

Jueces y Democracia. Criterios para una actividad judicial democrática

Por FERNANDO GALINDO

Zaragoza

I. INTRODUCCION

No cabe duda, de que el tema del que nos ocupamos tiene sus riesgos, a la vez que es de obligada consideración cuando hay que reflexionar sobre «Perspectivas actuales de la Democracia». La actuación judicial es el ejemplo más adecuado para discurrir sobre el tema «Democracia y técnica jurídica». El riesgo proviene de la circunstancia de que las conclusiones establecidas con respecto al mismo pueden resultar escasamente comprendidas, al proponerse en nuestro ambiente en el que, pese a las exigencias sociales y constitucionales, todavía pueden ser consideradas fuera de lugar las tesis aquí establecidas. Hay que tener en cuenta que en este trabajo se vincula a la actuación de la Administración de Justicia —la de los Jueces— y la Democracia, asumiendo, intentando superarla, la crisis por la que pasa la Democracia —el principio de legalidad— en estos momentos. Ello es así porque la exigencia acuciante en esta materia en España todavía es la referida a «actuación judicial» respetuosa con la legalidad vigente, como reiteradamente expresan jueces, juristas y ciudadanos en general según luego veremos, y, especialmente, practicada con la mayor celeridad posible para con todos los ciudadanos, dado que ni existe el número de jueces necesarios para satisfacer las demandas de justicia hechas en una sociedad¹ en la que el número de derechos ha crecido sobremanera en un escaso número de años, ni están promulgadas las leyes procesales que permitan una actuación judicial respetuosa con unas garantías jurídicas ajustadas a las pautas constitucionales. Es conocido que, aparte de algunas otras, las leyes que faltan para

1. De esto son conscientes no sólo los juristas sino los ciudadanos en general como demuestran distintas encuestas realizadas sobre la cuestión. Véase, por ejemplo: TOHARIA, J. J., «Cuarto Barómetro de opinión del Consejo General del Poder Judicial», *Poder Judicial*, 12, 1988, p. 72.

completar el marco constitucional están constituidas precisamente por las leyes procesales², junto a una ley penal acomodada a los principios constitucionales y a las necesidades de la sociedad española de los noventa.

Pese a todo no es prematuro referirse al tema «Democracia y Jueces». Ello mucho más en el ambiente que proporciona el «Anuario»: dadas las circunstancias a ello ha de referirse la Filosofía del Derecho. Acabamos de expresar que faltan leyes que orienten acerca de la actuación de los principios constitucionales por un juez a los que, por otro lado, se requiere sean «agentes democráticos» tanto por la sociedad, a través de programas de partidos políticos o manifestaciones ciudadanas, como por el mismo Tribunal Constitucional a través de sus sentencias. Igualmente los jueces, ellos lo reclaman persistentemente, no quieren quedar situados en el terreno que los sitúan, por ejemplo, los medios de comunicación, al poner en duda intermitentemente su actuación de los principios del Estado de Derecho vigentes³.

De ello se trata aquí exponiendo los resultados que ofrece la aplicación a este campo de los métodos de trabajo habituales de la Filosofía del Derecho⁴. Se va a explorar en primer lugar qué es lo que se entiende por Democracia en la actualidad, acomodando la definición a su atribución a las actividades judiciales (II). A continuación se exponen algunas notas fundamentales acerca de lo que hoy cabe entender por actuación —técnica— judicial (III). Finalmente se proponen, teniendo en cuenta lo anterior, algunos criterios o pautas que pueden servir de orientación a una actividad judicial democrática (IV). Es importante insistir en que el punto de mira no es el de la actividad judicial en general, o la sucedida en cualquier lugar del mundo, sino la que sucede y debe suceder hoy en España⁵.

2. Es preciso advertir que no es una cuestión fácil la de establecer en estos momentos unas leyes procesales ajustadas a las exigencias jurídicas, morales, sociales, políticas, económicas y técnicas de la actualidad. En discurrir dichas leyes se está en prácticamente todo el mundo desarrollado. Un paso significativo a estos efectos es el que se está dando en la Comunidad Económica Europea. Véase a estos efectos la interesante propuesta recogida en: COMMISSION DES COMMUNAUTÉS EUROPÉENNES, *Proposal for a council directive coordinating the laws, regulations and administrative provisions relating to the application of Communities rules on the procurement procedures of entities operating in the water, energy, transport and telecommunications sectors*, Bruselas, 28.2.1990

3. Se informa acerca de la «autoimagen» de los Jueces y de la que de ellos tienen otros grupos sociales en RICO J. J., VERA PADIAL. M., «Juez, Poder Judicial y Administración de Justicia en la élite jurídica española», *Anuario de Filosofía del Derecho*, V, 1988, pp. 125-153.

4. Como referencia para el uso de estos métodos me remito a mi trabajo GALINDO, F., «Autopoiética, ¿hermeneútica renovada? Sobre el método en la construcción de una teoría del derecho», *Anuario de Filosofía del Derecho*, V, 1988, pp. 312-316

5. El interés del conocimiento está marcado en este trabajo por la satisfacción, en la medida de lo posible, de las exigencias de comunicación ideal que quedan recogidas en las propuestas de la teoría de la acción comunicativa. Más en concreto en las propuestas sobre utopías políticas, propugnando la del Estado social, recogidas por Habermas. Véase HABERMAS, J., *Die Neve Unübersichtlichkeit*, Frankfurt, Suhrkamp, 1985, pp. 139-163.

II. ¿QUE ES DEMOCRACIA?

No es nada fácil realizar hoy una aproximación al término. Mucho más cuando su contexto ha de estar marcado por la adjetivación de las actividades judiciales como democráticas. Mucho más, como se decía, cuando el caso es el español, en el que en la práctica se confunde satisfacción de las necesidades actuales de la judicatura, como las relativas a poder funcionar materialmente, o a terminar con el retraso judicial, o a eliminar todas las trabas procesales que permiten en la práctica forense una leyes promulgadas a lo largo del siglo XIX, con el acercamiento de la Administración de Justicia a los ciudadanos. En este sentido se reduce la idea de «justicia democrática» a la de hacer a los ciudadanos partícipes del Estado de Derecho por la circunstancia de la resolución de sus conflictos más graves en forma expedita por autoridades judiciales⁶. En esto coinciden las autoridades judiciales, reiterando en sus declaraciones oficiales que en estos momentos —tras la promulgación de la Constitución y las leyes que la desarrollan—, cuando se ha producido un notable crecimiento de los derechos de los ciudadanos, el logro del objetivo de que la Administración de Justicia funcione es el primordial —el de mínimos— si se quiere que se haga real la garantía de tales derechos y con ello la satisfacción de su participación en la vida diaria del Estado de Derecho⁷.

