

## **EL JUEZ ENTRE LA DOGMÁTICA JURÍDICA Y LA CRÍTICA DEL DERECHO**

Modesto Saavedra

### **Introducción**

La dogmática jurídica y la crítica del derecho son dos modelos de ciencia jurídica radicalmente opuestos entre sí, que solamente comparten el objeto del que pretenden obtener conocimiento. Fuera del conjunto de normas que son mantenidas en vigor por el Estado, y que pueden entenderse como el objeto sobre el que recae la actividad cognoscitiva, sus objetivos y sus métodos son, en principio, totalmente diferentes. Mientras que la dogmática persigue conocer el derecho lo mejor y más certeramente posible para aplicarlo de una forma objetiva y previsible, la crítica del derecho se propone su reforma con el fin de hacerlo más adecuado y aceptable. En tanto que la dogmática jurídica recurre a los métodos y técnicas argumentativas que han sido tradicionalmente propuestos y empleados en el ámbito de las ciencias hermenéuticas para llegar a la comprensión del sentido de las normas y a la delimitación de su alcance, la crítica del derecho no se detiene en esa comprensión del sentido, sino que busca descubrir los orígenes y las funciones sociales de las normas más allá de lo que ellas mismas dicen, y procede abiertamente a su valoración una vez desvelada su relación con ese ámbito social del que surgen y en el que operan.<sup>1</sup> Los métodos y técnicas con los que la crítica obtiene sus conclusiones incluyen también, junto con el razonamiento objetivante, un reproche tendente a descalificar la obra del legislador con más o menos amplitud e intensidad. La crítica del derecho se presenta como ciencia jurídica porque intenta comprender el derecho y explicarlo, pero va más allá de lo que constituye una actividad de conocimiento en sentido estricto, ya que incluye una toma de posición ante el derecho basada en valores, que requiere una justificación que no puede ser obtenida del objeto cuyo contenido intenta conocer.

Por tanto, entre la dogmática jurídica y la crítica del derecho hay una distancia que parece insalvable para los jueces. ¿Pueden los jueces criticar el derecho en el contexto de su función jurisdiccional? Para una personalidad educada en la cultura del Estado de derecho, es decir, en el principio de legalidad, de la separación de poderes y

<sup>1</sup> Al hablar de dogmática jurídica no me refiero al planteamiento estrictamente conceptualista de la ciencia jurídica, que pretende fijar el derecho en una serie de categorías conceptuales y limitar el razonamiento jurídico al procedimiento analítico-deductivo propio de las ciencias formales. Me refiero más bien al modo de pensar y argumentar flexible e incluyente típico de los juristas, que intentan extraer del derecho en vigor todas sus consecuencias normativas, utilizando para ello los amplios recursos que ofrece la historia del método jurídico.

de la sumisión de los jueces a la ley, la respuesta parece obvia. ¿Cómo podrían los jueces descalificar el derecho que están obligados a aplicar? En el Estado de derecho los jueces no son más que mediadores entre el legislador y los ciudadanos. No hablan su propia voz, no actúan de manera autónoma, ni deciden en nombre de una justicia de la que ellos serían sus autorizados intérpretes. La ley y las demás fuentes convencionalmente establecidas se les imponen como dogmas incuestionables, y su misión profesional les obliga a actuar como portavoces de un mensaje originado en otro lugar, en la sede en la que legítimamente reside la potestad para tomar decisiones jurídicas de alcance general en representación de la soberanía popular. Por tanto, la crítica es algo que está fuera de lugar en la práctica de la jurisdicción. El juez traicionaría su misión si en vez de acatar y defender la legalidad vigente, dentro del marco establecido por la Constitución, se pusiera a cuestionarla en nombre de una legalidad distinta. Por supuesto, decir “dentro del marco establecido por la Constitución” es importante, porque el principio de jerarquía normativa permite a los jueces, eso sí, cuestionar y rechazar en su caso como inválidas aquellas normas que contradigan otras de rango superior, y como la Constitución es la norma suprema, ésta es la que establece el límite de la legalidad vigente.

Este punto de vista pertenece al sentido común de la cultura jurídica moderna, y sería insensato desmentirlo. Pero conviene matizarlo, porque lo que también es obvio es que no todo el mundo traza los límites de la actividad jurisdiccional en el mismo punto: aun aceptando el dogma de la sumisión de los jueces a la ley, no todos los jueces que ejercen fielmente la función de juzgar bajo las leyes realizan de la misma manera la tarea de interpretarlas. Por eso, la respuesta que excluye y prohíbe la crítica en el ejercicio de la jurisdicción está obligada a precisar el concepto de crítica, y a aclarar cuáles son los presupuestos y las características de la actividad consistente en interpretar y aplicar el derecho, especialmente en el marco del Estado constitucional de derecho. Y puede que la aclaración de todo esto permita hablar en algún sentido de crítica judicial del derecho, es decir, permita sostener la tesis de que el juez no está subordinado “acríticamente” al legislador.

Esta aclaración y la consiguiente defensa de una modalidad de crítica judicial del derecho es lo que pretendo hacer aquí. Y para ello voy a proceder dividiendo estas reflexiones en los siguientes apartados: en primer lugar, voy a realizar una aproximación al significado del concepto de crítica (II); en segundo lugar, haré una exposición del modelo de crítica jurídica histórica y teóricamente más influyente, la crítica marxista del derecho (III), para, a continuación, comparar este modelo de crítica jurídica con la ciencia jurídica usual, es decir, con la dogmática jurídica; esta comparación permitirá aclarar en qué sentido los jueces no pueden ser críticos del derecho y en qué sentido han de ser, por el contrario, dogmáticos (IV); por último, emprenderé una argumentación en favor de una forma de reflexión crítica en la práctica jurisdiccional que no traicione, sino que profundice en los principios que vinculan esta práctica (V).

## 1 En Torno al Concepto de Crítica

### 1.1 La crítica como enjuiciamiento racional

En principio, la crítica es el juicio o la opinión que se formula sobre la acción o el pensamiento de alguien. La palabra crítica procede del griego  $\kappa\rho\iota\tau\iota\kappa\acute{o}\varsigma$ , y significa enjuiciamiento. Frecuentemente, ese juicio o enjuiciamiento tiene un carácter negativo: criticamos algo que no es de nuestro agrado o a alguien con el que no estamos de

acuerdo. No obstante, el juicio crítico puede ser también elogioso, y no es infrecuente que los críticos se pronuncien favorablemente sobre su objeto de enjuiciamiento sin dejar de ser críticos. En este sentido, la crítica es el *acto de juzgar de acuerdo con ciertas normas o valores*. Así es como entendemos normalmente el concepto, y así es como ejercemos vulgarmente la crítica en la vida cotidiana, tanto en la conversación mutua como en los medios de opinión, y también en la literatura y el arte. Muchas veces en un sentido peyorativo, destructivo, llevados por una actitud iconoclasta que intenta rebajar los supuestos méritos ajenos y situar a los demás o a su obra en la posición que uno estima que les corresponde. Pero no siempre es destructiva la crítica, ya que es también habitual que cuando se ejerce se destaquen tanto las luces como las sombras, y se descubra o se resalte el mérito al mismo tiempo que el defecto. Lo que se pretende, en definitiva, es proporcionar los elementos de juicio que permitan justificar una determinada actitud personal o un determinado curso de acción, un saber a qué atenerse, una orientación que disminuya la incertidumbre y garantice la confianza y la seguridad propia en los contextos de interacción social. La crítica es la respuesta a la pretensión de validez que acompaña siempre a los actos humanos de carácter intencional.

Pero la crítica es tanto más rigurosa cuanto menos se limita al mero juicio de valor, y cuanto más procede a la reflexión y al análisis científico. Con el *análisis científico* la crítica adquiere valor epistemológico y supera el nivel de la simple apreciación basada en la sensibilidad inmediata, en la actitud emocional, o en el parecer de los demás. El análisis científico, dicho de manera muy general, es aquél que permite descubrir relaciones entre las cosas (relaciones que pueden ser lógicas, causales, intencionales, funcionales, etc., según cuál sea el ámbito de la ciencia y el interés del científico). Cuando procede con rigor, eso es lo que hace la crítica: descubrir una relación que el objeto criticado mantiene con otras realidades, una relación que sin la crítica quedaría oculta a la conciencia. Sobre la base de este análisis es como se justifica el juicio de valor en que consiste la crítica. Así ocurre, por ejemplo, cuando la crítica pone al descubierto unas causas o unas consecuencias de la acción no percibidas a simple vista, cuando desvela una intención no manifiesta, o cuando advierte sobre los efectos sociales de unas determinadas instituciones o de unas determinadas creencias. Y, en efecto, en esto consiste la crítica política: en mostrar los resultados a los que conducen o los intereses a los que responden las decisiones de quien ejerce el poder; y la crítica del arte: en poner de manifiesto los valores artísticos que contiene o de los que carece una obra, y, más allá de ellos, las intenciones y determinaciones de su autor, o los efectos que produce en el pensamiento y en las actitudes del público; e incluso la crítica en el campo de las ciencias naturales: en señalar la inexistencia de una relación lógica o causal, es decir, la inconsistencia de una determinada aseveración teórica con otras firmemente aceptadas y, en último término, con los hechos empíricamente observables (según Popper, este es el método que hace progresar nuestro conocimiento del mundo -el falsacionismo-, y su formulación es lo que dió origen en su momento, frente al inductivismo a los planteamientos del "racionalismo crítico").<sup>2</sup>

<sup>2</sup> K. Popper: *La lógica de la investigación científica*, Madrid, Ed. Tecnos, 1962; *Conjeturas y refutaciones. El desarrollo del conocimiento científico*, Barcelona, Ed. Paidós, 1983; H. Albert: *Traktat über kritische Vernunft*, Tübingen, Ed. Mohr, 1968; *Plädoyer für kritischen Rationalismus*, Munich, Ed. Piper & Co., 1971. Con Lakatos el falsacionismo de Popper adquirió una forma más "sofisticada", y ahora sabemos que la crítica científica no consiste tanto en la contradicción entre teorías y hechos observados como en la contradicción entre teorías y hechos que pueden ser explicados por otras teorías alternativas, más consistentes y comprehensivas. Ver I. Lakatos y A. Musgrave (eds.): *La crítica y el desarrollo del conocimiento*, Barcelona, Ed. Grijalbo, 1975.

En cualquier caso, el juicio crítico supera el plano descriptivo de las manifestaciones humanas, y se sitúa en el nivel que permite *explicarlas*. Se distingue, por tanto, de lo que es un mero relato de acontecimientos en el estudio de la historia, por ejemplo, o de lo que es una simple descripción de la estructura de la opinión pública en la investigación social, o de una exégesis textual en el estudio de los documentos literarios. Estas son aproximaciones “acríticas” a la realidad porque no profundizan en el nivel de las relaciones que dan las claves para una justificación razonada del juicio acerca de la misma. Esta es la actitud típica del *pensamiento dogmático*, que confía en determinadas verdades y las acepta sin cuestionarlas, bloqueando la búsqueda de su enjuiciamiento racional. El juicio crítico, en cambio, equivale a *pensamiento antidogmático*, a un pensamiento que no toma las cosas por lo que parecen ser, sino que se interroga por su razón de ser, por su posición relativa y su lugar en relación con otras cosas del mundo, a fin de captar así su más pleno y auténtico significado. El juicio crítico responde a una actitud de cuestionamiento, de duda, o de sospecha, de la que pueden surgir multitud de preguntas cuya respuesta en cualquier caso priva a la realidad estudiada de su carácter infranqueable y opaco.

Por tanto, si bien la crítica es equivalente en principio a juicio de valor, el sentido más propio del término, el más penetrante y poseedor de un mayor potencial teórico, es el de *desvelamiento*. Un juicio de valor sin desvelamiento es un juicio fatuo que, en el límite, raya en la retórica del insulto denigratorio o de la alabanza servil. El desvelamiento es lo que da valor epistemológico a la crítica, es decir, el razonamiento que logra explicar el porqué y el para qué de la realidad criticada. En tanto en cuanto, la crítica aporta racionalidad al pensamiento y a la acción humanas. Desde la Ilustración, que es de donde procede el concepto moderno de crítica, ésta ha tenido el significado de disipar mediante la reflexión las creencias infundadas, los prejuicios, y las ideas y convenciones heredadas del pasado. El lema *sapere aude!*, de Kant, es el que mejor define el espíritu crítico, el espíritu que busca atenerse a la razón cuestionando todo aquello que aparece fijado como dogma. Es lo que M. Horkheimer entendía bajo el término crítica en una primera aproximación a su concepto: “el esfuerzo intelectual, y en definitiva práctico, por no aceptar sin reflexión y por simple hábito las ideas, los modos de actuar y las relaciones sociales dominantes; el esfuerzo por armonizar, entre sí y con las ideas y metas de la época, los sectores aislados de la vida social, por deducirlos genéticamente; por separar uno del otro el fenómeno y la esencia; por investigar los fundamentos de las cosas, en una palabra: por conocerlas de manera efectivamente real”.<sup>3</sup>

También el criticismo filosófico, que Kant construye tras su “despertar del sueño dogmático”, responde a ese mismo espíritu. Efectivamente, la filosofía kantiana

<sup>3</sup> M. Horkheimer: “La función social de la filosofía”, en Id.: *Teoría crítica*, Buenos Aires, Ed. Amorrortu, 1974, pp. 272 y ss., p. 287. Históricamente, la crítica moderna nace con estos rasgos en la lucha contra el Estado absolutista, y contribuye poderosamente a la formación de una esfera pública cultural y políticamente activa, que adquiere funciones de legitimación en una época en que las fuentes tradicionales de la autoridad han sido cegadas. Ver al respecto Terry Eagleton: *La función de la crítica*, Barcelona, Ed. Paidós, 1999; y el clásico estudio de J. Habermas: *Historia y crítica de la opinión pública. La transformación estructural de la vida pública*, Barcelona, Ed. Gustavo Gili, 1994 (que incluye el prólogo a la nueva edición alemana de 1990).

ambiciosa, en un intento de superar el racionalismo “dogmático” de su época (pero también, en un mismo movimiento, el empirismo escéptico de Hume) examinar las posibilidades de la razón, poner al descubierto los presupuestos y las limitaciones del pensamiento teórico, y de la experiencia moral y estética; someter a juicio, en suma, tras un proceso de reflexión, las pretensiones de la razón humana. La filosofía crítica de Kant se opone, según explica él mismo, al dogmatismo de la razón pura, la cual procede “sin una previa crítica de su propio poder”<sup>4</sup>, o, en otras palabras, se opone al dogmatismo de la metafísica tradicional, que intenta razonar sobre Dios, la libertad y la inmortalidad y “emprende confiadamente su trabajo sin tener pruebas de la potencia o impotencia de nuestra razón para tan grande empresa”.<sup>5</sup> Kant destruye con su crítica el discurso dogmático de la filosofía tradicional. Y eso lo hace, en último término, como la crítica científica procede a demoler las creencias infundadas acerca de la realidad: poniendo el pensamiento en relación consigo mismo y con el mundo exterior, a fin de demostrar su inconsistencia y denunciar sus excesos; y, positivamente, construyendo una teoría en la que cada pieza encaje de manera consistente y pueda, además, sostenerse a partir de las evidencias empíricas disponibles. Él imprime a su construcción teórica un giro trascendental, pero como crítica su intención es precisamente someter a juicio al racionalismo y a la razón desvelando sus condiciones de (im)posibilidad.

