la aceptabilidad del resultado no cancela lo que en el

razonamiento jurídico puede haber de política y de ética. El derecho no es sólo moral (universal), sino que también es un instrumento que persigue fines políticos contingentes y que asume contenidos propios de la ética inherente a una sociedad concreta. En el derecho hay espacio además para los acuerdos de compromiso cuando la situación de intereses no permite un consenso con base en intereses generalizables. Una argumentación jurídica correcta debe dar cabida a todas las consideraciones relacionadas con esos contenidos jurídicos, en tanto en cuanto han cristalizado en las disposiciones jurídicas correspondientes. Pero, además de ellas, deben tenerse en cuenta también (si es que han sido institucionalizadas, como ocurre en el Estado democrático) las exigencias derivadas del principio del discurso, que en cualquier caso sigue vigente y subordinando ese otro tipo de consideraciones pragmáticas, políticas y éticas (Habermas: *Faktizität und Geltung*, Francfort: Suhrkamp 1992, pág. 206). En cualquier caso, lo que en definitiva debe guiar al juez es lo que todos podrían aceptar, teniendo en cuenta que ese "todos" puede ser entendido con mayor o menor amplitud según la materia en discusión, desde el círculo más o menos inmediato de los afectados a la sociedad entera, o incluso a la "sociedad" de todos los seres humanos.

Lo importante, sin embargo, no es esto, porque el criterio de aceptabilidad es en cualquier caso un criterio formal y cada juez puede atribuir aceptabilidad social a decisiones diferentes. Lo importante es que a fin de que una decisión pueda conseguir aceptación, hay unos presupuestos establecidos en forma de derechos que hay que hacer valer por vía argumentativa.

Esto no supone una preterición del papel político del derecho ni una asimilación del derecho y de la moral. Significa sólo que el derecho y la moral están entrelazados, y que para poder obtener legiti-

dad el derecho debe asumir sistemáticamente los presupuestos procedimentales que confieren legitimidad. Y, por lo que respecta a la argumentación jurídica, más allá de la recuperación de los motivos políticos del legislador, y también más allá de su puro transcurrir en el marco de un procedimiento judicial institucionalizado, la orientación que aquélla requiere es la misma: la reconstrucción del sentido organizativo y procedimental de los derechos constitucionales (J. Ely: *Democracy and Distrust. A Theory of Judicial Review*, Cambridge, Mass.: Harvard University Press 1980).

Este entendimiento de los derechos como presupuestos de la deliberación y participación democráticas hace de ellos el único punto fijo en el "vértigo de la libertad comunicativa" (Habermas: *Faktizität und Geltung*, pág. 229), capaz de cuestionar todo excepto sus propias condiciones de posibilidad (M. Saavedra: "El fundamento de la democracia en la obra de Elías Díaz", en *Doxa*, nº 15-16, 1994, vol. 1, págs. 95 y ss.). No hay valores substantivos por encima del derecho, no hay una moral que pueda ser impuesta por su grado de excelencia. Sólo la deliberación puede ser afirmada como parámetro moral.

Pero si bien la libertad comunicativa, en el ejercicio de la crítica, puede cuestionarlo todo excepto eso, la crítica judicial del derecho y el uso alternativo que de él pueden hacer los jueces tiene unos límites más estrechos: los establecidos por cada constitución. Reitero de nuevo la aclaración al comentario de Oscar Correas: la crítica que pueden hacer los jueces en el ejercicio de su función jurisdiccional no es una crítica total, sino limitada por el sentido que puedan extraer de la constitución.

* * *

Finalmente, por lo que respecta al comentario de Alicia Ruiz, creo que en las aclaraciones a Oscar Correas y Carlos M.

Cárcova me he referido a algunas de las apreciaciones críticas que hace. Con otras estoy básicamente de acuerdo. Quisiera dejar claro que, efectivamente, comparto la idea de que los derechos constitucionales no son “un plexo de valores ni de principios cristalizados”. Son algo a construir de manera flexible, de manera diversa. Se puede y se debe deliberar también sobre la mejor forma de institucionalizar jurídicamente los procesos de deliberación.

Me gustaría terminar afirmando que, más allá de la paradoja contenida en el último párrafo de su escrito (“tal vez sólo pueda decirse que el fundamento moral más incuestionable de la democracia consista, precisamente, en carecer de ‘un’ fundamento moral incuestionable”), lo cierto es que el reconocimiento del otro como un igual, cuyos intereses merecen ser tenidos en cuenta y cuya voz merece ser escuchada, no es algo carente de solidez, precisamente. Es verdad que la articulación del reconocimiento de la igualdad en la forma del

reconocimiento de derechos subjetivos es algo complicado y no exento de conflictos, pero, en cuanto tal, la articulación de la igualdad como igualdad en derechos es un progreso histórico, una conquista histórica valiosa. De acuerdo con Robert Dahl (*La democracia y sus críticos*, Barcelona: Paidós 1992), la democracia se basa en el principio moral de la igualdad de los intereses de cada uno y en el supuesto empírico de que cada uno es el mejor juez de sus propios intereses. Hoy día, además de haberse ampliado el ámbito de la igualdad a todos los seres humanos, también se han ampliado las posibilidades materiales de que cada uno sea efectivamente el que mejor enjuicie sus propios intereses. Y, en los casos o en la medida en que esto no es así, es el mismo principio moral de la igualdad el que obliga a los poderes públicos a hacer lo posible para establecer las condiciones (los derechos) con base en las cuales cada uno pueda ser el mejor juez de sus propios intereses, es decir, cada uno hable su propia voz.