Y no les falta razón al legislativo, al ejecutivo y a las autoridades judiciales, Consejo General del Poder Judicial o Fiscalía General, cuando centran todavía sus apetencias en satisfacer estas necesidades aprobando, como se ha hecho recientemente, la Ley Orgánica del Poder Judicial y la de Planta que la desarrolla, ocupándose de establecer una demarcación judicial que permita una mejor distribución de las ocupaciones de los jueces, a efectos de que con ello puedan realizar un trabajo más próximo y meditado de los casos que están obligados a resolver.

Pero todo esto no puede hacer olvidar que en ello hay un atención a la coyuntura, que esto no basta para afirmar que con su satisfacción se está acercando la Democracia a los Juzgados. Hay que admitir sin la menor duda que los Juzgados, solucionado el problema material, producido un efectivo reparto de los asuntos y proporcionada una adecuada atención a los mismos, no serán por ello mismo considerados por la sociedad Juzgados o

6. Así, por ejemplo, se opinaba en la Memoria del Fiscal General del Estado de 1987. Véase: *MEMORIA elevada al Gobierno de S.M. presentada al inicio del año judicial por el Fiscal General del Estado*, Madrid, 1987, pp. 11-22 *passim*.

7. El estado de la opinión al respecto así como las acciones realizadas, desde la perspectiva del Poder Judicial, puede verse en la reseña de actividades hecha en *MEMORIA que el Consejo General del Poder Judicial eleva a las Cortes Generales*, Madrid, 1989, pp. 9-13.

Jueces de una Democracia⁸. Para ello es preciso que cumplan otros requisitos, y en su explicación se justifica la exploración que a continuación se realiza en torno a lo que se entiende en la actualidad por Democracia.

Volviendo al testimonio de autoridades legislativas y judiciales, una reciente reforma, la referida a la modificación del proceso penal, nos permite adentrarnos en el terreno de la precisión de la idea de Democracia y Administración de Justicia. La mencionada reforma, forzada por una Sentencia del Tribunal Constitucional, respondía a la necesidad de atender al principio de legalidad, y en concreto a las reglas constitucionales que, aplicando viejos principios liberales del Estado de Derecho recogidos incluso en las leyes procesales españolas todavía vigentes, prescriben que un juez no puede entender de un mismo asunto en las fases de instrucción y juicio. Pero no es esto último lo que más nos importa en este lugar, lo que queríamos destacar es que el señalado respeto al principio de legalidad, origen de la ley mencionada⁹, es común a todos los juristas, lo consideran el fundamental para sus actividades. Viene a ser prácticamente, en todos sus desarrollos, lo mismo que el principio de seguridad.

Incluso en la práctica diaria el principio de legalidad es el considerado fundamental para la Administración de Justicia. Es más, puede decirse que es el principio en torno al cual no existen diferencias sustanciales entre los jueces y juristas en general. Por supuesto que está recogido como tal primer principio a regir en la actividad profesional en las Memorias del Consejo General del Poder Judicial, o en las de la Fiscalía, o en los tratados doctrinales, o en las sentencias, o en las leyes, o en la misma Constitución. La coincidencia también llega, y ello es lo que aquí nos importa, hasta lo siguiente: a la identificación entre legalidad y Democracia. Reiteradamente se expresa que la actuación democrática de los jueces y de los juristas está sometida a la estricta aplicación del principio de legalidad¹⁰. Con ello se entiende, como se menciona en tratados filosóficos y jurídicos liberales, que la actividad judicial ha de ser de carácter técnico: la realización de la interpretación y aplicación de las leyes ha de ser en forma jurídica, o científico jurídica o, sobre todo, ha de estar alejada de la parcialidad, y muy especial-

8. Según se reconoce en una sentencia del Tribunal Constitucional relativa a un recurso presentado por los Decanos de Colegios de abogados vascos, la escasez de dotación de medios materiales de la Administración de Justicia no se puede considerar una infracción de los principios fundamentales del proceso. Es la sentencia 45/1990 de 15 de marzo, BOE 9 de abril de 1990.

9. Dice el Fiscal General: «El "procedimiento abreviado" que crea la referida ley (Ley Orgánica 7, de 28 de diciembre de 1988) además de salvar el principio constitucional de "quien instruye no debe fallar", posibilita la también exigencia constitucional de un proceso sin dilaciones indebidas». Mas adelante: «la realidad criminal que vivimos, sin la reforma citada, llevaba camino de hacer imposible la tutela efectiva de los Tribunales que demanda la Constitución». Véase *MEMORIA elevada al Gobierno de S. M. presentada al inicio del año judicial por el Fiscal General del Estado*, Madrid, 1989, p. 13.

10. Un ejemplo de esta actitud entre los jueces puede verse en: MARIN CASTAN, F., «Control democrático y legitimación del Poder Judicial», *Poder Judicial*, Especial XI, 1986, pp. 110s.

mente de la política¹¹. Este es el papel por excelencia del juez y del jurista en general. No puede evadirse del mismo una vez que las leyes —las Constituciones y las Declaraciones de derechos— prescriben que sólo el Parlamento es el terreno de la política y por lo mismo la zona en la que se puede constituir la voluntad general. La política, en cambio, está alejada de los Juzgados, éste es el reino de la técnica.

Hasta aquí llegan en forma coincidente las propuestas de los juristas. Es un lugar común. Defienden el principio de legalidad y por ello todavía hay fuertes reservas, en las que coinciden técnicos «conservadores» y «progresistas», con respecto a medidas como, por ejemplo la relativa a la introducción del denominado «principio de oportunidad» en el proceso penal. Este principio que consiste en la posibilidad de llegar a acuerdos en materia penal, en asuntos relativos a delitos de menor entidad cometidos por delincuentes no habituales, que conduzcan a una disminución de las penas, se critica porque su admisión da margen a la introducción de la idea de acuerdo o de la actuación de la discrecionalidad, o de la política, en determinados asuntos penales de escasa importancia¹². Los fiscales «progresistas», más dados a la introducción de novedades, admiten la recepción del principio, pero siempre, según dicen, que su actuación quede tasada o regulada por la ley, quede sometida al criterio de la legalidad¹³.