## 1.2 La relatividad de la crítica

Ahora bien, como hemos dicho, en la crítica siempre hay un criterio de valor que determina la intención aprobadora o reprobadora del que la ejerce. Ese valor puede ser la verdad, la eficacia, la justicia, la belleza, la bondad, etc. Y como la bondad, la belleza, la justicia e incluso la eficacia y la verdad, aun cuando sean valores pretendidos por todo el mundo, son percibidos siempre de manera más o menos subjetiva, la importancia de la crítica dependerá del contexto de aquéllos que comparten la forma de vida en la que rigen los valores de referencia, en la forma particular en la que son percibidos o en la configuración jerárquica en la que son aceptados por ellos. Aunque la crítica ponga al descubierto relaciones reales, caerá en el vacío y no tendrá ninguna importancia práctica si no se comparten tales valores. Lo que es una censura para unos puede ser un elogio para otros, o bien puede carecer por completo de interés. El crítico puede descalificar determinados aspectos que para él son relevantes bajo un determinado supuesto valorativo, mientras que su oponente puede ignorarlos o aceptarlos bajo otro supuesto valorativo distinto. En el fondo, esta relatividad de la crítica es insoslayable, ya que ella depende de la peculiaridad irreductible de las formas de vida en las que se aceptan y se viven los valores. Esto es lo que acerca la crítica a la hermenéutica filosófica, que convierte la interpretación y sus presupuestos existenciales, y por tanto subjetivos,

<sup>4</sup> I. Kant: Prefacio de la 2ª edición de la *Crítica de la razón pura* (Buenos Aires, Ed. Losada, 1967, 4ª ed., vol. I, p. 143).

<sup>5</sup> Id.: *Crítica de la razón pura*, op. cit., p. 151. Sobre la oposición entre la “filosofía crítica” kantiana y la “filosofía dogmática” a la que aquélla se enfrenta, vid. Kuno Fischer: “Historia de los orígenes de la filosofía crítica”, en I. Kant: op. cit., pp. 73 y ss.

en una condición ineludible de todo conocimiento.<sup>6</sup> En el caso de las ciencias empíricas la relatividad de la crítica también es insoslayable, aunque en este caso no procede tanto de lo que llamamos una forma de vida como del carácter provisional e hipotético de las teorías de las que la crítica depende.

La pregunta que surge inmediatamente es la de si está condenada entonces la crítica a agotarse en una pura manifestación de pareceres subjetivos, cuya única función sería el intento de persuadir y conmover al oponente a fin de atraerlo hacia las posiciones del crítico. No podemos abordar este problema, que no es otro que el problema de la verdad y de si existen criterios incontrovertibles para llegar a ella. Eso nos llevaría muy lejos, y no necesitamos hacerlo para seguir reflexionando sobre nuestro tema. Solamente diremos que la crítica apela a razones para convencer al contrario de lo equivocado que está. En el campo de las ciencias empíricas esas razones son, y deben ser, objetivamente contrastables en último término de acuerdo con una realidad que está ahí y que no puede ser ignorada (por mucho que queramos ver la realidad física de acuerdo con nuestras preferencias subjetivas, siempre resonará la advertencia de Galileo: *eppur' si muove!*). Aquí la relatividad del saber es, por tanto, provisionalidad más que vinculación ineludible al sujeto. En el campo de la moral y de la cultura, así como en el de las disciplinas hermenéuticas, la aceptabilidad o capacidad de convicción de esas razones dependerá, además, de la intersubjetividad más o menos abarcadora de los que discuten, de cuántos y de cuánto tengan en común como trans fondo cultural y axiológico.

De todas formas, la crítica se distingue por su intento de racionalización, por que no retrocede ante las prácticas e ideas más arraigadas. Más allá de la aceptabilidad universal de sus resultados, que es algo que difícilmente puede lograr la crítica, su auténtico valor está en su ejercicio, en el cuestionamiento como tal, que tiene la virtud de dotar de fundamentos y de ofrecer alternativas. En el cuestionamiento siempre hay un respaldo axiológico incuestionado que se da por supuesto, pero no se puede excluir la posibilidad de que en un momento dado sea tematizado y convertido en objeto de controversia. Por eso la crítica es ella misma un criterio para juzgar acerca de las formas de vida. Si la crítica impregna una forma de vida, tanto mejor para ésta: se puede afirmar la superioridad de una forma de vida en la que la crítica se ejerce libremente, por ser más consistente con la innegable aspiración del ser humano a elegir siempre aquello que aprecia como bueno.

<sup>6</sup> Todavía es ilustrativa al respecto la discusión en la que hace más de un cuarto de siglo tomaron parte Apel, Gadamer y Habermas, ente otros, en torno a la hermenéutica y la teoría crítica. Ver J. Habermas (ed.): *Hermeneutik und Ideologiekritik*, Francfort, Ed. Suhrkamp, 1971. Un eco de esta polémica en España quedó reflejado en el libro editado por D. Koniecki y J. M. Almarza-Meñica: *El pensamiento alemán contemporáneo. Hermenéutica y teoría crítica*, Madrid, Ed. Fundación Friedrich Ebert, 1985. Ver, posteriormente, J. Habermas: *Teoría de la acción comunicativa*, Madrid, Ed. Taurus, 1987, esp. vol. I, pp. 147 y ss. Y también K. O. Apel: "Idee regolative o accadere della verità. Sul tentativo di Gadamer di rispondere alla questione circa le condizioni di possibilità di un comprendere valido", en *Ars Interpretandi. Annuario di ermeneutica giuridica*, 1996, pp. 1 y ss.

### 1.3 La crítica como diálogo y la crítica como explicación

La autocomprensión de la crítica es deudora de la hermenéutica también en otro aspecto. Toda crítica tiene, como la interpretación, la *estructura de un diálogo*.<sup>7</sup> Como el intérprete, el crítico pretende llegar a un acuerdo con el autor (o el actor) sobre la cosa a la que la manifestación criticada hace referencia, intentando demostrarle en qué se ha equivocado y cuáles son las razones que le harían ver el asunto de otra manera. Porque está llevado por esa pretensión es por lo que alega razones y atiende a su vez a las que el otro pueda ofrecerle. La crítica se desarrolla así, en un sentido platónico, como una conversación sobre el objeto, que persigue la finalidad de hacer cambiar al otro su actitud o sus creencias, mejorando eventualmente la realidad criticada, e incluso aprendiendo tal vez también el crítico de lo que su interlocutor pueda ofrecerle. Así es como discurre el proceso que mantiene la vitalidad de la ciencia: como una conversación ininterrumpida en la que se intercambian argumentos dirigidos al acuerdo, es decir, a aprender de los demás y a refutar sus opiniones. En cualquier caso, la conversación, para ser crítica, deberá girar en torno a las relaciones entre el objeto criticado – el pensamiento, la acción, la decisión... – y aquellos otros aspectos de la realidad que el autor o el actor no ha sabido ver o, por el contrario, sí ha tenido el acierto de contemplar.

En este proceso de discusión puede llegar un momento en que el crítico se percate de la imposibilidad de llegar al acuerdo pretendido con el autor y rompa el diálogo argumentativo con él, quedándole sólo la salida de explicar las causas que (según él) han dado origen al error cometido por el otro. La crítica de la ideología, la crítica del inconsciente y la crítica del mito se diferencian de la crítica evaluativa o conversacional en su diferente actitud frente al autor al que se atribuye la manifestación en cuestión. En estos casos el crítico no mantiene una conversación con el autor con la finalidad de convencerlo sobre el objeto de la controversia. No se lo toma en serio. El crítico renuncia a entenderse con él en torno al objeto debido tras percibir la magnitud de la distancia que les separa, y sólo le queda buscar una explicación que aclare el origen de su error o el porqué de su ilusión. La manifestación criticada se percibe ahora simplemente como la consecuencia o el efecto de una realidad oculta que afecta al sujeto que la sostiene y a su actividad, y poner ésta de relieve es lo que pretende el crítico. Así, la ideología se percibe como una manifestación que responde a intereses que no pueden expresarse como tales (o al ejercicio opresivo del poder, necesitado de apariencia legitimadora); el inconsciente como la consecuencia de unos deseos reprimidos; el mito como una historia generada por las necesidades de subsistencia de un grupo humano que vive en condiciones precarias, etc.

Esta es una crítica de carácter externo, explicativa, frente a la crítica interna, evaluativa, cuyo modelo sería la crítica científica en sentido popperiano. Esta última se mueve en el contexto de justificación, mientras que la anterior apunta al contexto de descubrimiento. Así, hay una "crítica científica", pero también una "crítica social" de la ciencia cuando más allá de las inconsistencias teóricas se pone de relieve el contexto social al que presumiblemente responden tales inconsistencias. Toda manifestación puede ser objeto de crítica en estos dos sentidos, y para ser completa debe serlo en los dos. Pero en la crítica externa predomina la explicación, debido a la imposibilidad en que se encuentra el crítico de superar sus diferencias con el autor y de llegar a un acuerdo con él sobre el objeto criticado.

<sup>7</sup> Ver H. G. Gadamer: *Verdad y método. Fundamentos de una hermenéutica filosófica*. Salamanca, Eds. Sígueme, 1977, pp. 446 y ss.

#### 1.4 La intención práctica de la crítica

Como vemos, la crítica tiende a mejorar la realidad a la que se aplica. En ese sentido, tiene una clara *intención práctica*, una intención cuyo objetivo es la modificación o el cambio del objeto. Ciñéndonos al caso de la *crítica social*, esa intención práctica se traduce en la transformación de la realidad social existente con el fin de hacerla coincidir con los valores que el crítico entiende que son universalmente aceptables, bien dentro de la propia comunidad definida por un “nosotros” genérico, bien dentro de la comunidad del género humano. En cualquier caso, la intención práctica está impregnada de moralidad, y la crítica social no puede ser entendida sin ella.<sup>8</sup>

Como es sabido, la tradición intelectual inaugurada por Carlos Marx es la que ha cultivado con mayor consistencia científica la crítica social, y la que ha prestado a este concepto su significado e importancia. Marx asignaba a la crítica la tarea radical de eliminar todas las relaciones humanas “en las que el hombre es un ser humillado, sojuzgado, abandonado y despreciable”.<sup>9</sup> Él mismo ofrece una pieza magistral de la crítica en su “Crítica de la economía política”, en donde desvela el mecanismo oculto de la explotación capitalista, y, en muchas ocasiones, toma también como objeto de crítica asuntos tan dispares como la filosofía, la religión, los acontecimientos históricos o el derecho. En Marx la crítica es el resultado de mantener explícita y conscientemente sobre la realidad estudiada un determinado enfoque, un enfoque que responde al interés por la emancipación. Su análisis es crítico, desde luego, en cuanto mantiene y no pierde de vista la relación entre la realidad criticada y el conjunto de las relaciones sociales, a partir del cual esa realidad puede recibir su más completa explicación; pero, sobre todo, su análisis es crítico en cuanto mantiene y no pierde de vista la relación entre el propio discurso crítico y la emancipación social entendida como criterio orientativo de la investigación y base de la evaluación que explícita o implícitamente lleva consigo la crítica. Es esa referencia dialéctica a la totalidad social y la aspiración a transformar la realidad en un sentido emancipador lo que posteriormente pondrán de relieve aquellos que, en la senda de Marx, han intentado precisar el significado del concepto socio-filosófico de crítica. Me refiero, sobre todo, a los miembros de la Escuela de Francfort.<sup>10</sup>

<sup>8</sup> Ver K. Baynes: *The normative grounds of social criticism: Kant, Rawls, and Habermas*, Albany, State University of New York Press, 1992.

<sup>9</sup> C. Marx: “En torno a la crítica de la filosofía del Derecho de Hegel”, en C. Marx: *Escritos de juventud*, México, Ed. F.C.E., 1982, pp. 491 y ss.

<sup>10</sup> Efectivamente, para M. Horkheimer esto es lo que distingue a la teoría crítica de la teoría tradicional. Vid. “Teoría tradicional y teoría crítica”, en Id.: *Teoría tradicional y teoría crítica*, Buenos Aires, Ed. Amorrortu, 1974, pp. 223 y ss. También para Th. Adorno es esto lo que distingue a la teoría crítica de una concepción positivista de las ciencias sociales. Ver sus contribuciones en Th. Adorno y otros: *La disputa del positivismo en la sociología alemana*, Barcelona, Ed. Grijalbo, 1973. Ver también la interpretación “transcendental” que hace J. Habermas del interés por la emancipación en *Conocimiento e interés*, Madrid, Ed. Taurus, 1982. Sobre la oposición y debate entre los planteamientos epistemológicos de la teoría crítica de la Escuela de Francfort y otras alternativas teórico-científicas, ver A. Wellmer: *Teoría crítica de la sociedad y positivismo*, Barcelona, Ed. Ariel, 1979; también M. Boladeras: *Razón crítica y sociedad. De Max Weber a la Escuela de Francfort*, Barcelona, Ed. PPU, 1985. Ver, además, para una introducción a los aspectos metodológicos y epistemológicos de la Escuela de Francfort, G. E. Rusconi: *Teoría crítica de la sociedad*, Barcelona, Eds. Martínez Roca, 1977. Sobre la historia intelectual de la Escuela de Francfort, vid. Martin JAY: *La imaginación dialéctica. Una historia de la Escuela de Francfort*, Madrid, Ed. Taurus, 1974.

La aspiración a transformar la realidad en un sentido emancipador es una aspiración utópica. La utopía es la que presta a la crítica social su sentido de anticipación de un mundo nuevo, respecto del cual la realidad criticada es percibida como una realidad a la vez negativa y superable. La utopía acompaña siempre, expresa o implícitamente, a la crítica social. Mientras que el concepto de crítica social debe a la Escuela de Francfort su desarrollo más importante y significativo, el concepto especular de utopía, que posee una larga historia literaria y filosófica,<sup>11</sup> encuentra en Bloch una de sus versiones política y moralmente más impactantes. La utopía, según Bloch, es el proyecto que dota de esperanza a la voluntad del hombre por liberarse de un presente opresivo e injusto. La utopía es el sueño de una sociedad en la que ya no exista explotación ni dominio, en la que el hombre pueda realizarse a sí mismo sin tener que someterse a la voluntad de otros, en la que haya recuperado la dignidad perdida. Es la imagen del mundo que, partiendo conscientemente de la realidad actual, señala lo que puede llegar a ser esa realidad.<sup>12</sup>

Marx proyecta esa utopía hacia una etapa que, en el curso de la historia, culminará un progreso que él cree dominado, poniendo la dialéctica de Hegel sobre sus pies, por la evolución de las fuerzas productivas: la sociedad comunista. Pero el concepto de utopía no implica necesariamente una idea de la historia concebida en términos de progreso, cuya meta final se adivinaría en el horizonte y se alcanzaría actuando en sintonía con el curso prescrito por las leyes que la rigen. También puede entenderse vinculada a una concepción abierta de la historia: justamente como anticipación de un estado social cuyo diseño compete a los hombres mismos, capaces de trascender racionalmente la realidad dada a partir de las condiciones históricas en las que viven.<sup>13</sup>

## 2 Sobre la Crítica del Derecho, y Especialmente Sobre la Crítica Marxista del Derecho

Si entendemos la crítica como enjuiciamiento apoyado en un desvelamiento de relaciones no expresas, podemos deducir que la crítica del derecho consistirá en un enjuiciamiento del mismo basado en el desvelamiento de las relaciones existentes entre él y la realidad histórico-social de la que forma parte, la realidad histórico-social en la que aquél tiene su origen y en la que produce determinados efectos.