Nos encontramos con ello ante una aceptación de la idea de Democracia por parte de los jueces o juristas en general, que comporta, paradójicamente, la limitación de la actuación profesional de los juristas como veremos en los apartados siguientes. La explicación reside en la historia de los orígenes de los sistemas jurídicos continentales: una vez que los jueces formaban parte de las clases sociales privilegiadas del Antiguo Régimen, y actuaban el derecho según el albedrío que les permitía el derecho absoluto y el derecho natural teológico en última instancia, la mejor forma de someter sus actividades en la época de la razón ilustrada residió en la prescripción del sometimiento de sus decisiones, a través de la obligación de motivar-

11. Hay alguna excepción entre los mismos jueces. Así se da cierto juego a la «política» en la construcción de la resolución judicial en VARELA CASTRO, L., «Sobre la legitimidad del Poder Judicial», *Poder Judicial*, Especial XI, 1986, pp. 96s. Pero por lo general hay una aceptación explícita o implícita de las propuestas de Montesquieu.

12. De principio de «selección reglada» en lugar de «principio de oportunidad», siempre en el marco del principio de legalidad se habla en el siguiente trabajo, obra de un Magistrado del Tribunal Supremo: DELGADO BARRIO, J., «El principio de oportunidad en el proceso penal. (Aplicación de la doctrina de los conceptos jurídicos indeterminados)», *Actualidad Penal*, 1990, 15, pp. 147-153.

13. Véase: «Conclusiones. Primera Comisión. El principio de oportunidad y el futuro modelo del ministerio Fiscal», *II Congreso de la Unión Progresista de Fiscales*, 1987, manuscrito. El lema general del Congreso era: «Un modelo de Ministerio Fiscal para el progreso de la sociedad». En las manifestaciones de las Asociaciones profesionales, progresistas o conservadoras, de jueces, también el respeto al principio de legalidad es una de las exigencias permanentes.

las¹⁴, a las leyes, expresión de la voluntad de los ciudadanos y del nuevo régimen —liberal— político. La aceptación de la idea en España en 1990 tal vez tenga cierta relación con lo que sucedió a comienzos del régimen liberal: por una parte a la circunstancia de que las leyes son aprobadas por el Parlamento, autoridad soberana, por lo cual contienen la razón que les confiere la voluntad general, y por otro lado a que tras las prácticas sucedidas en una larga dictadura, la costumbre o el hábito de seguir tomando como orientación profesional el respeto al principio de la legalidad, garantía válida para mantener el imperio de la ley a la vez que coartada para mantener la independencia frente a la dictadura, ha podido considerarse la mejor forma de garantizar la independencia a lo largo del proceso de transición democrática todavía no concluido en España. El problema reside en que, como decíamos, la admisión del principio de legalidad como norte de las actividades jurídicas significa también que estas actividades no pueden ser consideradas abiertamente políticas, ni mucho menos democráticas, sino a lo sumo —lo que de todas formas no es poco— tecnocráticas o profesionales. Sobre porqué esto es así nos extendemos en el siguiente apartado.

Observando la discusión española y lo que sobre sí mismos, sobre sus hábitos, expresan los profesionales del derecho, constatamos que no hay mayores coincidencias a la hora de especificar las notas relativas a una actuación democrática de los mismos. Esta actuación queda centrada, como hemos expresado, en la solución de las deficiencias materiales de la Administración de Justicia y en la realización del principio de legalidad. Pero con ello no llega a tener extensión entre los juristas el uso que se hace del término Democracia en otros ambientes. No se apela, por ejemplo, al sentido que se otorga a la palabra Democracia en muchas de las disposiciones del legislativo: Democracia llega a ser lo mismo que distribución igualitaria de la riqueza, observada la sociedad en datos macroeconómicos más que en su detalle concreto. Tampoco hay eco entre los profesionales del derecho de algo que se pone de relieve por tratadistas jurídicos y políticos: la idea de que la Democracia en la actualidad, puesta en práctica por el legislativo y —sobre todo— el ejecutivo de los países avanzados, es una Democracia vigilada o limitada por el control que las autoridades realizan tanto a los mecanismos de participación de los ciudadanos como a los medios de comunicación o de información, instrumentos para el gobierno de las cosas o el control de la actividad de los políticos, lo que exige reivindicar la aplicación de la idea entendiéndola como actuación del principio de autonomía de la voluntad. Tampoco se pone de relieve, en las mencionadas acotaciones del término democracia

14. Sobre la motivación, recogiendo doctrina española y la posición del Tribunal Constitucional, mostrando la necesidad de recoger prácticamente el principio en la práctica jurídica una vez que no está extendida entre los jueces, pese a que lo prescriben con claridad la Constitución, las leyes y el Tribunal Constitucional, la «costumbre» de motivar, véase FERNÁNDEZ ENTRALGO, J., «La motivación de las resoluciones judiciales en la doctrina del Tribunal Constitucional», *Poder Judicial*, Especial VI, 1989, pp. 57-87.

por los juristas, que la actividad de los jueces, «la Justicia», «emana del pueblo» (Constitución, art. 117.1), por lo cual dicha actividad ha de ser «participada» por el pueblo. Unas palabras sobre cada uno de los contenidos que se da al término Democracia en los sentidos que acaba de anunciarse.

A lo largo de los años setenta y ochenta del presente siglo, en prácticamente todos los países industrializados, también en España, se han extendido las políticas tecnocráticas, en parte utilitaristas, en parte neoliberales, según distintas terminologías. Los Gobiernos y Parlamentos de estos países han venido a modificar el objetivo social de su política legislativa y con ello el contenido de las leyes, orientándolas a la satisfacción de intereses económicos. Así disposiciones de fomento del mercado, en mayor medida que normas sociales, han caracterizado a las leyes económicas, a las regulaciones de tipo administrativo e incluso a las mismas medidas sociales reclamadas por el ordenamiento jurídico, a lo largo de los últimos años. Dichas normas han tomado como filosofía orientadora la de alcanzar la mayor felicidad para el mayor número de ciudadanos. Este lema ha pasado a convertirse en el contenido de la Democracia¹⁵, sustituyendo al relativo a la obtención de la mayor participación política para el mayor número de ciudadanos, que puede decirse ha sido el objetivo de las propuestas democráticas desde que a finales del XIX lograra obtener reconocimiento jurídico el principio del sufragio universal. Es de hacer notar que dicha tendencia está siendo incrementada con el desarrollo de las tecnologías de la información y la comunicación producido a lo largo de los ochenta, una vez que la implantación social de estas tecnologías exige la modelización de la sociedad, modelización que es menos compleja, y por tanto más económica, en cuanto que se realiza atendiendo a los criterios que señalan las leyes del mercado o los principios utilitaristas. Hay que pensar que dicha modelización reclama la eliminación en mayor medida posible de las particularidades sociales, una vez que esta complejidad exige la construcción de caros y poco funcionales modelos e instrumentos adecuados al Gobierno de los países.