El desvelamiento y análisis de las relaciones que el derecho mantiene ocultas pueden ser de muy distinto tipo, según cuáles sean las preocupaciones o inquietudes del crítico. Puede haber una crítica del derecho realizada por alguien a quien le interesa

<sup>11</sup> Sobre la historia del pensamiento utópico, ver Frank E. Manuel y Fritzie P. Manuel: *El pensamiento utópico en el mundo occidental*, 3 vols., Madrid, Ed. Taurus, 1981. Ver una colección de ensayos de autores del pasado siglo sobre el pensamiento utópico, en Frank E. Manuel (comp.): *Utopías y pensamiento utópico*, Madrid, Ed. Espasa-Calpe, 1982.

<sup>12</sup> E. Bloch: *El principio esperanza*, Madrid, Ed. Aguilar, 1977.

<sup>13</sup> Ver al respecto N. López Calera: *Filosofía del Derecho*, I, Granada, Ed. Comares, 1997, pp. 35 y ss., para quien, consecuentemente, el soporte de una teoría crítica del derecho sólo puede ser una razón trascendente y a la vez relativa. También "Rechtsphilosophie als kritische Theorie", en E. Garzón Valdés (ed.): *Spanische Studien zur Rechtstheorie und Rechtsphilosophie*, Berlín, Ed. Duncker & Humblot, 1990, pp. 145 y ss.

sobre todo poner de manifiesto su hipotético carácter de clase, o bien su hipotético carácter sexista, o racista, o de alguna manera opresivo y excluyente de un determinado sector de la población, o de no tener suficientemente en cuenta las necesidades e intereses de algunos individuos o grupos de la sociedad en la que ese derecho rige. En cualquier caso, la crítica reclamará para sí la legitimidad que le niega al derecho criticado, una legitimidad basada en la creencia en la universalidad (o aceptabilidad universal) de sus propuestas normativas, y reafirmada en el hecho del desvelamiento de lo que el derecho es en realidad o de cómo realmente funciona.<sup>14</sup>

Como en el caso de la crítica social, la crítica realizada por Marx al derecho de la sociedad capitalista es ejemplar, y lo es no sólo desde el punto de vista sociopolítico, sino desde el punto de vista epistemológico, que es el que a nosotros nos interesa en este contexto. Por ello vamos a estudiar –brevemente– su forma de proceder, a fin de explorar el rendimiento que de este modelo de crítica puede extraer la teoría del derecho en orden a la configuración y la delimitación de la práctica jurisdiccional. Veamos cuáles son sus principales características.<sup>15</sup>

Por un lado, Marx emprende una crítica de la teoría jurídica dominante en su tiempo, la de la Escuela Histórica del Derecho, representada por G. Hugo y F. C. v. Savigny. Marx le reprocha a la Escuela Histórica su culto a las fuentes y su dedicación a una historia del derecho literaria e idealista, entendida como historia de los dogmas jurídicos, con la pretensión de depurarlos y sistematizarlos. Frente a esta forma de entender la ciencia jurídica, Marx afirma que “no hay historia del derecho”, y propone una ciencia jurídica realista, histórico-social, dirigida a investigar el derecho como un fenómeno social y político.<sup>16</sup> Y es que lo que hay tras el derecho no es, según Marx, el mero paso del tiempo, la secular evolución que lo precede y de la cual la Escuela Histórica entiende que es un resultado necesario y legítimo. Lo que hay tras el derecho es, más bien, una constelación de intereses y necesidades, y unas relaciones de poder, que ciertamente tienen un carácter histórico, pero que son susceptibles de modificación

<sup>14</sup> Sobre la variedad de criterios que pueden inspirar la crítica jurídica, no hay más que referirse a los estudios de los integrantes del movimiento *Critical Legal Studies*, quienes, aparte del marxismo, muestran influencias de los más diversos planteamientos teóricos y axiológicos, aunque siempre con la intención de poner de manifiesto las contradicciones del derecho y su proclividad para albergar intereses sectoriales bajo una forma universalmente aceptable. Una excelente presentación de este movimiento al lector en lengua española se encuentra en el libro de Juan A. Pérez Lledó: *El movimiento Critical Legal Studies*, Madrid, Ed. Tecnos, 1996 (con más bibliografía). El mismo autor ofrece una breve visión panorámica de otras corrientes críticas en la teoría contemporánea del derecho en “Teorías críticas del Derecho”, en E. Garzón Valdéz y F. Laporta (eds.): *El derecho y la justicia (Enciclopedia Iberoamericana de Filosofía, vol. II)*, Madrid, Ed. Trotta, 1996, pp. 87 y ss. El libro de Antonio C. Wolkmer: *Introdução ao pensamento jurídico crítico*, São Paulo, Ed. Acadêmica, 1995, ofrece también información sobre las distintas tendencias de la teoría jurídica crítica en las últimas décadas, sobre todo de las que han surgido en el ámbito geográfico de América latina, donde la crítica del derecho ha tenido una especial relevancia teórico-práctica debido a las circunstancias socioeconómicas y políticas de los países de ese área.

<sup>15</sup> Sobre la crítica del derecho llevada a cabo por Marx son especialmente esclarecedores los análisis que Wolf Paul realizó en los años 70, y que son los que nos sirven de guía en este trabajo. Ver la bibliografía citada a continuación.

<sup>16</sup> W. Paul: *Marxistische Rechtstheorie als Kritik des Rechts*, Franckfort/M., Ed. Athenäum, 1974, pp. 43 y ss. También “Marx versus Savigny”, en *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, n1 18-19, 1978-79, pp. 243 y ss.

mediante la acción humana consciente. Marx acusa a la Escuela Histórica de quietismo, y se dirige “contra la idea de que hay un proceso natural y orgánico en las cosas, que las lleva a ser lo que son y les presta con ella una justificación inmanente; un proceso, por ello mismo, del que está eliminado por principio el hacer de los hombres”.<sup>17</sup>

Por otro lado, Marx realiza una crítica de la legislación de su época. A ella se dedica en 1842 como redactor de la “Gaceta Renana”, al comentar los debates de la “Sexta Dieta Renan”. El objeto concreto de la crítica fue la limitada libertad de prensa de Prusia, la precaria situación de los viticultores del Mosela, ignorada por la burocracia prusiana, la recogida de leña en los bosques privados de Renania, que quería ser impedida penalmente, y el proyecto de ley de divorcio redactado por Savigny. En esta crítica, Marx pone de manifiesto las contradicciones existentes entre los principios normativos oficiales y la práctica legislativa que se daba de hecho. Esa contradicción la explica Marx a partir de la situación social existente y de los intereses materiales subyacentes a ella. Concretamente, en el caso de la ley sobre el hurto de leña, Marx descubre “la ‘lógica de la ventaja personal’ o del ‘interés’ en la legislación, a saber: que los intereses económicos privados determinan y originan el establecimiento del derecho por el Estado, que de la idea del derecho como eticidad públicamente reinante sólo queda la apariencia. *La idea se convierte en ideología*”.<sup>18</sup> La ideología consiste precisamente en ese enmascaramiento que de la realidad hace el legislador bajo la apariencia de la eticidad. Una ley represiva se presenta con el carácter de legitimidad formal, pretendiendo responder a principios generales del derecho penal, cuando lo que de verdad ocurre es “una corrupción del derecho mediante la ley”, una ley que tiene como función “imponer los intereses económico-políticos de la clase dominante frente a los intereses de las capas sociales inferiores de una manera desproporcionada y sin embargo formalmente legítima.”<sup>19</sup>

Como subraya Wolf Paul, esta crítica de la legislación es el acto de nacimiento de la crítica marxista de la ideología y de la teoría crítica del derecho, y revela ya las características de esta última: siguiendo la terminología empleada por Paul, la crítica de Marx es “inmanente” (en el sentido de un diagnóstico diferencial, que pone a prueba la relación entre principios oficiales y praxis efectiva del derecho); es una “investigación sociológica de la situación del derecho” (analiza la actividad legislativa desde la perspectiva de la situación total, a la vista de sus motivos prácticos, funciones y efectos); es “transcendente” porque apunta a un horizonte normativo que justifica la crítica (que puede ser extraído de textos más tardíos, y que consiste en los postulados de la autodeterminación y de la autorrealización); y es “práctica” porque aspira al cambio del derecho existente dentro de un cambio esencial de la sociedad.<sup>20</sup>

Un tercer aspecto de la crítica de Marx al derecho puede constatar en la crítica al derecho burgués como categoría sistemática. Con ayuda del procedimiento crítico-ideológico inaugurado en sus comentarios a la legislación, Marx intenta posteriormente un análisis del derecho burgués moderno como sistema. En todos los

<sup>17</sup> F. González Vicén: “La crítica de Marx a la Escuela Histórica”, en Id.: *De Kant a Marx (Estudios de historia de las ideas)*, Valencia, Fernando Torres Ed., 1984, pp. 175 y ss., p. 187.

<sup>18</sup> W. PAUL: “Der aktuelle Begriff marxistischer Rechtstheorie”, en H. Rottleuthner (ed.): *Probleme der marxistischen Rechtstheorie*, Franckfort/M., Ed. Suhrkamp, 1975, pp. 72 y ss., p. 83.

<sup>19</sup> *Ibidem*, p. 84.

<sup>20</sup> *Ibidem*, pp. 84-85.

textos relevantes a partir de 1843 se dan pruebas de esa pretensión, enmarcada, como es característico de su obra, en un análisis global de la sociedad burguesa, cuya anatomía, cuyo “secreto más recóndito” va a ser la economía política. Así pues, Marx critica el derecho burgués en el marco de una crítica de la economía política capitalista. Es el análisis de esta última el que permite denunciar las funciones reproductoras y al mismo tiempo ideológicas del derecho. Sólo descifrando el sistema capitalista de producción y de distribución puede comprenderse el papel del derecho, esencial y constitutivo de ese sistema pero que, paradójicamente, lo hace opaco y lo desfigura.

El modo de producción capitalista es un sistema de desigualdad social que, organizado en un sistema de formas y relaciones jurídicas abstractas, aparece como un sistema de igualdad social formal. En las formas jurídicas, la relación real de explotación del hombre por el hombre aparece de forma distinta a como de hecho es: aparece como una relación de libertad y justicia, legitimada por el consentimiento y la autonomía de la voluntad. “A nivel de sujetos jurídicos, todos aparecen como libres e iguales; a nivel de derechos subjetivos, la propiedad se convierte en derecho eterno. Por ejemplo, la concreta relación de trabajo, desigual y expropiadora, aparece bajo la forma jurídica del contrato de trabajo como derecho de la libertad y del intercambio equivalente.”<sup>21</sup> El derecho formal expresa directamente la lógica funcional del mercado, y en cuanto tal, aparece como algo natural e inatacable. Lo que ese derecho no expresa es lo que ocurre en la producción: la apropiación privada de la plusvalía, que hace del intercambio equivalente un intercambio desigual, de las relaciones voluntarias y consentidas, relaciones de explotación y dominación, y, por fin, de la igualdad individual, división y conflicto de clases. De ahí que Marx pueda acusar al derecho burgués de ser un derecho de clase, de expresar la voluntad de la clase dominante.<sup>22</sup>

### 3 La Adhesión al Derecho como o Presupuesto de la Dogmática Jurídica

Así pues, en la crítica de Marx al derecho, éste aparece como manifestación de un poder opresivo e injusto, pero ejercido de forma legítima al quedar enmascarado en principios y categorías moralmente aceptables. Este desvelamiento es posible porque la perspectiva crítica no considera el derecho como algo independiente, cuyo significado pudiera ser percibido a partir sólo de sí mismo. La perspectiva crítica penetra en la relación que el derecho, que es una realidad normativa y apela a justificaciones morales,

<sup>21</sup> W. PAUL: “Existe la teoría marxista del derecho?”, en *Sistema*, n1 33, nov. 1979, pp. 65 y ss., p. 82.

<sup>22</sup> *Ibidem*, p. 83. Esta crítica del derecho como categoría sistemática apunta a la misma forma jurídica, no a los contenidos concretos, desvelando su historicidad y su parcialidad a partir del ámbito material de las relaciones productivas que la misma forma jurídica constituye en la práctica. Inspirándose en Marx, la crítica del derecho como categoría sistemática ha sido desarrollada sobre todo por E. Paschukanis (*Teoría general del derecho y marxismo*, Barcelona, Ed. Labor, 1976) en la antigua Unión Soviética, y, fuera de ella, por U. Cerroni (*Marx e il diritto moderno*, Roma, Ed. Riuniti, 1972; *Introduzione alla scienza sociale*, Roma, Ed. Riuniti, 1976). Por otra parte, de entre las contribuciones actuales a la teoría crítica del derecho desde una perspectiva marxista, el libro de Ó. Correas: *Crítica de la ideología jurídica. Ensayo sociosemiológico*, México, UNAM, 1993, representa un elaborado y muy apreciable intento de establecer, sobre bases teóricas modernas, semiológicas y sociológicas, las características y los métodos de dicha crítica.

mantiene con otro sector de la realidad, con el mundo de la producción y del intercambio de mercancías, y el descubrimiento de esa relación convierte el derecho en algo inadmisibile: pierde su apariencia de legitimidad al quedar de manifiesto su verdadero sentido, un sentido que el derecho recibe a partir de la función económico-social que desempeña. Es esa función del derecho, es decir, el funcionamiento de las normas e instituciones jurídicas en el contexto de una formación social capitalista, lo que da lugar a una realidad de injusticia y opresión.

Este descubrimiento no puede menos que resultar incómodo a la ciencia jurídica establecida, la dogmática jurídica, que aparece radicalmente cuestionada junto con el derecho a cuya aplicabilidad colabora. Queda así de manifiesto la incompatibilidad existente entre la dogmática jurídica y la crítica del derecho realizada de esta manera: la dogmática jurídica no puede aceptar las conclusiones a las que llega una ciencia jurídica que pone en cuestión los fundamentos de legitimidad del derecho establecido.