En el sentido que acaba de señalarse una actuación judicial democrática bien puede entenderse como una actuación orientada por el logro de la mayor felicidad para el mayor número, o lo que es lo mismo: una actuación judicial regida por el principio de la eficacia, entendiendo que ésta se incrementa, por ejemplo, en cuanto se acrecienta el número de casos resueltos por los jueces. Desde una perspectiva material, entrando en la consideración de la ideología o política en virtud de la cual se resuelven por los jueces los casos, admitiendo con ello que los jueces hacen política¹⁶, ello significa ajustar la decisión a la adopción de parte de los criterios recogidos en las leyes: los relativos al establecimiento de la sociedad de libre mercado a partir de la imagen del contrato. La posición de Rawls referida

15. Véase la exposición y crítica de la identificación que se hace en RILEY, J., «Utilitarian Ethics and Democratic Government», *Ethics*, vol. 100, 2, 1990, pp. 335-348.

16. Véase el apartado siguiente para la admisión «moderada» de esta tesis.

a la recomendación de ignorar las cosas materiales y mostrar frialdad para con las circunstancias, racionalidad científica en definitiva, en el momento de establecer criterios de justicia, facilita instrumentos para esta política judicial «democrática», ello lo logra su «teoría de la justicia como imparcialidad»¹⁷.

Hay que hacer notar aquí que este tipo de argumentos no es recogido por los juristas españoles y mucho menos por los jueces. Tampoco, en principio, es la mencionada filosofía que parece estar detrás de las expresiones de las autoridades judiciales y administrativas cuando se preocupan por aprobar disposiciones dirigidas a incrementar el número de jueces y resoluciones. Esto último tiene más bien que ver con la necesidad de ajustar, de una vez por todas, nuestro Estado de Derecho a las exigencias de una sociedad desarrollada en la que se ha incrementado el número de derechos de los ciudadanos, a similitud de lo sucedido en otros países en un proceso que se ha extendido por el mundo próximamente desde el final de la Segunda Guerra Mundial, congruente todo ello con el ejercicio del principio de legalidad.

Pero, como decíamos, también se le viene dando a la idea de Democracia un contenido distinto al que acabamos de expresar. Dicho contenido es reacción al que le suministra el utilitarismo, que ha traído como consecuencia, por ejemplo, la criminalización de conductas heterodoxas que tradicionalmente estaban garantizadas por el principio liberal de la libertad de expresión. Estas consecuencias han originado, a la contra, una insistencia en el establecimiento de criterios de conducta basados en el principio de la dignidad humana o, con otras palabras, en el de la autonomía de la voluntad, o en la exigencia de proclamar la actuación de los derechos humanos como objetivo y contenido de las leyes y de las actuaciones judiciales. La apelación al contenido de Democracia en este sentido no queda cerrada en la negación de lo existente, una vez que también se establecen propuestas positivas; en concreto, se propugna la práctica de una reflexión crítica, autoemancipadora, manifestándose que el desarrollo de la reflexión es desarrollo de la Democracia y que el desarrollo de la Democracia es desarrollo del Estado de Derecho¹⁸.

En estos casos cabe propugnar que una actuación judicial democrática es la actividad desarrollada en el marco los principios jurídicos, con espíritu crítico o alternativo. Una actividad jurídica democrática sería aquella que potencia el ejercicio de la autonomía de la voluntad o la realización del imperativo categórico kantiano, propiciando a partir de la resolución de conflictos por medio de resoluciones la perpetuación de ámbitos autónomos.

17. A esto nos lleva, pese a su crítica al utilitarismo, paradójicamente, Rawls por medio de su postura moral. Ver para esta fundamentación: RAWLS, J., *A Theory of Justice*, London, Oxford University Presse, 1978, pp. 51ss.

18. PREUSS, U. K., «Rechtstaat und Demokratie», *Kritische Justiz*, 22, 1, 1989, p. 12.

La apelación constitucional a que la Justicia «emana del pueblo», ha de verse completada por la disposición que establece que los ciudadanos auxiliarán el proceso penal a través del jurado. Ello es lo mismo que decir que en estos principios se reconoce el papel secundario de los ciudadanos en el ejercicio de la Justicia. En tales disposiciones constitucionales, y en otras que las han desarrollado, sobre todo se hace constar que la actuación de la Justicia tiene que producirse por el ejercicio de la misma por jueces inamovibles y profesionales. La verdad es que en virtud de tales afirmaciones no parece viable admitir una rectificación de la tecnificación judicial, ni dan ellos pie a establecer una mayor posibilidad para la democratización por principio de las actividades judiciales. Ahora bien, la puesta en práctica de tales exigencias jurídicas puede potenciar un cambio de actitud entre los jueces: una receptividad para con las exigencias intersubjetivas de la sociedad, al menos para con determinadas materias —las penales— en las que la franja de separación entre técnica y política de hecho está permanentemente puesta en cuestión. Esto puede tener su interés, porque son medidas procesales de este tipo, que potencian la participación de la pluralidad de culturas sociales en la actividad técnica, las que aproximan a la actuación de una justicia en puridad democrática. Con medidas como la relativa a la introducción del jurado es posible proponer a la judicatura que en su *modus operandi* introduzca criterios morales reconocidos como tales por la mayoría de los ciudadanos. Ello significa aceptar —en la Constitución— la parte de política que tienen las actividades judiciales. Con lo cual se acepta la idea clásica de participación a la que equivale la democracia desde finales del siglo XVIII, y que ha sido realizada especialmente desde los comienzos del siglo XX¹⁹.