Efectivamente, la misión de la dogmática jurídica es preparar el programa normativo del derecho para su cumplimiento y su aplicación. Parte, por tanto, de un supuesto incuestionado e incuestionable: la legitimidad moral del derecho en vigor sobre la base, en su caso, de la Constitución como norma suprema del Estado. Para la dogmática, el derecho precisamente es un dogma que no puede ser discutido. El dogmático no pone ni puede poner en cuestión el derecho, sino que acepta su validez como el teólogo acepta la verdad del evangelio.<sup>23</sup> Su actitud ante el derecho está presidida por el punto de vista interno, al que Hart se refirió, como sabemos, para calificar la perspectiva del participante, del “miembro del grupo que acepta las reglas y que las usa como guías de conducta”.<sup>24</sup> Un punto de vista interno que en el caso de los jueces, que son al fin y al cabo los destinatarios de la dogmática jurídica, no designa únicamente el punto de vista de la normatividad, o sea, de la relación lógica de deber existente entre las normas y la acción, sino que designa además la aceptación del derecho como merecedor de obediencia, como criterio correcto o apropiado de conducta.<sup>25</sup>

Ya Kelsen quiso expresar esta adhesión de la dogmática jurídica al derecho que aplica mediante la formulación de la *Grundnorm*, ese “supuesto transcendental” del pensamiento jurídico (dogmático) que confiere una validez hipotética al derecho. Mediante la *Grundnorm*, el jurista “supone” que el derecho es válido, y este supuesto es el que le permite elaborar normativamente el derecho como un conjunto de enunciados de derechos y deberes. La *Grundnorm* es la que funda el sentido específico del lenguaje jurídico y la que permite tratar el derecho desde el punto de vista de la práctica jurídica profesional.<sup>26</sup>

<sup>23</sup> La similitud entre jurisprudencia y teología es algo que ha sido puesto de relieve una y otra vez desde hace mucho tiempo, debido al carácter sagrado que se les adscribe a los textos que ambas disciplinas adoptan como referente. Recientemente, el teólogo Hans Küng lo ha repetido una vez más al decir que “El evangelio de Jesucristo, por más que lo sometamos a la investigación histórico-crítica, tiene para el teólogo un valor de verdad al que no puede renunciar, igual que le sucede al historiador con la Historia o al jurista con la Constitución”, en “Religión: cambio de paradigma”, *Debats*, n° 72, 2001, pp. 39 y ss., p. 40.

<sup>24</sup> *El concepto de derecho*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1968, p. 111.

<sup>25</sup> *Ibidem*, p. 144.

<sup>26</sup> Acerca de esta relación entre dogmática jurídica y teoría pura del derecho, ver M. Saavedra: “La fundamentación kelseniana de la dogmática jurídica”, en Id.: *Interpretación del derecho y crítica jurídica*, México, Distribuciones Fontamara, 1999 (2ª ed.), pp. 31 y ss.

Ciertamente, la validez a la que se refiere Kelsen es una validez puramente jurídica, equivalente al sentido normativo de la obligatoriedad: significa que el derecho es vinculante, que “debe” ser cumplido y aplicado. Hoy sabemos, sin embargo, que a la práctica jurídica no le basta un supuesto de ese tipo, es decir, sabemos que es impensable una validez puramente jurídica, independiente de connotaciones morales.<sup>27</sup> La dogmática jurídica, que pretende entender el mensaje normativo del derecho para llevarlo a la práctica, no puede cumplir su labor sin adoptar una actitud de participación en la producción de ese mensaje. Todo aquel que quiere entender un texto tiene que adoptar esta actitud. No puede distanciarse del texto con la pretensión de exponer su significado en un sentido puramente descriptivo. No entendería nada si no pudiese repetir “productivamente”, por decirlo así, las razones que han llevado a su creación y que son capaces de justificarlo. Tiene que tomar en serio las razones del texto, lo mismo que el sociólogo o el antropólogo tienen que tomar en serio las razones de los participantes en un determinado contexto de acción para poder entender dicha acción.<sup>28</sup> Tomar en serio las razones del texto, estar en condiciones de repetir las productivamente, equivale a tomar en serio sus pretensiones de justicia, y eso supone aceptarlas inicialmente. El jurista profesional, como todo intérprete del derecho, obligado por sus objetivos de *comprensión*, no tiene más remedio que actuar como un participante que acepta (al menos inicialmente, como digo, o, si se quiere, hipotéticamente) la validez moral del derecho en su conjunto. Por eso la *Grundnorm* kelseniana debería ser reinterpretada para que pudiese ser la expresión de esto: que el jurista que colabora en la reconstrucción y aplicación del derecho supone siempre, en virtud de su predisposición hermenéutica, la legitimidad o validez moral del derecho. Efectivamente, cuando el jurista se enfrenta a un problema interpretativo, intentará averiguar cuál es el sentido de la ley, y para ello tendrá que remitirse a aquello que la ley presupone: los fines pretendidos por su autor, los principios y valores que la cualifican, las razones sociales de su existencia. Deberá ponerse de parte de la ley y repensar lo que el legislador pensó en su momento o debería haber pensado en las circunstancias actuales. Es imposible, por tanto, esa actitud de neutralidad pseudocientífica ante el derecho con la que el positivismo pretende dotar al jurista y a la dogmática jurídica. Antes al contrario, tanto el jurista como la dogmática jurídica están epistemológicamente obligados a compartir con el legislador la pretensión de que el derecho es justo.<sup>29</sup>

<sup>27</sup> Ver, sobre todo, R. Dworkin: *Los derechos en serio*, Barcelona, Ed. Ariel, 1984; *Law's Empire*, Cambridge, Mass., Harvard University Press, 1986. Pero, antes que él, la hermenéutica jurídica alemana ya había puesto de manifiesto la interconexión entre el derecho formalmente válido y unos valores pre- o supra-jurídicos, es decir, la existencia de un nexo conceptual necesario entre la validez jurídica formal y la moral. Con importantes diferencias, las obras de J. Esser y A. Kaufmann avalan esta vinculación. Decir esto no equivale, evidentemente, a atribuir validez al derecho por su dependencia respecto de “un” determinado sistema moral, al que se supone legítimo. Equivale, más bien, a considerar el derecho como un aspecto del mundo moral. Ver ahora R. Alexy: *El concepto y la validez del derecho*, Barcelona, Ed. Gedisa, 1997.

<sup>28</sup> Ver J. Habermas: *Teoría de la acción comunicativa*, vol. I, *op. cit.*, p. 155.

<sup>29</sup> Contra lo que algunos sostienen (por ej., M. Barberis: “Il sacro testo. L'interpretazione giuridica fra hermeneutica e pragmatica”, en *Ars Interpretandi. Annuario di ermeneutica giuridica*, 4, 1999, pp. 273 y ss.), esta sacralización del texto, propia de la dogmática, no excluye una aproximación pragmática al texto, aunque sí la consideración exclusiva del mismo bajo ese punto de vista. Por aproximación pragmática hay que entender la referencia del texto al contexto en el que se produjo como un específico acto lingüístico, por lo que la intención original y las circunstancias del momento en que vivían los autores sería lo que importa. Pero realmente, si la dogmática lo que exige es tomar en serio el texto como vehículo de la verdad, ella no excluye la investigación del contexto en que esa verdad fue formulada, siempre y cuando dicha investigación no redunde en perjuicio de la credibilidad que pretende tener el texto.

Pero si esto es así, hay que admitir, por otro lado, que para comprender el sentido de la ley el jurista debe proceder a una reflexión sociológica y filosófica en conexión y en continuidad con la reflexión sociológica y filosófica que haya realizado el legislador. Esto significa que no se puede separar la dogmática jurídica del resto de las ciencias sociales ni de la filosofía del derecho. No hay una verdadera solución de continuidad entre estos tipos de saber. La dogmática de la que hablamos aquí, como dije al principio, no es la concepción estrechamente científicista que entiende como dogma la dicción literal del texto o las elaboraciones lógicas y conceptuales, y que prescinde de consideraciones relativas a intereses, valores y principios. La dogmática jurídica lo es desde el momento en que toma el texto normativo como portador de un sentido valioso cuya aclaración y alcance para el caso concreto pretende fijar mediante los criterios hermenéuticos consagrados en el pensamiento jurídico. Las ciencias sociales y la filosofía del derecho contribuyen a precisar ese sentido, y por ello son indisolubles de la dogmática jurídica. La interdisciplinariedad es consustancial al pensamiento y al razonamiento jurídicos.

Por tanto, la característica más genuina de la dogmática (bien entendida y bien practicada) no es su concepción aislacionista del derecho, sino su actitud receptiva frente a él, una actitud que procede del hecho de aceptar su pretensión de validez. Movido por esta actitud, el jurista procede a dialogar con el legislador, tomándolo como un interlocutor que tiene algo que decir. Se deja aleccionar por él y en ningún caso pretende imponerse a sus ideas y decisiones. Comparte con él la creencia en la necesidad de regulación y en la justicia de la regulación adoptada. Hay una base común, una comunidad de intereses entre él y el legislador, y esto es lo que hace que sea receptivo al mensaje del derecho. Sobre esa base procederá a entender el mensaje del legislador de la forma más completa posible, sin desvalorizarlo y sin siquiera recluirlo en su envoltura literal, sino extrayendo de ella toda su plenitud de sentido.<sup>30</sup>

Sin embargo, la crítica jurídica en el sentido de Marx supone una ruptura de la continuidad entre el plano del texto y el del intérprete, una ruptura de la comunidad que garantiza su entendimiento mutuo. La ciencia jurídica deja de ser dogmática y se convierte en crítica (en el sentido fuerte de Marx) cuando se produce esa ruptura. Y la ruptura se produce cuando el intérprete a través de su investigación llega a percibir el carácter ideológico del derecho, es decir, la contradicción entre su sentido aparente de universalidad y el sentido, más profundo, de particularismo derivado de la función que verdaderamente desempeña. Lo que distingue a la crítica del derecho como ideología es su carácter desmitificador, el intento de poner de manifiesto la no-verdad del derecho, su injusticia derivada de la parcialidad de los intereses a los que, según ella, el derecho responde. El intérprete (dogmático) se convierte en crítico cuando empieza a sospechar del derecho y, llevado por esa actitud de sospecha, acaba desenmascarándolo como algo inaceptable, extraño o ajeno. Su perspectiva deja de ser una perspectiva dogmática

<sup>30</sup> Evidentemente, esta actitud no puede dejar de tener las consecuencias señaladas por las teorías realistas de la interpretación del derecho, relativas al carácter creativo, y no rígidamente determinado por la ley, del razonamiento judicial. "Es la misma *fidelidad* a la ley, entendida como diálogo con ella, lo que hace a la jurisprudencia *creadora*", dice A. Ollero en *¿Tiene razón el derecho? Entre método científico y voluntad política*, Publicaciones del Congreso de los Diputados, Madrid, 1996, p. 237; quien, por otro lado, califica la actividad jurídica (o judicial) como "filosofía práctica", con la interpretación (en el sentido de la hermenéutica existencial) como "centro de gravedad" (*ibidem*).

al no poder mantener la fidelidad que lo unía al legislador. Entonces, el crítico adopta la actitud *explicativa* del que busca encontrar las razones del fracaso moral del derecho. Cuando se confirma su sospecha, deja de cooperar con el legislador en el mantenimiento del orden jurídico. Para el crítico sólo cabe la derogación de ese orden.<sup>31</sup>

Por eso, la reflexión que los jueces hacen sobre el derecho en un Estado de derecho no puede ser crítica en este sentido. Como dije al principio, en el Estado de derecho los jueces son unos colaboradores cualificados en el mantenimiento del orden jurídico, y sería contradictorio con los principios más básicos de este tipo de Estado abogar por una práctica jurisdiccional que llegase a cuestionar el derecho en vigor y a trastocar el sistema de fuentes establecido. Bajo el principio de legalidad, los jueces deben ser “comprensivos” del derecho en vigor en un sentido hermenéutico, lo que quiere decir que deben ser comprensivos de él y comprensivos con él. La actitud que gobierna su actividad no puede ser sino una actitud dogmática, y no crítica en el sentido de la crítica de la ideología. Si en su estudio del derecho llegasen a percibir un disvalor jurídico imposible de subsanar dentro de los márgenes del sistema, si en su análisis de los aspectos sociales del derecho descubriesen determinados efectos imposibles de asumir moralmente, no podrían ejercer la práctica jurisdiccional. Y si a pesar de todo la ejercieran, estarían violentando su propia conciencia moral, o, alternativamente, el principio de legalidad (que también, no lo olvidemos, es en último término un principio moral) si es que optan por ignorar o desvirtuar el derecho en vigor, o los hechos del caso. Claro que, para paliar la violencia moral que supone convertirse en artífices o ejecutores de una determinada injusticia, siempre les queda la opción de aplicar el derecho (que ellos creen injusto, pero que están obligados a aplicar) y advertir al legislador de la necesidad de cambiarlo o de corregir sus efectos en el caso concreto mediante el indulto de la persona que resultó condenada.<sup>32</sup>

Esa advertencia al legislador (crítica, claro está) no dejaría de ser equivalente a la crítica que cualquier ciudadano podría hacer de cualquier aspecto de la legislación, es decir, una crítica que no tiene efectos jurisdiccionales y que los jueces pueden realizar evidentemente en cuanto ciudadanos, unos ciudadanos privilegiados, eso sí, por su proximidad al derecho y a los hechos. No es infrecuente este tipo de advertencias

<sup>31</sup> Me he referido a esto en M. Saavedra: «Interpretación del derecho y democracia», en *Travesías* (Universidad Internacional de Andalucía, Santa María de la Rábida), Año I, N1 I, julio-diciembre 1996, pp. 235 y ss.

<sup>32</sup> Tal como establece el art. 4.3 del Código Penal. De una manera similar expresa Duncan Kennedy las opciones que tiene el juez que percibe una contradicción entre las exigencias del derecho y sus propias convicciones acerca de “lo que el derecho debería decir”. Según él, el juez podría optar por: 1. Obedecer y aplicar la ley, acompañando su decisión con una opinión crítica urgiendo su reforma. 2. Retirarse del caso. 3. Decidir contra la ley sobre la base de cómo debería ser el derecho. 4. Decidir contra la ley sobre la base de un argumento jurídico implausible. 5. Decidir contra la ley sobre la base de hechos falsos. Y sostiene la opinión de que ninguna de estas opciones puede ser apoyada ni excluida *a priori*, dependiendo de las circunstancias la justificación final de cualquiera de ellas (“Freedom and Constraint in Adjudication: A Critical Phenomenology”, *Journal of Legal Education*, 36, 1986, pp. 518 y ss., p. 558). M. Atienza llama trágicos a casos como éstos, y a otros similares, en los que la decisión por la que optase el juez implicaría el sacrificio de un valor fundamental desde el punto de vista jurídico o moral. Ver M. Atienza: *Las razones del Derecho. Teorías de la argumentación jurídica*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1991, p. 252; también “I limiti dell’interpretazione costituzionale. Di nuovo sui casi tragici”, en *Ars Interpretandi, Annuario di ermeneutica giuridica*, n° 4, 1999, pp. 293 y ss.

judiciales al legislador. Pero ellas en el fondo responden a una actitud perfectamente dogmática por parte del juez, en la medida en que éste deja de imponer la decisión que cree hubiera sido más justa al estimar que el mantenimiento de la lealtad al legislador (bajo el principio de legalidad penal, por ejemplo) tiene un mayor peso moral que la solución que sería equitativamente exigible.<sup>33</sup>

En cualquier caso, entre las opciones con las que cuentan los jueces que no están conformes con las consecuencias de la aplicación de una determinada norma, está también la posibilidad de “usar alternativamente el derecho”. Ahora bien, como práctica jurisdiccional en el marco del Estado constitucional, cualquier aplicación alternativa del derecho es también deudora del principio de legalidad, de una legalidad ampliada, evidentemente, hasta abarcar la Constitución misma y el sentido que ésta proyecta sobre todos los sectores del ordenamiento jurídico. También los juristas alternativistas confían en la ley y/o en los principios jurídicos y les asignan la credibilidad que necesitan para actualizar su pretensión de validez. De ninguna manera llegan a romper por completo el consenso básico que les une con el legislador, aunque realicen una actividad innovadora respecto de la doctrina y jurisprudencia dominantes entre los profesionales del derecho. Ir más allá de esto es regresivo y equivale a situarse en una posición premoderna, en la que el gobierno de los hombres era preferible al gobierno de las leyes, y el paternalismo se daba la mano con el despotismo.<sup>34</sup>

Así pues, los jueces están obligados, por la función que realizan, a adoptar una posición y a mantener una actitud de lealtad al legislador, o sea, de fidelidad al orden jurídico como un todo, con la Constitución a la cabeza. Este deber de fidelidad no es, obviamente, el deber de prestar obediencia o acatamiento al que están obligados todos los ciudadanos, especialmente los poderes públicos, y que en nuestro país se formula expresamente en el Art. 9.1 de la Constitución. El deber de lealtad de los jueces al legislador (o al orden jurídico como un todo) exige un compromiso moral, una adhesión interna, porque su origen está en el diseño de la función de juzgar en el Estado de derecho, que está vinculada al principio del imperio de la ley. No se entendería bien esta

<sup>33</sup> Como ilustración, podemos mencionar el caso resuelto recientemente por el Juzgado de lo Penal nº 3 de Barcelona, reseñado por la prensa nacional (Vid. el diario *El País* de 9 de septiembre de 2001). En él el juez advierte de las lagunas que plantea el art. 153 del vigente Código Penal, que castiga específicamente la violencia doméstica, pero no cuando se ejerce contra la pareja con la que se ha dejado de convivir, sino únicamente cuando la pareja convive en el mismo domicilio. Por ese motivo, y a pesar de darse en el caso en cuestión el requisito de la habitualidad, exigido por la ley, el juez asegura que no puede castigar al agresor de acuerdo con lo que prevé el mencionado artículo, al faltar el requisito de la convivencia conjunta, “a pesar –según él– de que sería probablemente la decisión más justa”. El juez añade que, en su opinión, y “por razones de equidad”, el caso que enjuició debería incluirse en el art. 153 y recibir una sanción más severa que la exigida por otras normas del mismo Código Penal, pero precisa que para ello habría de interpretar el texto legal en perjuicio del acusado, cosa que la ley misma le impide.

<sup>34</sup> Sobre el alcance y los límites de un uso alternativo del derecho legítimo en el Estado constitucional, ver M. Saavedra: “Estado constitucional y derecho alternativo”, en *Ajuris* (Revista da Associação dos Juizes do Rio Grande do Sul), nº 71, nov. 1997, pp. 351 y ss.; también N. López Calera: “¿Ha muerto el uso alternativo del derecho?”, en *Claves de razón práctica*, nº 72, mayo de 1997, pp. 32 y ss. Sobre el reflejo del uso alternativo del derecho en la práctica de los tribunales de justicia, véase lo que en el ámbito del derecho brasileño, que es uno de los sistemas donde ha tenido un mayor alcance teórico y práctico, atestigua Amilton Bueno de Carvalho (dir.): *Direito Alternativo na Jurisprudência*, São Paulo, Editora Acadêmica, 1993.

función si no se le supone al que la ejerce la adopción de esa actitud, que podríamos llamar cuasi-transcendental por ser inherente a la función o hacerla posible como tal. No se trata de una adhesión ciega, evidentemente, como sería la del subordinado que sólo tuviese en cuenta el tenor literal de la voluntad de su superior y se quedase sin criterio ante situaciones inesperadas. Es una adhesión creativa que deja margen al juez para la invención, pero que, en la medida en que éste tiene que colaborar para poner en práctica los objetivos pretendidos por el legislador, requiere precisamente del juez ponerse en su lugar y decidir como si fuese aquél el que decidiese en las circunstancias de cada caso siguiendo los criterios reflejados en la norma.<sup>35</sup>

#### 4 Las Posibilidades de la Crítica Jurídica en la Jurisdicción

Como opción teórica para el estudio científico del derecho, el modelo fuerte de crítica jurídica conserva toda su virtualidad. Sigue teniendo justificación una crítica del derecho realizada en este sentido mientras haya injusticias derivadas de unas instituciones diseñadas en beneficio de intereses particulares, mientras haya quien sienta una brizna de indignación provocada por la experiencia de un poder opresivo y legalmente establecido, por la exclusión social o la insoportable desigualdad ocasionada por unas normas jurídicas que dicen responder al interés general, mientras no se ponga freno a los mecanismos jurídicos de reproducción de un sistema económico depredador, ahora de alcance global, que produce para volver a producir, estimulando artificialmente el consumo a costa de poner en riesgo la vida sobre el planeta... Motivos para la crítica del derecho como ideología los hay, y las perspectivas desde las que esa crítica puede ser hecha son variadas, como hemos dicho antes, y no necesariamente están vinculadas a una concepción marxista de la sociedad y del Estado. Puede estar alentada por distintos horizontes utópicos, aunque, en su forma más característica, siempre implicará la intención de poner al descubierto la contradicción inherente a todo aquel derecho que se considera ilegítimo: la contradicción existente entre la universalidad de su apariencia y la particularidad de los intereses que protege.

Sin embargo, no voy a extenderme sobre esto. Voy a centrarme, más bien, en la crítica del derecho como modelo para la reflexión *judicial* en el interior del *Estado*

<sup>35</sup> Por otra parte, aunque este deber de lealtad tiene en principio un carácter ético-político (el mismo carácter que el principio del imperio de la ley, del que en definitiva deriva), los ordenamientos jurídicos contienen preceptos que lo hacen exigible con toda la fuerza del derecho. Así, suele haber una serie de garantías y responsabilidades para hacerlo efectivo que pueden ser más o menos intensas: pueden ser simbólicas como la exigencia de juramento, administrativas como la imposición de medidas disciplinarias, o incluso penales como el castigo de la prevaricación y de otros supuestos de corrupción. Algunos ordenamientos jurídicos pueden llegar a impedir el acceso a la función jurisdiccional a aquéllos que, debido a factores extraprofesionales como su militancia política o sus manifiestas convicciones ideológicas, no ofrezcan garantías suficientes de que van a ejercer esa función con fidelidad a los valores y principios constitucionales. El caso tal vez más conocido -y discutido- es el de la *Berufsverbot*, que, aplicada a todos los funcionarios, fue implantada en Alemania tras la segunda guerra mundial como un medio de defensa de la Constitución. Sobre el tema de la *Berufsverbot* hay una ingente bibliografía, sobre todo en la literatura alemana, pero es instructivo el estudio comparativo (y pionero en nuestro país) que A. Embid Irujo realizara en 1987 de los sistemas alemán y español acerca del tema de la fidelidad de los funcionarios a la Constitución. Ver A. Embid Irujo: *La fidelidad de los funcionarios a la Constitución (Un estudio de los Derechos alemán y español)*, Madrid, INAP, 1987. Sobre el tema de la corrupción judicial, ver el capítulo sobre "Función jurisdiccional e incentivos para la corrupción de los jueces", del libro de J. Malem: *La corrupción: problemas actuales* (en prensa).

*constitucional de derecho.* ¿Cuáles son sus posibilidades y cuál es la forma que puede adoptar la crítica jurídica para la función jurisdiccional en el marco de este tipo de Estado? Trataremos de responder a esta pregunta en lo que sigue. Pero antes hemos de hacer una aclaración, relativa a los supuestos que hay en el transcurso de este planteamiento: las Constituciones propias del Estado social y democrático de derecho no deben ser descalificadas globalmente como la cobertura ideológica de una realidad opresiva e injusta, sino que, aun con algunas dosis de ambigüedad, contienen elementos suficientes para considerarlas como el reflejo de un pacto entre libres e iguales, o como la expresión de las condiciones sociales de libertad e igualdad que permiten ese pacto. Para ello han de hacerse efectivos los derechos fundamentales consagrados en ellas, pero en la medida en que expresa o implícitamente contienen tal mandato de efectividad, poseen un considerable potencial de transformación de la realidad en un sentido emancipador. Por ello, la actitud “comprensiva” que debe adoptar el juez respecto a la Constitución no está viciada de ilegitimidad, y la colaboración que el intérprete presta al legislador para dotar de efectividad al orden jurídico no puede ser equiparada a la realización metódica y casuística de un poder opresivo y sólo en apariencia legítimo. La teoría marxista del derecho más ortodoxa, referida a los modernos Estados constitucionales, peca ella misma de parcialidad y dogmatismo al descalificar este tipo de derecho como derecho burgués o de clase. Debido a las diferenciaciones que el derecho liberal ha debido asumir en las sociedades pluralistas del Estado democrático y social, es preciso adoptar frente a él un juicio más ponderado y realista, en suma, más crítico. Otra cosa es que, desde el punto de vista de la lucha por la emancipación social y por la igualdad de todos (especialmente si ampliamos el ámbito abarcado por ese todos a todos los miembros de la especie), sea suficiente una ampliación de los derechos y de su ejercicio sin avanzar en la conquista de posiciones poder que complementen la eficacia de los derechos, y eliminen los obstáculos sistémicos con que tropiezan para que sirvan realmente de instrumento a fin de que todos podamos vivir en las mejores condiciones posibles de libertad e igualdad.<sup>36</sup>

Pues bien, partiendo del principio básico e inexcusable de la lealtad del juez al orden jurídico constitucional, la crítica del derecho que éste puede ejercer es, de manera bastante obvia, *la denuncia de las contradicciones y lagunas en las que puede incurrir el desarrollo del mismo por obra del legislador y de la Administración.* Es decir, la crítica estará justificada en su sentido ético y jurídico allí donde se detecte una incongruencia entre una norma y los valores fundamentales del sistema jurídico en vigor, e igualmente donde se perciba la falta de plenitud del sistema por omisión indebida de quien tiene la obligación de dotar de efectividad a tales valores. Esta es una tarea importante que rompe los límites de un legalismo estrecho y formalista, para dar paso a una práctica jurisdiccional tendente a afianzar los derechos y libertades de la persona, a frenar los abusos del legislador y la arbitrariedad de la Administración. A esta modalidad de crítica se refiere L. Ferrajoli como algo que compete a los juristas y a los jueces.<sup>37</sup>

<sup>36</sup> Ver J. R. Capella: *Los ciudadanos siervos*, Madrid, Ed. Trotta, 1993, esp. pp. 135 y ss.; P. Barcellona: *Postmodernidad y comunidad. El regreso de la vinculación social*, Madrid, Ed. Trotta, 1992, esp. pp. 105 y ss.

<sup>37</sup> L. Ferrajoli: *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, Madrid, Ed. Trotta, 1995, pp. 871 y ss. Por su parte, M. Maresca: “El lugar de la justicia”, en *Jueces para la democracia*, 20, 3/1993, pp. 7 y ss., sostiene que el compromiso de los jueces con el Estado democrático de derecho les obliga a “pensar la democracia como una vocación de poder constituyente con vocación de poner en cuestión de manera sistemática el poder constituido” (p. 11).

Al frente de esta tarea se encuentran los magistrados de los tribunales constitucionales allí donde disponen de competencia para una revisión constitucional de las leyes, pero también los jueces ordinarios participan en el mantenimiento de la coherencia del orden jurídico al fiscalizar la legalidad de las decisiones adoptadas por el poder ejecutivo y las Administraciones públicas. En definitiva, es ésta una crítica que se resuelve en el descubrimiento y la descalificación del error cometido por un agente jurídico en el ejercicio de sus competencias legislativas o de emisión de normas jurídicas en general, con la consiguiente anulación de la norma o decisión correspondiente. La crítica, y el correspondiente juicio negativo de valor en la que se resuelve, se justifica en virtud del criterio de coherencia y sistematicidad que debe ser inherente al orden jurídico si quiere configurarse como orden racional, y en ese sentido no se diferencia sustancialmente de una dogmática entendida de manera flexible y comprensiva.<sup>38</sup>

Esta descalificación no se basará siempre en una simple y formal confrontación entre una determinada disposición del orden jurídico y otra que merece prevalecer de acuerdo con los criterios de coherencia del sistema. Antes al contrario, muchas veces esa confrontación se basará en un desvelamiento y análisis de las relaciones de la disposición jurídica en cuestión con otros datos de la realidad social, a partir de los cuales dicha disposición adquiere todo su relieve. Así, por ejemplo, la crítica puede mostrar los efectos indeseables a que conduce una mala legislación, compartiendo el crítico con el legislador un mismo universo de valores e ideales ético-jurídicos. Aquello que el legislador no había previsto puede el crítico, con más conocimiento sociológico o de cualquier otra clase, descubrirlo. Esta es tal vez la forma de crítica más común entre juristas. Es una crítica interna porque no pone en cuestión el derecho, sino una disposición jurídica en particular dejando incólumes las bases del sistema. Cuando la doctrina (o la opinión pública) critica una norma sobre penalización del tráfico de drogas,

<sup>38</sup> Que el control de la legislación esté en manos de los jueces no es (ni ha sido nunca) un asunto pacífico en la doctrina filosófico-jurídica y constitucionalista bajo el argumento de que, desde un punto de vista democrático, es preferible la interpretación de la Constitución hecha por el legislador, políticamente responsable y socialmente representativo, a la realizada por los jueces, que no son ni lo uno ni lo otro. Sobre el particular, ver, por ejemplo R. Gargarella: *La justicia frente al gobierno. Sobre el carácter contramayoritario del poder judicial*, Barcelona, Ed. Ariel, 1996. Claramente en contra del control judicial de constitucionalidad se pronuncia M. Tushnet: *Taking the Constitution Away from the Courts*, Princeton, Princeton University Press, 1999. El control judicial de la Administración no es un asunto tan polémico, excepto cuando ese control pretende extenderse a la actividad de carácter discrecional que le es propia. En este caso, los argumentos contra el "activismo" judicial se cruzan con los argumentos en favor de que la actuación administrativa sea razonable. Sobre el tema, ver Tomás R. Fernández: *De la arbitrariedad de la Administración*, Madrid, Ed. Civitas, 1997 (20 ed., ampliada); y del mismo autor: *De la arbitrariedad del legislador. Una crítica de la jurisprudencia constitucional*, Madrid, Ed. Civitas, 1998, monografía ésta que versa sobre el control de la actividad legislativa realizado por el Tribunal Constitucional bajo el argumento específico de la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos, y donde, por otra parte, da cuenta del debate ocasionado en los últimos años en España entre señalados administrativistas y teóricos del derecho en torno al control judicial de la discrecionalidad administrativa, un debate ocasionado a raíz precisamente de las primeras tomas de posición del autor sobre el tema. Y, ya sobre la discrecionalidad específicamente judicial y sus posibles controles metodológicos, ver el libro, más reciente, de Alejandro Nieto: *El arbitrio judicial*, Barcelona, Ed. Ariel, 2000.

por ejemplo, por los inconvenientes que puede tener relativos al aumento de la delincuencia, la corrupción policial y el gasto público dedicado a reforzar los aparatos de seguridad colectiva, adhiriéndose al mismo tiempo al valor de la salud pública y ofreciendo alternativas para protegerlo, está haciendo una crítica de este tipo.