Dicho esto, que anticipa la respuesta ofrecida en apartados siguientes y que podemos resumir en la adopción aquí, como punto de partida, de que la idea de Democracia de la que parece más conveniente partir es la relativa a propiciar la realización de una actividad judicial participada a través de los procedimientos pertinentes por la pluralidad de culturas presentes en nuestra sociedad, tiene interés pasar a establecer algunas de las notas fundamentales de lo que hoy cabe entender como actuación judicial técnica, y por tanto —lo vamos a ver— la necesidad de asumir que esta actuación es y debe ser ideológica o política. Pensemos en que esto último es previo: si no se admite, lo cierto es que no tiene sentido realizar propuestas de actuación democrática para la judicatura.

19. Es la idea de Democracia recogida todavía paradigmáticamente en Rousseau: «“Encontrar una forma de asociación que defienda y proteja de toda fuerza común a la persona y a los bienes de cada asociado, y por virtud de la cual cada uno, uniéndose a todos, no obedezca sino a sí mismo y quede tan libre como antes”. Tal es el problema fundamental al cual da solución el contrato social», ROUSSEAU, J. J., *Contrato social*, trad. Fernando de los Ríos. Madrid, Espasa-Calpe, 1980, p. 42.

III. ¿QUÉ TÉCNICA JUDICIAL?

«Los jueces hacen política», dice un libro alemán que estudió el comportamiento de los jueces, teniendo en cuenta las resoluciones de los miembros del Tribunal Constitucional con motivo del cambio de gobierno sucedido en el transcurso que va entre finales de los años sesenta y mediados de los setenta en este siglo²⁰. Aparentemente esto va en contra de los principios del Estado liberal, justamente establecido para impedir el libre arbitrio, la injusticia o la actuación ideológica o emocional de los jueces. Este principio también está en contra de lo que dicen se exigen a sí mismos los jueces españoles, celosos defensores de su independencia y de su actuación de exquisita corrección técnica aplicando el principio de legalidad.

Insistiendo en la misma idea, Dworkin se ha fijado en expresar cómo incluso la actividad considerada más técnica entre los jueces es una actividad política. En efecto, Dworkin ha expuesto cómo al buscar los precedentes y distinguir entre ellos los pertinentes para un caso, dichas actuaciones no han sido realizadas por la aplicación de reglas técnicas uniformes, sino por el uso de criterios políticos, adecuados a las circunstancias del caso y a las convicciones del decisor, atendiendo a las peculiaridades de la «historia» del proceso, por parte del juez²¹.

Habermas expresa: «Hoy es fácil observar cómo es un hecho el de que los jueces hacen política. En estos momentos los jueces están situados en tal posición que permanentemente han de tomar iniciativas o adoptar preferencias, valoraciones o políticas. Ello es debido tanto a las características de la misma lógica de la aplicación de las leyes, como a la puesta en práctica por Parlamentos y Gobiernos de las políticas intervencionistas. En efecto: tanto la complejidad de las materias reguladas, como la creciente interdependencia de las normas, obligan al juez a aplicar el derecho a partir de su autoridad pese a la vigencia del principio de legalidad. Por ello, hablando en términos clásicos, cabe referirse a una crisis del derecho en cuanto que: hay una creciente indeterminación interna de la jurisprudencia, que se presenta como reflejo jurídico de desarrollos políticos y sociales irreversibles y que exige del juez una interpretación constructiva y creadora del derecho, sin que para esta “ponderación” existan medidas definidas, legitimadas democráticamente y verificables intersubjetivamente, o procedimientos capaces de establecerlas»²².

20. Me refiero a: LAMPRECHT, R., MALANOWSKI, W., *Richter machen Politik*. Frankfurt, Fischer, 1979, 288 p.

21. DWORKIN, R., *Law's Empire*, Harvard University Press, Cambridge, 1986, pp. 87s, 15-30 passim. Hay traducción: DWORKIN, R., *El imperio de la justicia: de la teoría general del derecho, de las decisiones e interpretaciones de los jueces y de la integridad política y legal como clave de la teoría y práctica*, trad. Claudia Ferrari, Barcelona, Gedisa, 1988, 328 p.

22. HABERMAS, J., «Der Philosoph als wahrer Rechtslehrer: Rudolf Wiethölter», *Kritische Justiz*, 1989, 2.

Por todo ello, son criticables en cuanto insuficientes las consideraciones puramente tecnocráticas de las actividades judiciales. De ahí que la frase relativa a que «los jueces hacen política» sea una frase acertada²³.

Pero esto no es nuevo: desde Ihering, desde el positivismo filosófico en buena medida, se sabe esto y se intenta limitar dicha actividad política de distintas maneras. Propuestas famosas —relativamente recientes— son las que recomiendan adoptar como guía de actuación para los juristas los principios de la teoría de la norma o de la norma lógico trascendental (Kelsen); o las construcciones que propugnan considerar que en realidad los jueces acostumbran a actuar «científicamente»: lo que se manifiesta propugnando que actúan a través de actos constatables —de alguna forma— empíricamente, como sucede en el caso del reconocimiento de las normas jurídicas (Hart). Por ello se expresa que sus conductas si no son técnicas al menos pueden ser sometidas al control de racionalidad²⁴. Con estas indicaciones se señalan vías de solución para paliar en la medida de lo posible la circunstancia de que las resoluciones judiciales son en buena parte juicios de valor o, como dice el neopositivismo, proposiciones valorativas²⁵.

En la actualidad, dada la señalada insuficiencia de dichas afirmaciones como partícipes de las debilidades del positivismo filosófico, se hace algo más: se está cambiando de paradigma o de modelo de trabajo o reflexión para con el derecho. Asumiendo el hecho de que los «jueces hacen política», se entra a estudiar su ámbito de actuación, y se menciona que si bien la actividad judicial en el fondo es libre, su ámbito, en cambio, está constituido a partir de estructuras y principios jurídicos, los promulgados por el Estado democrático, configurados a partir de tan elevadas dosis de racionalidad, experimentadas a lo largo de la historia de los dos últimos siglos, que hacen que la actividad judicial sea regulable, porque cabe establecer controles de racionalidad de su ámbito. A este ámbito se le denomina argumentación. Ello, incluso, es perfectamente compatible con la aceptación de que la actividad judicial tiene caracteres de política. Congruentemente con estas ideas se ha contruido por varios autores la denominada «teoría de la argumentación jurídica», considerada como un caso especial —jurídico— de la teoría de la razón práctica²⁶.