Cuando un juez deja de aplicar una ley para aplicar un principio, como en los casos difíciles de Dworkin, debido a los intolerables efectos que generaría dicha disposición legal sobre la correspondiente constelación de casos a los que a simple vista parecía ser aplicable, está decidiendo sobre la base de un razonamiento crítico similar. Este razonamiento crítico no tiene el carácter de una ruptura con el legislador, ya que comparte con él la misma creencia en el universo valorativo dado con las bases del sistema. Lo que hace es corregir al legislador en algunos aspectos (o, mejor dicho, matizar el alcance o el sentido de la legislación), bajo el supuesto de que él no podría dejar de hacer lo mismo a la luz de las circunstancias percibidas desde la posición que el juez actualmente ocupa. Corregirlo para el caso concreto, evidentemente (y todos los demás que puedan presentarse similares a él), lo que no equivale a invalidar la ley a todos los efectos, cosa que sólo puede hacer, en su caso, el Tribunal Constitucional.<sup>39</sup>

Fuera de esta modalidad de crítica jurídica ¿qué otro tipo de crítica pueden realizar los jueces? Si la Constitución es la que presta cobertura a toda actividad legislativa, el desvelamiento de intereses espúreos o de funciones y efectos inadmisibles de la legislación debe ser contrastada lógicamente con la Constitución, y si la legislación supera ese contraste, entonces hay que examinar la Constitución misma y sospechar de ella si se llega a la conclusión de que es imposible subsanar la legalidad por quedar bajo el amparo que aquélla le brinda.

Pero, como hemos visto, la lealtad a la Constitución impide a los jueces traspasar el sentido, expreso o implícito, de sus preceptos y principios normativos. Les impide, precisamente, sospechar de ella. Colocados bajo este punto de vista, sólo pueden interpretarla, y en esta tarea sólo pueden llegar hasta el punto que les permita seguir manteniendo su pretensión de validez.

Toda crítica del derecho tropezará con el límite de aquello que le sirve al mismo tiempo de base: la interpretación de las normas constitucionales. Por tanto, desde este punto de vista, la cuestión de la crítica del derecho se convierte en *la cuestión de si es posible una "interpretación crítica" de la Constitución y qué significado habríamos de darle a esta expresión paradójica*. Abordemos, pues, esta cuestión sin más dilaciones.

<sup>39</sup> Aunque sean conscientes de los malos efectos de una determinada norma, no siempre podrán los jueces eludir su aplicación eligiendo otra mejor. Sobre todo cuando lo que tienen que aplicar son normas penales, en las que el principio de legalidad es más estricto. Aunque sean conscientes de que las leyes que castigan el tráfico de drogas son contraproducentes, no tendrán más remedio que castigar penalmente a los infractores. Al igual que no tendrán más remedio que aplicar – y es otro ejemplo – determinadas leyes fiscales que reducen de manera desproporcionada la carga impositiva de los contribuyentes más acaudalados o con mayores ingresos, sabiendo que tales leyes ocasionan una reducción del gasto público y, por tanto, una degradación de los servicios públicos – y en último término una limitación de la efectividad de los derechos sociales.

Al asumir e interpretar la Constitución, los jueces<sup>40</sup> están obligados a llegar tan lejos como lo requiere una intelección comprensiva y, por tanto, *también* genética y funcional de la norma. Los jueces, en este sentido, deberán realizar una reflexión sobre los valores y principios constitucionales que sea capaz de profundizar en su relación con todos aquellos factores que pueden explicar su origen y aclarar su función, contribuyendo así, en definitiva, a precisar y a fundamentar epistemológicamente el juicio de valor en el que vimos que concluye todo enjuiciamiento crítico.

Como decimos, el proceso de investigación debe estar dominado, en principio, por una actitud simpatética con el legislador y su obra. El pre-juicio con el que se acercan a la Constitución debe ser positivo en la mente y en el corazón de los jueces, aunque esto no quiere decir, una vez más, que deban asumirla ciegamente, es decir, acrítica o dogmáticamente. Al final del proceso, ese pre-juicio positivo quedará confirmado y afianzado epistemológicamente, o tal vez rebatido y transformado en un juicio negativo que cuestiona argumentativamente el precepto constitucional correspondiente. Esto último representará un verdadero problema para los jueces, porque ¿cómo podrían hacerse partícipes y colaboradores de un programa constitucional que no pueden asumir como propio? Sin embargo, el afianzamiento epistemológico del juicio de valor favorable a la Constitución, producido como consecuencia de un conocimiento más completo y preciso de sus relaciones genéticas y funcionales, supondrá el pleno cumplimiento de la función a la que han sido llamados.

Pero hablemos de los factores que pueden contribuir a interpretar críticamente la Constitución. Y, en primer lugar, hablemos de los factores que, como hemos dicho, están detrás de su origen.

#### 4.1 La reflexión sobre las circunstancias genéticas de las normas

El universo formado por las circunstancias genéticas de un texto normativo es, sin duda, el conjunto de necesidades y de intereses, personales y sociales, que el texto intenta satisfacer; el conjunto de expectativas, de aspiraciones y de deseos a los que el texto intenta responder. El juez debe reflexionar sobre todo ello. Y puesto que en su reflexión (crítica) debe aceptar la vinculación (dogmática) que le une con el legislador, en este caso con el autor de la Constitución, el juez debe ponerse en su lugar y *compartir con él la concepción de la persona y de la sociedad que se supone propia del autor de la Constitución, y que es la que ordena e integra el conjunto de aquellas necesidades,*

<sup>40</sup> Con independencia de que aquí se hable en general de los jueces, hay que tener en cuenta que en cada país, y en función del correspondiente sistema jerárquico de la jurisdicción, pueden variar los agentes dotados de la máxima competencia para la interpretación constitucional. Recordemos que, en el nuestro, el art. 5, 11 de la LOPJ dispone que: «La Constitución es la norma suprema del ordenamiento jurídico, y vincula a todos los jueces y tribunales, quienes interpretarán y aplicarán las leyes y reglamentos según los preceptos y principios constitucionales, conforme a la interpretación de los mismos que resulte de las resoluciones dictadas por el Tribunal Constitucional en todo tipo de procesos». Esto no implica que quede excluida o anulada por principio la interpretación que de la Constitución puedan hacer por sí mismos los jueces ordinarios. En la práctica, sin embargo, será el Tribunal Constitucional el que ejerza un casi monopolio de esta función como actividad jurídicamente vinculante.

*intereses y deseos*. En esto el juez debe esforzarse por ser crítico también de sí mismo y descubrir y adaptar las pre-comprensiones que guían su interpretación del texto a la comprensión que de la cosa misma tenía el autor responsable del texto. Su posición de intérprete obliga al juez a entablar un diálogo con el presunto autor de la Constitución, un diálogo llevado con la intención de mantener el acuerdo, y por tanto a respetar – inteligentemente, eso sí – las opciones valorativas realizadas por él.

Decir “inteligentemente” es importante, porque haciéndolo así, el juez podrá entender tales opciones desde la perspectiva de su propio presente, y podrá, por tanto, sin perjuicio del acuerdo, desarrollar su alcance normativo en circunstancias cambiantes. Para ilustrar esto es pertinente el ejemplo, tantas veces aludido, de la prohibición constitucional de imponer penas crueles, inhumanas o degradantes. La fidelidad al autor del precepto no implica ser fieles a la extensión semántica que en su época tuviera el término crueldad, y que sin duda varía a lo largo del tiempo. Se puede suponer legítimamente que es la crueldad lo que él quería ver desterrada del Código Penal, y no un número determinado y exhaustivo de casos concretos (por lo demás, imposible de determinar *a priori*).

Esto es un poderoso argumento en contra de las teorías que abogan por que el juez se decante, a la hora de interpretar el derecho, por descubrir y hacer efectivas las intenciones concretas que albergaba el legislador histórico al que se debe la promulgación de la norma. ¿Interpretación subjetiva, o interpretación objetiva? ¿Intención psicológica original del autor, o significado objetivo de la ley? Se ha vertido mucha literatura sobre el asunto, y aquí no podemos dar cuenta de esta disputa. Es ésta una disputa que pertenece al campo de la teoría de la interpretación en general y de la teoría de la interpretación del derecho, pero que adopta unos perfiles específicos en el caso de la interpretación constitucional, debido tanto a la mayor indeterminación del texto constitucional respecto a lo que es habitual en el derecho ordinario (el carácter de norma *principal* de la Constitución), como a la posición que la norma constitucional ocupa dentro de la estructura del orden jurídico del Estado (su carácter de norma *principal* del ordenamiento). Esto hace en principio cuestionable que sea un cuerpo de jueces el llamado a interpretarla por encima de un parlamento democráticamente representativo (en el caso del control de constitucionalidad de las leyes), y hace razonable la apelación a que, si han de ser ellos los protagonistas de ese control, intenten siempre averiguar la intención original del legislador constitucional a fin de no imponer sus propias concepciones en el proceso de la interpretación por encima de las concepciones del parlamento.<sup>41</sup>

Ahora bien, con independencia de lo que se pueda sostener en torno a la cuestión del control de constitucionalidad de las leyes (sobre lo que no es preciso

<sup>41</sup> Ver sobre esta disputa, que ha tenido y tiene especial relieve en la literatura anglosajona, el libro de P. de Lora Del Toro: *La interpretación originalista de la Constitución Una aproximación desde la Filosofía del Derecho*. Madrid, BOE y CEPC, 1998; también J.J. Moreso: *La indeterminación del derecho y la interpretación de la Constitución*, Madrid, CEPC, 1997. W. Brugger: “Verfassungsinterpretation in den Vereinigten Staaten von Amerika”, en P. Häberle (ed.): *Jahrbuch des öffentlichen Rechts der Gegenwart*, Neue Folge/Band 42, Tübinga, J.C.B. Mohr, 1994, pp. 571 y ss. ofrece un panorama de las distintas tendencias doctrinales existentes en la literatura norteamericana sobre la interpretación constitucional. Sobre la interpretación del derecho en general en la teoría jurídica contemporánea, I. Lifante Vidal: *La interpretación jurídica en la teoría del derecho contemporánea*, Madrid, CEPC, 1999.

pronunciarse en este momento), sí hemos de decir que la fidelidad debida por el intérprete al autor del texto le es debida en virtud de su texto (que es lo que el intérprete se apresta a interpretar), y que la lectura y comprensión de ese texto no debería en ningún caso ignorar su historia: tanto la de los efectos que ha producido a lo largo del tiempo, como la de los efectos que sobre él ha tenido todo lo que ha ocurrido a partir del momento en que fue redactado.<sup>42</sup>

Pero más importante aun, a fin de precisar la fidelidad del juez al texto constitucional, es contestar la pregunta: *¿quién es ese presunto autor de la Constitución con el que el juez debe dialogar y cuyas concepciones sociales, morales y políticas debe respetar?* No está nada claro que el autor de la Constitución al que deben lealtad los jueces sea aquel o aquellos personajes históricos que la redactaron. Efectivamente, no hay más autor de la Constitución en este sentido que aquellos que aceptan y mantienen actualmente su vigencia. Si no la autoría de la Constitución en sentido literal, sí radica en ellos la fuente de su *autoridad*.<sup>43</sup> En los términos de la teoría de la validez jurídica de Hart, no hay otra razón de que la Constitución vincule que el reconocimiento de los que se vinculan por ella. O mejor dicho, matizando el pensamiento de Hart: lo que vincula no es el simple reconocimiento de los ciudadanos, sino las razones que llevan a los ciudadanos a su reconocimiento. Me refiero, evidentemente, a las razones morales y políticas, no a consideraciones prudenciales y motivaciones psicológicas, puesto que son las razones morales y políticas las únicas que pueden sostener y renovar el reconocimiento *público* o *públicamente compartido* de un sistema jurídico. Esto es lo que no ha sabido ver Hart con su «norma de reconocimiento», que para él es el último dato que funda la validez jurídica: que el reconocimiento que dota de validez al derecho no es una cuestión de hecho para la que resultaría indiferente la cualidad de sus motivos, sino que se basa en razones de carácter moral, y que en estas razones reside verdaderamente el fundamento de validez de las normas jurídicas.<sup>44</sup> Y, si no entendemos la Constitución como una “carta otorgada”, como un documento que refleja y remite inexcusablemente a la voluntad de un personaje o personajes históricos, entonces las razones de su validez no habrá que buscarlas en la renuncia o el abandono de la autonomía moral en las manos de un poder en el que se confía ciegamente, como si

<sup>42</sup> Gadamer habla, en este sentido, de la necesidad de hacer consciente la historia de los efectos, de la fusión de horizontes, y de la aplicación del texto a la situación actual del intérprete, como momentos del proceso de toda interpretación correcta. Ver *Verdad y método*, *op. cit.*, pp. 370 y ss.

<sup>43</sup> Así lo vio ya Hobbes en el *Leviatán*: “Porque el legislador no es aquél por cuya autoridad se hicieron las leyes en su origen, sino aquél por cuya autoridad continúan ahora siendo leyes” (cap. XXVI, Madrid, Editora Nacional, 1979, p. 350). Hart recupera esta idea reelaborándola en la forma por todos conocida de la “regla de reconocimiento” (ver *El concepto del derecho*, *op. cit.*, p. 79).