En este contexto se insiste en que es preciso cambiar la consideración acerca de la operación fundamental que realizan los jueces: ya no cabe ha-

23. Ello, además, lo reconocen tanto los juristas en general como los mismos jueces. Así menciona, a partir de varias encuestas, como está reconocida, dentro de ciertos límites, la función que cumple la ideología en las decisiones judiciales, RUIZ RICO, *o.c.*, pp. 151ss.

24. Se apela a Kelsen y Hart en este sentido en PRIETO SANCHIS, L., *Ideología e interpretación jurídica*, Madrid, Tecnos, 1987, pp. 141s, 129-140 *passim*.

25. Hay una detallada crítica acerca de la insuficiencia de las propuestas de Hart justamente por no aceptar aquello que ayuda a probar la teoría del reconocimiento: la penetración de la moral en el mundo del derecho en: RAMOS PASCUA, J. A., *La regla de reconocimiento en la teoría jurídica de H. L. A. Hart*, Madrid, Tecnos 1989, 251 p. En especial: pp. 194-200.

26. ALEXY, R., *Theorie der juristischen Argumentation*, Frankfurt, Suhrkamp, 1978, p. 264.

blar de subsunción sino de ponderación, admitiéndose así la componente política de dicha operación. Hay que pensar que ponderación es lo mismo que evaluación.

De esta forma, ¿qué es hoy actuar jurídico-técnicamente? La actuación técnica en terreno jurídico, con lo hasta aquí dicho, viene a considerarse de la siguiente forma. La actuación técnica no tiene tanto que ver con la actividad de aplicar o interpretar el derecho, que son operaciones decididamente políticas, aunque sean realizadas forzosamente en un contexto tasado por las reglas de interpretación del Código Civil, o por las reglas que para la aplicación prescriben las normas procesales, o por las disposiciones de contenido del ordenamiento, cuanto que tiene que ver con otra operación irremediable —dado el marco establecido por la teoría de la argumentación jurídica— en todas las actividades jurídicas: la operación de justificar coherentemente todo tipo de resoluciones. Por justificar se entiende aquí, sobre todo, la operación de documentar jurídicamente todo tipo de actuaciones profesionales. Este es el caso de las actividades judiciales.

En este momento se hace preciso profundizar en el cambio de paradigma. En concreto hay que explicar esta tesis, propia de la teoría de la argumentación jurídica, respondiendo a las siguientes preguntas ¿cómo actúan los juristas? ¿cuáles son las principales características de sus actividades? ¿cómo deben actuar los juristas? ¿coherencia, con respecto a qué?

La explicación del cambio de paradigma, y por tanto las respuestas a estas preguntas, se hace posible porque desde prácticamente después de la segunda guerra mundial se han sentado las bases para conocer y comprender las características de la práctica jurídica (interpretación, aplicación, dogmática)²⁷. Hasta ese momento el interés de la reflexión jurídica en la Europa continental estaba centrado especialmente en la reflexión sobre las normas o la teoría de las normas. Trabajos como los de Viehweg con relación a la tópica, o los de Perelman con relación a la moderna retórica fueron, entre otros, los fundamentos de esta reflexión. Ellos manifestaron que esta práctica tiene que ver con «justificación» de sus actividades a través de argumentos expuestos de forma «estratégica» a lo largo del proceso. Estos autores consideran al proceso como una acción realizada por personas en un determinado período de tiempo.

La hermenéutica alemana ha colaborado a esta reflexión aportando relevantes pautas a la misma: el propio Gadamer, desde la filosofía general, se ha fijado en la actividad de los juristas como argumentadores «ejemplares». También la dogmática ha establecido consideraciones conexas a las mencionadas, e incluso previas: así la fijación de la «precomprensión» por Esser. También Engisch. Desde hace tiempo las manifestaciones de Habermas sobre la acción comunicativa, la razón práctica y el concepto de racionalidad discursi-

27. Lo que sigue es una revisión y ampliación de las propuestas y referencias hechas en GALINDO, *o.c.*, pp. 312-316.

va, en definitiva sus explicaciones ideales sobre el actuar, recogidas por juristas, han ampliado la base de las posiciones anteriores, al estimar ya no sólo que los profesionales del derecho en todas sus actividades están caracterizados por seguir las reglas de la razón práctica al mismo tiempo que las normas, los principios jurídicos, e incluso morales, recogidos en la Constitución, sino que están obligados a ello justamente por el valor emancipatorio o democratizador de dichas reglas, en cuanto que las mismas posibilitan la participación o cuanto menos la consideración de todas las culturas en la práctica jurídica. Esto exige a los juristas actuar atendiendo a las condiciones procesales del discurso racional práctico, que, según la teoría de la argumentación jurídica, apela a actuar con la mayor claridad conceptual, utilizar la información empírica en la mayor medida, actuar con generalidad y, en lo posible, con libertad de perjuicios.

Desde la denominada «teoría del derecho», se encuentran recogidas parcialmente estas ideas en los trabajos, entre otros, de Aarnio, Alexy²⁸ y Peczenik. Estas posiciones, constitutivas de la «teoría de la argumentación jurídica», pese a su orientación marcadamente normativista y positivista, profundizan en el estudio sobre las características reales de las actividades jurídicas: acercan al marco de conocimiento fijado por la hermenéutica y, sobre todo, por la filosofía de la razón práctica; hay que pensar que dichos autores desde posiciones filosóficas y científicas recientes introducen claridad al estudio del derecho o, mejor dicho, la necesidad de que en dicho estudio y en la aplicación se utilicen argumentos «estandarizables» o científicos, lo que no es poco una vez que con ello amplían el conjunto de objetos de discusión sobre el derecho hasta ámbitos extranormativos: al terreno de las actividades judiciales por ejemplo, fuera de lo que se ha tenido en los últimos años como terreno de lo inescrutable, marcado por una separación tajante entre el terreno del derecho y el de la moral. La teoría de los sistemas sociales de Luhmann complementa a las anteriores, aportando métodos de trabajo propios de la sociología, a efectos de conocer las características de la actividad judicial²⁹, manteniendo la mencionada separación —derecho valores— desde la perspectiva de que tan sólo propone el conocimiento de lo encajable en categorías científicas o racionales o, hasta cierto punto, formales.

La novedad reside en estos momentos en que la Filosofía del Derecho, a efectos de dar soluciones al problema de la irremediable actuación política de los agentes jurídicos, va más allá que las propuestas de las teorías jurídicas de la argumentación, ocupándose no sólo de expresar tecnocráticamente dicha práctica sino de averiguar y expresar en forma «standard» —apelando

28. Hay una traducción: ALEXY, R., *Teoría de la argumentación jurídica: La teoría del discurso racional como teoría de la fundamentación jurídica*, trad. Manuel Atienza, Isabel Espejo, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1989, 346 p.

29. Un interesante producto jurídico de las propuestas de Luhnman y las tesis de Wiethölter es: FREY, R., *Vom Subjekt zur Selbstreferenz. Rechtstheoretische Überlegungen zur Rekonstruktion der Rechtskategorie*, Berlín, Duncker & Humblot, 1989, 123 p.

al postpositivismo «modernista»— cuáles y cómo lo hacen son las valoraciones o convicciones que se incorporan a cada una de las actividades en las que se desenvuelve la vida jurídica en las sociedades democráticas³⁰. Esto puede resumirse diciendo que las propuestas filosófico-jurídicas atienden a expresar tanto el marco jurídico como el moral de la argumentación jurídica, o, mejor, las condiciones de la práctica de todas las actividades jurídicas, pasados ya los tiempos en los que realizar un estudio extranormativo del derecho era una actitud considerada escasamente científica o «psicologista», como expresaba peyorativamente la analítica. En esto inciden la sociología y la filosofía en general³¹.

Resumiendo la explicación última para con las actividades fundamentales —«clásicas»— de los juristas se puede decir que, según la Filosofía del Derecho, es la siguiente. Antes de entrar en materia es preciso advertir que la siguiente explicación es «filosófica» e «ilustradora», lo que quiere decir que ella es tan sólo un esquema que, como los modelos, recoge tan sólo los datos más significativos para el presente trabajo. En otro contexto la explicación de las actividades de los juristas debe contar con mayores datos, en esa situación los que a continuación se mencionan pueden ser considerados su matriz.

Las actividades de los juristas, que se producen en la realidad en forma simultánea en la mayor parte de las ocasiones son tres: interpretación y aplicación del derecho y, para los juristas académicos, construcción de dogmas (para otros construcción de proposiciones normativas). Según ha puesto de relieve la discusión filosófico-jurídica reciente, cada una de ellas consta del suficiente número de facetas como para que si bien tiene sentido su reducción a sistema no lo tiene su reducción a fórmula o norma o a proposición normativa o ser expresada en los términos que propone la teoría de la argumentación jurídica. Ello es imposible también por lo que indican los estudios más recientes sobre las características complejas del conocimiento humano.

Por lo que hace a la interpretación de los textos legales³², hay que decir que no está regida por método alguno sino, en última instancia, por los prejuicios o la precomprensión del intérprete para con el caso con respecto al cual el jurista efectúa la interpretación de los textos. Ciertamente es que

30. ZIPPÉLIUS, R., *Rechtsphilosophie*, München, Beck, 1989, pp. 244-270.

31. Fundamentan lo dicho las propuestas de MATURANA, H., «Biology of cognition», en MATURANA, H. R., VARELA, F., eds., *Autopoiesis and Cognition: The Realization of the Living*, Dordrecht, Kluwer, 1980, pp. 2-62. Desde una distinta perspectiva pero relacionada con estas propuestas es de gran interés la discusión filosófica sobre Argumentación y Racionalidad «dialógica» recogida en WOODS, J., «Ideals of Rationality in Dialogic», *Argumentation*, 4/1988, pp. 395-408. Interesa la crítica recogida en dicho volumen a partir del artículo anterior de MACKENZIE, J., «Woods on Ideals of Rationality in Dialogue», *ibidem*: pp. 409-417, y la respuesta de Woods a Mackenzie: WOODS, J., «Rationality Ideals and Mentality», *ibidem*: pp. 419-424.

32. En lo relativo a la interpretación es sugerente la propuesta de Dworkin reducida a definir el derecho como concepto interpretativo («Laws is an interpretative concept», ver DWORKIN, *Law's empire cit.*, p. 410). Sobre la obra de Dworkin trata la monografía: BITTNER, C., *Recht als interpretative Praxis. Zu Ronald Dworkins allgemeinen Theorie des Rechts*, Berlín, Duncker & Humblot, 1988, 259 p.

estos prejuicios tienen carácter técnico-jurídico, e incluso hay reglas o pautas legales para que la interpretación se produzca respetando a la legalidad, con lo cual atienden a cierta regularidad³³; pero pese a todo es irremediable admitir, como hace la hermenéutica, que el horizonte del contexto — valores y prejuicios: sentimiento— y no tan sólo características del caso es el que marca las pautas de la interpretación jurídica.

Por lo que hace a la aplicación del derecho lejos quedan los tiempos en los que se consideraba que ésta era una operación mecánica o una mera subsunción. La escuela de derecho libre, el realismo americano y la jurisprudencia de intereses, entre otros, se han preocupado por criticar esa propuesta. Por ello hoy se habla de ponderación más que de subsunción. Esto es así porque aún aceptando que el jurista continental decide sobre unos hechos estableciendo la relación de los mismos con unos textos jurídicos, y sentando una conclusión que deriva de la relación de unos y otros, se admite también que esta resolución es producto también del contrabalanceo o ponderación de los argumentos aparecidos en el proceso, de las mismas características del caso y de los prejuicios o convicciones o hábitos del decisor³⁴. Por ello no es posible reducir esta operación a la de una subsunción en la que las premisas tienen sus notas o características definidas con claridad y la conclusión es la inequívoca deducción de las mismas³⁵.

Es difícil precisar las pautas características de la actividad de construir teorías o dogmas. Un autor que se ha ocupado con cierto detenimiento del tema es Aarnio, y él ha manifestado que dicha operación está sometida a las reglas sentadas por la denominada jurisprudencia de conceptos, pareciéndole también atinado hablar de que en ella se siguen las reglas del conocimiento científico en general, con una peculiar —mayor— afectación en el mismo de los valores o de los ideologías en las que cree la «sociedad» de dogmáticos o científicos del derecho³⁶. Acaso esta valoración pueda obviarse en la construcción de determinadas leyes técnicas (fiscales) pero siempre limitadamente. Por otra parte hay que decir que los resultados de esta construcción, las categorías doctrinales construidas por los juristas académicos, son uno más de los puntos de referencia para el conocimiento del derecho por los profesionales del derecho.