<sup>44</sup> Según Hart, en la base de la aceptación del derecho por parte de los ciudadanos no tiene por qué haber forzosamente razones morales. «El acatamiento al sistema puede estar basado en muchas consideraciones diferentes: cálculos interesados a largo plazo, interés desinteresado en los demás; una actitud tradicional o una actitud no reflexiva heredada; o el mero deseo de comportarse como lo hacen los otros.» (*El concepto del derecho*, *op. cit.*, p. 251). En el mismo sentido se pronuncia en el epílogo a la segunda edición inglesa de *The Concept of Law* (Oxford, Clarendon Press, 1994), p. 257. Pero, si bien esto puede ser así para el caso de los ciudadanos considerados particularmente, no lo es para los ciudadanos considerados como miembros de la esfera pública, que es el lugar donde el reconocimiento adquiere su plenitud como concepto normativo capaz de desplegar efectos vinculantes. Si no, no se entiende cómo el reconocimiento, en cuanto simple hecho empírico, por muy motivado que esté por otros datos empíricos, puede ser fundamento de obligaciones. En el mismo sentido, R. Alexy; *El concepto y la validez del derecho*, *op. cit.*, p. 122.

fuese la divinidad, sino en el compromiso de reconocernos mutuamente entre todos los ciudadanos la capacidad de discernir lo que vale y lo que no, lo razonable y lo recusable.

Por tanto, con quien debe compartir el juez una concepción global de la persona y de la sociedad, al interpretar críticamente la Constitución, es con el resto de los ciudadanos, que son los sujetos constituyentes, los que forman parte del pacto constitucional que expresa el mutuo reconocimiento. ¿Cómo es esto posible en una sociedad heterogénea en la que distintos ciudadanos profesan distintas concepciones del mundo y por tanto pueden apelar a distintas razones de carácter moral, filosófico e incluso religioso para reconocer o aceptar la Constitución? Como sabemos, la respuesta de Rawls es que se hace obligado entender la Constitución como el producto de un consenso entrecruzado, de un consenso resultante del solapamiento de las distintas doctrinas comprensivas y razonables que pueden existir en una sociedad pluralista, prescindiendo a la hora de interpretarla de las razones y creencias últimas sostenidas por los distintos individuos o grupos sociales, que sólo pueden ser parciales y excluyentes. De ahí que el liberalismo político sea la filosofía a la que responden las Constituciones democráticas, un liberalismo entendido según él precisamente en sentido político y no en un sentido comprensivo o metafísico.<sup>45</sup>

El núcleo de ese liberalismo es una teoría de la justicia cuyo primer principio establece la igualdad de derechos: cada persona debe tener el mismo derecho a un esquema plenamente adecuado de libertades básicas iguales que sea compatible con un esquema similar de libertades para todos.<sup>46</sup> Es indiferente, según Rawls, el sustrato último que cada uno le dé a esta exigencia de reconocimiento político de los derechos, dada la diversidad de doctrinas y creencias que forman ese sustrato y la indemostrabilidad de las mismas. Por eso estamos obligados a argumentar políticamente (al menos respecto a las cuestiones constitucionales esenciales) según el ideal de la razón *pública*, es decir, con base en razones que todos los ciudadanos puedan compartir.<sup>47</sup>

El juez que aplica la Constitución está obligado, por tanto, a argumentar según este ideal de la razón pública.<sup>48</sup> ¿Significa esto no poder profundizar en el sentido de los

<sup>45</sup> J. Rawls: *El liberalismo político*, Barcelona, Ed. Crítica, 1996, esp. pp. 229 y ss.

<sup>46</sup> *Ibidem*, p. 328.

<sup>47</sup> *Ibidem*, pp. 247 y ss.

<sup>48</sup> *Ibidem*, pp. 266 y ss. Y ello a pesar de lo difícil que puede llegar a ser en la práctica que un cuerpo de magistrados argumente siempre de esta manera. R. Gargarella, en "John Rawls, el liberalismo político, y las virtudes del razonamiento judicial" (*Isegoría*, 20/1999, pp. 151 y ss.) alude a esta dificultad, puesta de manifiesto entre los que critican la propuesta de Rawls, y afirma que "lo que se critica, en definitiva, es la idea de que la reflexión aislada de unos pocos individuos –sean éstos quienes sean– pueda garantizarnos (mejor que otros procedimientos posibles) la imparcialidad en la toma de decisiones" (*Ibidem*, p. 153). El otro tipo de objeciones mencionadas por R. Gargarella, relativas no a las dificultades prácticas, sino a la bondad de este modelo de razonamiento judicial en cuestiones constitucionales, no parece que sean tan pertinentes de acuerdo con el argumento general desarrollado en este trabajo. También M. Tushnet (*Taking the Constitution Away from the Courts*, *op. cit.*, pp. 72 y ss.) admite como legítimo el recurso por parte de los jueces, incluidos los jueces constitucionales, a argumentos que no son exclusivos de la razón pública entendida en el sentido rawlsiano, es decir, a argumentos de tipo religioso, basándose en que el discurso público de los ciudadanos (que está en la base legitimadora de la Constitución y de las leyes) puede incluir legítimamente argumentos de este tipo. No obstante, hay que insistir en lo contrario: una legitimación del ejercicio de la fuerza sobre los demás (es decir, de la ley y de su aplicación) sólo se consigue si se puede esperar razonablemente que los demás lo aceptarían sobre la base de argumentos generalmente aceptables, no exclusivos de una visión del mundo particular e indemostrable.

derechos para preservar el razonamiento jurídico del riesgo de caer en una metafísica partidista? Si ésta fuese la consecuencia del ideal de la razón pública, el juez constitucional quedaría paralizado. Y, sin embargo, cuando el juez se enfrenta a un problema de interpretación de derechos fundamentales no puede dejar de preguntarse por el fundamento de esos derechos, un fundamento que se encuentra más allá de lo expresado en la norma constitucional y que pertenece al ámbito de su filosofía implícita.<sup>49</sup> El que está familiarizado con el razonamiento jurídico sabe bien que las consecuencias normativas de los derechos varían según el fundamento que se les atribuya a éstos. Por eso hace falta una teoría de los derechos fundamentales que ofrezca una respuesta razonada y generalmente aceptable al porqué de su fundamentalidad y a su alcance en el caso concreto.<sup>50</sup>

Pues bien, una teoría de los derechos fundamentales que no sea excluyente, que no se haga acreedora del reproche de parcialidad y dogmatismo, que pueda afrontar las críticas ajenas sin necesidad de recurrir a unos presupuestos indemostrados e indemostrables, sólo puede ser una *teoría democrática de los derechos fundamentales*.

En una teoría democrática de los derechos fundamentales las ideas básicas son las de autonomía y participación. Para dicha teoría, el sentido de los derechos es el de mantener siempre activas las estructuras políticas y las condiciones sociales de igual libertad, es decir, de igual autonomía y participación, a fin de hacer posible renovar constantemente el pacto constitucional. Ellos son la garantía de un proceso de decisión abierto a todos los miembros de la sociedad, no excluyente ni desequilibrado, en el que los intereses y las expectativas de todos puedan ser tenidos en cuenta y hechos valer en igualdad de condiciones. Derechos humanos y soberanía popular son, como dice Habermas, de igual valor y tienen el mismo origen: “ambos son, a nivel conceptual, cooriginales.”<sup>51</sup>

<sup>49</sup> Esta es, por cierto, una pregunta que muestra nuevamente los límites del positivismo jurídico, no ya en la conceptualización de la validez, sino en lo relativo al contenido del derecho. El positivismo jurídico tropieza con la Constitución como norma fundamental dada o positiva, y no puede traspasar el umbral que ésta abre hacia el ámbito de la moral y de la política, que es donde los derechos y principios constitucionales concentran todo su sentido virtual. Y, sin embargo, como dice Zagrebelsky, es necesario ir de lo puesto a lo supuesto, porque “lo que es verdaderamente fundamental, por el mero hecho de serlo, nunca puede ser puesto, sino que debe ser siempre presupuesto.” (Ver G. Zagrebelsky: *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*, Madrid, Ed. Trotta, 1995, p. 9). También en este caso la hermenéutica jurídica alemana ha sabido ver, antes que otras contribuciones posteriores de influencia anglosajona, las debilidades epistemológicas del positivismo jurídico. Para confirmar esta opinión, ver, por ej., G. Zaccaria: *L'arte dell'interpretazione. Saggi sull'ermeneutica giuridica contemporanea*, Padua, CEDAM, 1990.

<sup>50</sup> Como dice A. E. Pérez-Luño: “Los derechos fundamentales entrañan y presuponen, en suma, una determinada filosofía jurídico-política que se refleja en su interpretación. De ahí que la labor hermenéutica tendente a concretar el alcance del sistema constitucional de los derechos fundamentales se halle condicionada por las preconcepciones que le sirven de base.” (*Derechos humanos, Estado de derecho y Constitución*, Madrid, Ed. Tecnos, 1986, 20 ed., p. 296).

<sup>51</sup> Ver J. Habermas: “Human Rights and Popular Sovereignty: The Liberal and Republican Versions”, en *Ratio Juris*, vol. 7, n1 1, 1994, págs. 1 y ss., p. 2; también *Facticidad y validez. Sobre el derecho y el Estado democrático de derecho en términos de teoría del discurso*, Madrid, Ed. Trotta, 1998. Me he pronunciado más ampliamente sobre esto en M. Saavedra: “El fundamento de la democracia en la obra de Elías Díaz”, en *Doxa*, n1 15-16, 1994, pp. 95 y ss.

Así, los derechos fundamentales no son fundamentales sólo porque en la sociedad exista de hecho un consenso (casi) universal en torno a su importancia. No es el *hecho* de ser reconocidos como fundamentales lo que les dota de su *status*. Esto es secundario, porque para que ese reconocimiento tenga auténtico valor es preciso que se haya dado bajo unas condiciones previas valiosas, es decir, bajo unas condiciones de partida que aseguren que el asentimiento general no está viciado por la fuerza o el engaño, y que han prevalecido efectivamente razones en el proceso que ha conducido a él. Tampoco son fundamentales en virtud de una interpretación objetiva de la constitución básica o de los fines últimos de la naturaleza humana, en sentido iusnaturalista. Esto, a su vez, es siempre relativo y excluyente, porque el sustrato antropológico en el que habría que basar esa constitución, o del que habría que deducir esos fines, es un postulado que sólo puede ser formulado e interpretado mediante la actividad discursiva de unos y de otros. Por tanto, es la actividad discursiva de todos los sujetos y sus condiciones de posibilidad lo que hay que proteger antes que nada como derechos fundamentales.

Por eso, el único fundamento universalmente aceptable de los derechos fundamentales en una sociedad pluralista sólo puede ser de naturaleza procedimental: ellos son fundamentales porque hacen posible la existencia de la independencia personal y el despliegue de la participación social y política compartida que son necesarias para ponerse de acuerdo entre todos acerca de la importancia de determinados fines, o, de manera especular, para oponerse razonadamente a los fines tenidos por otros como generalmente aceptables. Esta interpretación procedimental de los derechos fundamentales descansa ella misma en el reconocimiento mutuo de los seres humanos como personas merecedoras de la misma consideración y respeto, algo que para muchos, siguiendo a K. O. Apel, está implícito en el mismo acto de habla moral. Por tanto, los derechos fundamentales son la consecuencia político-jurídica que habría que desprender del reconocimiento mutuo implicado normativamente en la práctica comunicativa, sin la cual es sencillamente impensable la sociedad humana.<sup>52</sup>

De esta manera, la crítica judicial del derecho tiene, desde luego, un campo enorme para desplegarse. Su objetivo será argumentar en favor de una interpretación del derecho coherente con las normas constitucionales, y en favor de una interpretación de la Constitución coherente, a su vez, con esta concepción de los derechos fundamentales basada en las ideas de autonomía y participación. A esto conduce el propósito de interpretar críticamente la Constitución. La investigación de su génesis o de su origen histórico obliga a enlazar con los intereses y las expectativas de los ciudadanos, o mejor aun, como he dicho antes, con la concepción de la persona y de la sociedad que aglutina y ordena tales intereses y expectativas. Pero es que esta concepción no puede ser otra, si se piensa en una sociedad pluralista en la que pugnan distintos discursos, razones y argumentos, que aquélla en la que a la persona le es atribuido un conjunto de derechos como condición que le permite postular, acordar y cambiar cualquier constelación, que siempre será histórica y relativa, de intereses y expectativas.

<sup>52</sup> Ver K. O. Apel: "El a priori de la comunidad de comunicación y los fundamentos de la ética. El problema de la fundamentación racional de la ética en la era de la ciencia", en Id.: *Transformación de la filosofía*, Vol. II, Madrid, Ed. Taurus, 1985, pp. 341 y ss. Y J. Habermas: *Conciencia moral y acción comunicativa*, Barcelona, Ed. Península, 1985; *Facticidad y validez*, op. cit.; *La inclusión del otro. Estudios de teoría política*, Barcelona, Ed. Paidós, 1999.

Así pues, es al afianzamiento y consolidación de las condiciones y garantías que aseguran la soberanía popular a lo que obliga una interpretación crítica de la Constitución. El sentido procedimental de tales condiciones y garantías no debe perderse de vista. Bien entendido que, si se habla de procedimentalismo, éste no ha de ser entendido en sentido estricto, sino en el más amplio sentido, porque para que los ciudadanos participen autónomamente en los procesos de decisión política, y puedan cuestionar las decisiones ya tomadas, han de ser protegidas todas aquellas condiciones que hacen que el ciudadano viva su propia vida y hable su propia voz, y que quedan reflejadas en el concepto de democracia deliberativa.<sup>53</sup>

De esta manera es como el juez constitucional (y, por extensión, todos los demás jueces) puede acreditar su lealtad a ese presunto autor de la Constitución al que antes me refería, es decir, al resto de los ciudadanos. En el preceptivo diálogo hermenéutico que tiene que entablar con ellos, el juez crítico deberá guiarse, antes que por el consenso ético existente en la sociedad en torno al modo de expresar y responder a las necesidades, intereses y deseos, por la exigencia de proteger las condiciones sociales y estructurales que permiten la identidad, la independencia y la manifestación de voluntad de todos los ciudadanos, ya que son éstos los requisitos previos indispensables para que ellos puedan definir necesidades, y expresar intereses y deseos.<sup>54</sup> El consenso ético-jurídico socialmente existente deberá ser auscultado y hecho prevalecer en la interpretación de la Constitución, pero no si ello supone vulnerar o aminorar las garantías de integridad, autonomía y participación de los individuos en los procesos en los que se articula y define su soberanía personal y política. Es cierto que el individuo no puede ser defendido sin defender al mismo tiempo las condiciones culturales y las formas de vida (de carácter colectivo) que definen su identidad (esto es

<sup>53</sup> Ver J. Habermas: *Facticidad y validez*, op. cit., passim. Una interpretación de la Constitución coherente con los principios procedimentales de autonomía y participación es lo que viene propugnando un sector muy significativo del constitucionalismo actual. Así, además de Habermas, ver P. Häberle: «Die offene Gesellschaft der Verfassungsinterpreten. Ein Beitrag zur pluralistischen und 'prozessualen' Verfassungsinterpretation», en Id.: *Verfassung als öffentlicher Prozess. Materialien zu einer Verfassungstheorie der offenen Gesellschaft*, Berlín, Ed. Duncker & Humblot, 1978, pp. 155 y ss., publicado en castellano con el título "La sociedad abierta de los intérpretes constitucionales. Una contribución para la interpretación pluralista y 'procesal' de la Constitución", en Id.: *Retos actuales del Estado constitucional*, Oñate, Ed. IVAP, 1996, pp. 15 y ss.; del mismo autor, "Grundrechtsgeltung und Grundrechtsinterpretation im Verfassungsstaat - Zugleich zur Rechtsvergleichung als 'fünfter' Auslegungsmethode», en Id.: *Rechtsvergleichung im Kraftfeld des Verfassungsstaates*, Berlín, Ed. Duncker & Humblot, 1992, pp. 27 y ss., p. 34. Ver también J. ELY: *Democracy and Distrust. A Theory of Judicial Review*, Harvard University Press, 1980. Igualmente, D. Richards: *Tolerance and the Constitution*, Oxford University Press, 1986. Un interesante estudio sobre este paradigma constitucional y su aplicación al problema de la desobediencia civil lo ofrece J. A. Estévez Araujo: *La Constitución como proceso y la desobediencia civil*, Madrid, Ed. Trotta, 1994.

<sup>54</sup> Este es también el criterio que define en último término la argumentación judicial en el Estado de derecho como una argumentación de carácter racional, más allá de los criterios puramente formales de racionalidad, ya que el afianzamiento de los derechos fundamentales como requisitos procedimentales que posibilitan la autonomía personal y política, es la traducción institucional de las exigencias de la racionalidad dialógica de la argumentación jurídica, es decir, es la consecuencia que se deriva del postulado de abrir el proceso de argumentación jurídica a las razones de todos los implicados en él. Sobre esto me he pronunciado más extensamente en "La legitimidad judicial en la crisis del imperio de la ley", en *Jueces para la Democracia*, nº 18, 1/1993, pp. 3 y ss.

algo que la filosofía política comunitarista ha señalado con razón), pero en la siempre necesaria acomodación entre derechos individuales y valores colectivos, habrá de buscarse un punto de equilibrio que no suponga la exclusión de las minorías, y que no implique la imposición coactiva de una idea de bondad o de virtud (siempre relativa, indemostrable y contingente) sobre el derecho de otros a vivir de acuerdo con sus propias preferencias.

Un ejemplo de esto es la consideración que merece la cuestión del aborto, de la eutanasia, de las prácticas sexuales no convencionales entre adultos, de la emisión de pornografía por los medios de comunicación, o de la unión afectiva y estable entre personas del mismo sexo. ¿Cómo habrían de enjuiciarse estas prácticas de acuerdo con una Constitución democrática? O, lo que es lo mismo, ¿cómo habrían de interpretarse los respectivos preceptos constitucionales que en principio les son aplicables? El criterio de la razón pública obliga a excluir argumentos de tipo religioso o extraídos del contexto de una visión particular y excluyente del mundo. Si los preceptos constitucionales han de apoyarse en razones que todos los ciudadanos puedan aceptar, los argumentos decisivos habrían de ser aquéllos que son más coherentes con el sentido de una Constitución laica y plural: los que refuerzan la autonomía personal. Aunque a algunos les parecerá excesivo un grado de autonomía que vaya más allá de ciertos límites que ellos calificarían de tolerables, porque preferirían que la conducta de todos se amoldase a una concepción ética de la vida, la única que ellos estarían dispuestos a aceptar como “buena”. Pero este parecer es cuestionable: la moral está antes que la ética, y si bien el derecho participa de ambas, debe siempre mantener los fundamentos (morales) de la soberanía popular por encima de las expresiones (éticas) a las que esa soberanía históricamente conduce.

Por la misma razón, la autonomía ciudadana se distingue también de la opinión pública o mayoritaria existente en la sociedad sobre un tema concreto en un momento dado. Aunque la mayoría manifieste de alguna forma su apoyo a una determinada interpretación de la ley, la protección de los derechos individuales como garantías de libertad e independencia personal exige hacerlos prevalecer sobre lo que la opinión pública pueda exigir en torno a las controversias jurídicas que muchas veces trascienden al fragor de los medios de opinión. En un Estado democrático los jueces deben garantizar la democracia en contra del poder, tanto del poder del Estado como del poder de la opinión pública. Y aunque, en palabras de Häberle, el juez debe prestar oídos a la “sociedad abierta de los intérpretes de los derechos fundamentales”, especialmente a la autocomprensión que del derecho tiene el titular que lo ejerce, ello no significa una asunción acrítica del punto de vista social sobre el alcance que deben tener, sino más bien una llamada de atención sobre el hecho de que son los mismos ciudadanos: el artista, el científico, el creyente, etc., los que saben mejor que nadie hasta dónde llega la esfera de la personalidad y de la acción que debe ser protegida como manifestación de su autonomía.<sup>55</sup>

Por otro lado, la fidelidad al autor, que debe presidir siempre toda interpretación, no es óbice para emprender una reflexión que nos lleve eventualmente incluso a saber

<sup>55</sup> Ver P. Häberle: “Los derechos fundamentales en el espejo de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal alemán. Exposición y crítica”, en *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Granada*, 3ª época, n° 2, 1999, pp. 9 y ss., p. 27.

más que él, es decir, a descubrir factores que, tal vez sin tener él plena conciencia de ellos, han inducido o favorecido la forma de pensar, los ideales o los valores de los que se derivan los preceptos normativos que están siendo objeto de interpretación. *Se trata de pensar también sobre las “condiciones de producción” de las concepciones que alberga el autor de la norma.* En el caso de la Constitución, y puesto que, como venimos diciendo, la concepción de la persona y de la sociedad que se supone propia de los sujetos constituyentes es una concepción política (en el sentido rawlsiano) y democrática, se trata de investigar sobre los factores históricos de todo tipo que podrían haber inducido su configuración y su carácter prevalente en la historia cultural de la sociedad correspondiente. Esto siempre es necesario hacerlo, aunque se corra el riesgo de que de su investigación se desprenda eventualmente para el investigador cierto escepticismo en torno a su alcance legitimador. Por ejemplo: supongamos que se llega a la conclusión de que el ideal de autonomía personal y política surge históricamente en oposición al régimen feudal y como consecuencia de la formación del capitalismo y del ascenso de la burguesía como clase social, y que su imposición constitucional, al menos en un primer estadio, supone la confirmación de la dominación burguesa sobre el resto de las clases sociales, incluidas las clases trabajadoras, en virtud del mecanismo específico del sistema del derecho liberal, que equipara a los individuos permitiéndoles actuar libremente y por tanto abandonando a los débiles en manos de los fuertes. Que un juez crea esto, y se preste a imponer los derechos subjetivos de propiedad y la libertad de empresa como valores legítimos vinculados al ideal de la autonomía personal, es perfectamente posible y coherente (coherente a partir de otros argumentos legitimadores, por supuesto, que justifiquen o disculpen lo que de negativo tiene el concepto de dominación burguesa, afianzada a través de mecanismos puramente liberales). Lo que sería incoherente es querer entender las Constituciones liberales y no llegar a entender esto. No todos los jueces compartirán el juicio de condena de la libertad liberal, porque este juicio depende de argumentos diversos, pero sí que deberían todos los jueces ser “ilustrados” en este asunto, es decir, conscientes del porqué y del para qué de la libertad, y, por tanto, críticos en el sentido al que nos estamos refiriendo.

#### 4.2 La reflexión sobre las relaciones funcionales de las normas

El sentido de totalidad, que la crítica debe mantener siempre, consiste en no perder de vista que el texto o el objeto de que se trate forma parte de una realidad más amplia, de la que aquél obtiene su significado más pleno. Cualquier elemento de la sociedad forma parte del conjunto total de las relaciones y estructuras sociales, cualquier práctica está siempre enclavada en la totalidad de las prácticas sociales, y es la visión de la totalidad la que se debe cultivar para poder entender y enjuiciar la realidad singular. A un aspecto de esa totalidad nos acabamos de referir al hablar de los factores a los que la Constitución debe su origen, y que abarcan no sólo las necesidades y los intereses sentidos como tales por los ciudadanos, sino también las circunstancias, acontecimientos y procesos que, muchas veces inconscientemente, han dado lugar a aquéllos.

Quando hablamos de la función de la Constitución, o de los factores que pueden agruparse en torno a ella, queremos aludir a esos otros aspectos del conjunto social que se ven influidos por efecto de los preceptos constitucionales, y a los que

influyen en la manera en que éstos despliegan sus efectos. ¿Cómo valorar el alcance de la libertad económica, y, por tanto, delimitar su ejercicio, si no contemplamos la distribución de la riqueza a la que conduce su empleo en el contexto de un sistema de producción que permite la apropiación privada de la plusvalía y su acumulación continuada? ¿Cómo valorarlo si no tenemos en cuenta la manera en que tal libertad es ejercida por unos agentes económicos de alcance global, cuyo poder supera al de los gobiernos de los Estados en los que actúan, y a los que la pobreza, la explotación de los recursos naturales y la degradación del ambiente les traen completamente sin cuidado en cuanto agentes económicos? ¿Se puede entender el precepto de la igualdad de todos los ciudadanos ante la ley, y aplicarlo correctamente, sin tener en cuenta las diferencias reales existentes entre unos ciudadanos y otros desde el punto de vista de sus ingresos, de su sexo, de su etnia o de los referentes que conforman su identidad cultural?

No vamos a desarrollar la respuesta que requieren estas preguntas. Pero de su respuesta depende que la coherencia exigida al desarrollo del orden jurídico constitucional adquiera una u otra dimensión, pues al contemplar los efectos sociales de las normas se podrá modular mejor la concreción de los principios constitucionales, y los tribunales que interpretan y aplican la Constitución podrán exigir del legislador aquellos desarrollos legislativos que no traicionen tales principios y preceptos.

Por poner un ejemplo, podemos referirnos al precepto constitucional que consagra el derecho a la libertad de expresión e información a través de los medios de comunicación social, que es un tema sobre el que hemos tenido ocasión de reflexionar más despacio<sup>56</sup>: ¿debe ser considerada la organización de emisiones televisivas un derecho subjetivo de acuerdo con el artículo 20 de la Constitución, que ampara el derecho a “expresar y difundir libremente los pensamientos, ideas y opiniones mediante la palabra, el escrito o cualquier otro medio de reproducción” y a “comunicar o recibir libremente información veraz por cualquier medio de difusión”? ¿Debe ser considerada, por el contrario, un servicio público de acuerdo con el art. 128, párrafo 21, que establece que “mediante ley se podrá reservar al sector público recursos o servicios esenciales (...) cuando así lo exigiere el interés general”? Y si no debe ser considerada un servicio público, sino más bien un derecho, ¿cuáles serían, en cualquier caso, los condicionamientos que es lícito imponer al ejercicio individual de tal derecho?

Para responder estas preguntas hay que saltar del nivel del discurso específicamente normativo, propio del precepto constitucional, hacia un nivel sociológico, un nivel que lo trasciende y que está representado por todo ese universo de hechos, genéticos, consecuenciales y funcionales, que apoyan la justificación del derecho a la libertad de expresión y que eventualmente obligan a restringir institucionalmente su alcance o a imponer una determinada modalidad de ejercicio. De entre ellos es ineludible tener en cuenta el contexto real de funcionamiento de los medios de comunicación social, a través de los que el derecho constitucional a la libertad de expresión se ejerce.

Por eso la jurisdicción tiene que reflexionar sobre las importantes funciones sociales, culturales y políticas del medio televisivo, y sobre los efectos que para el

<sup>56</sup> Ver M. Saavedra: *La libertad de expresión en el Estado de derecho. Entre la utopía y la realidad*, Barcelona, Ed. Ariel, 1987. Vid. también “‘Opinión pública libre’ y medios de comunicación social en la argumentación jurídica del Tribunal Constitucional español”, en *Doxa*, n1 14, 1993, pp. 135 y ss.

ejercicio del derecho y sus fines pretendidos por el legislador tiene ejercerlo bajo las condiciones de financiación publicitaria de la televisión en un mercado competitivo. Y a la vista de estas funciones y efectos, es evidente que no todas las modalidades de regulación del llamado “derecho de antena” pueden ser consideradas como equivalentes desde el punto de vista constitucional. La realidad puede ocasionar un falseamiento de la norma. Si no se afronta esa realidad y se contrarresta su negativa influencia, el artículo 20 de la Constitución perdería toda su eficacia. Esto se puede impedir restringiendo el alcance de aquellas normas legales que, como las que protegen el derecho de iniciativa económica en el campo de los medios de masas, provocan esa realidad. Funcionando sobre la base financiera de una economía de mercado, individualista y competitiva, ellas contradicen tendencial y objetivamente los fines de la libertad de expresión e información. Otro tanto cabría decir de la libertad de iniciativa económica en el campo de la prensa escrita, que ya Marx denunció en su época (“tu libertad no es la mía, le grita la prensa a la industria...”),<sup>57</sup> y que si bien se ha mantenido como un componente esencial del derecho a la libertad de prensa, ha sido condicionada legislativamente en los Estados democráticos (a decir verdad, con un éxito desigual) a fin de asegurar el pluralismo, la independencia respecto del gobierno y la calidad informativa.

Esta es la crítica jurídica que pueden realizar los jueces sin menoscabo de la función que tienen asignada en el Estado constitucional de derecho al servicio de la administración de justicia. No sólo pueden, sino que deben realizarla, teniendo en cuenta que están obligados constitucionalmente a motivar sus decisiones. Y la motivación más completa es, sin duda, la que logra combinar los dos planos del discurso crítico manteniendo a la luz la relación constitutiva de la norma con la realidad, del derecho con los hechos.<sup>58</sup>

¿Cuál es el límite con el tropiezan los jueces en su práctica profesional? Si en la investigación del origen y de la función de la Constitución llegasen los jueces a percibir un disvalor, una situación reprochable y perversa, atribuible a ella misma e insuperable sin traicionar su texto (lo cual es posible a pesar del alto nivel de abstracción de los textos constitucionales), entonces se encontrarían incursos en una contradicción que probablemente les impediría ejercer honestamente de jueces. Y es que más allá de la Constitución no puede haber jurisdicción. Si, por el contrario, al descubrir la relación explicativa que un determinado precepto o principio constitucional tiene con la totalidad de las estructuras y prácticas sociales, y al percatarse del papel esencial que ese precepto ocupa en la distribución del poder o de los recursos económicos, no pierden un ápice de la confianza y credibilidad prestada a la Constitución, no hay nada que reprocharles. Estarán ejerciendo con plena conciencia la función para la que han sido nombrados: con plena conciencia de lo que es y significa la Constitución, por un lado, y también con un nivel superior de autoconciencia, por otro. Pues reflexionar críticamente sobre aquello en lo que se cree como dogma contribuye a aumentar el conocimiento que uno posee de sí mismo.

<sup>57</sup> Ver C. Marx y F. Engels: *Obras fundamentales, T. I: Marx, Escritos de juventud*, México, Ed. FCE, 1982, p. 211.

<sup>58</sup> Así es, en definitiva, como deben “pensar” los juristas cuando aplican el derecho. Ver M. Escamilla: “¿Deben pensar los juristas?”, en *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Granada*, 3ª época, n° 3, 2000, pp. 397 y ss., y n° 4, 2001, pp. 527 y ss.