Por lo hasta aquí expresado ya debe de quedar claro que las actividades clásicas de los juristas en escasa medida son explicables por la teoría de

33. Sobre las características de la interpretación y el equilibrio que en la misma ha de producirse entre valoración y técnica: ESSER, J., *Vorverständnis und Methodenwahl in der Rechtsfindung*, Frankfurt/Main, Athenäum Fischer, 1972, pp. 116-141, en especial pp. 140s.

34. LARENZ, K., *Metodología de la ciencia del Derecho*, trad. Marcelino Rodríguez Molinero, Barcelona, Ariel, 1980, p. 442.

35. Se recoge una sucinta descripción de la complejidad de esta actividad en: PECZENIK, A., *On Law and Reason*, Dordrecht, Kluwer, 1989, pp. 29s.

36. Véase, por ejemplo, AARNIO, A., «Rechtsdogmatik-Wissenschaft oder Technik?», en AARNIO, A., *Wegen Recht und Billigkeit*, Berlin, Duncker & Humblot, 1988, p. 102.

la argumentación jurídica o por reglas técnicas, en buena medida están guiadas —además— por valores o son políticas. La coherencia, que cabe exigir de las mismas, atendiendo a las reglas de la comunicación ideal, por ello, no puede estar concentrada en el requisito de que las actividades se ajusten a las normas jurídicas, sino que éstas han de estar atemperadas a los valores «intersubjetivos» en los que creen las distintas culturas que integran a la sociedad.

Una ocupación imprescindible para la coherencia, es la de acceder a la documentación jurídica con la que fundamentar las actividades jurídicas. Esta actividad tiene tal relevancia que incluso se le considera un problema jurídico distinto a los anteriores propio de nuestro momento. Es el problema del acceso a los textos jurídicos. Este problema no es una construcción filosófica o teórica, es un problema real: ha surgido con el fortalecimiento del Estado de derecho o del Estado interventor, más tarde con el denominado fenómeno de la juridización o legalización³⁷. Depende del que ha sido denominado fenómeno de la juridización o legitimación³⁸. A consecuencia de este fenómeno el flujo de información, jurídica y no jurídica, que ha de manejar el profesional del derecho ha crecido en tal forma que en la actualidad se hace muy difícil el ejercicio profesional, regido por las categorías tradicionales. Hasta hace pocos años el derecho estaba constituido por Códigos más o menos extensos. Ello no es posible hoy para ninguna materia. Este problema, además, no se resuelve con el entrenamiento de los juristas en el «arte» de razonar: es preciso el uso de la información sobre el contenido de las leyes, una vez que los procedimientos siguen exigiendo la motivación de las propuestas recogidas en los documentos por medio de argumentos o tópicos o criterios recogidos en los textos jurídicos. El problema del acceso a los textos jurídicos ha conducido a una especialización profesional que acarrea dificultades de todo tipo una vez que, sobre todo, no se corresponde con las necesidades sociales, que demandan el mismo tiempo un conocimiento profundo del modo de resolver problemas complejos en los que están conectadas varias zonas de ordenamiento³⁹.

Sobre este problema, independientemente de los datos reales, hay referencias en la discusión filosófico-jurídica concretada a través de la tópica y la nueva retórica, o por medio de las variadas versiones de la denominada teoría de la argumentación jurídica, o por intervenciones prove-

37. De la «doctrina de las fuentes del derecho» habla Peczenik: PECZENIK, *On Law and Reason cit.*, p. 318. Sobre la complejidad de esta doctrina se extiende en: *ibidem*: pp. 313-371.

38. Al respecto, HABERMAS, J., *Theorie des kommunikativen Handelns*, Frankfurt, Suhrkamp, 1981, tomo II, pp. 522-547; sobre la definición del mismo pp. 523s. Hay trad. Manuel Jiménez Redondo, Madrid, Taurus, 1987, tomo I, 517 p., tomo II, 618 p.

39. A efectos de solventar estas dificultades se realizan, utilizando la pluralidad de métodos de conocimiento existentes en nuestra cultura, propuestas doctrinales que ayudan a conocer el fenómeno. Es interesante a estos efectos la monografía: DROSDECK, T., *Die herrschende Meinung. Autorität als Rechtsquelle. Funktionen einer juristischen Argumentationsfigur*, Berlin, Duncker & Humblot, 1989, 153 p. Véase, en especial, la sección relativa a la aproximación hecha a las fuentes del derecho por medio de la figura dogmática del «pensamiento dominante» (*ibidem*: pp. 74-140).

nientes de la misma crítica interna producida a la teoría analítica del derecho⁴⁰. De esta discusión ha surgido cuáles son los elementos materiales del acceso a documentación jurídica, o dicho de otra forma, los requisitos para la formación de coherencia: el hallazgo de textos y argumentos o criterios, jurídicos y morales, admitidos mayoritariamente porque, también han quedado manifiestos sus elementos formales: el marco, función o fin de la actividad. Este marco está constituido por las pautas fundamentales de las operaciones jurídicas «clásicas» antes explicadas: las de interpretación y aplicación del derecho o la de construcción de proposiciones normativas o dogmas, operaciones imprecisas pero muy estudiadas como ha sido puesto de manifiesto, y que son tanto el objetivo como los límites a tener en cuenta en la actividad de acceder al derecho y establecer la coherencia, sucedidas siempre en el contexto u horizonte constituido por los textos jurídicos vigentes⁴¹ y las convicciones morales intersubjetivas.

Sin duda alguna hay que agradecer a la teoría de la argumentación jurídica, el que estudiando las características de la interpretación y la aplicación jurídicas, haya señalado cómo la información jurídica se encuentra recogida en las disposiciones o normas y en las obras doctrinales o dogmáticas; también cómo se accede a la misma. En dicha teoría se expresa que es preciso procurar el acceso de estos textos a los juristas: prácticos, jueces, abogados, etc., y académicos: profesores o estudiantes. Este acceso ha de respetar los procesos que siguen estos sujetos en sus actividades profesionales para acceder a la información⁴². También ha de ser respetada la materia, como ha señalado Aarnio al indicar que las categorías de la dogmática son los estantes o anaqueles en los que se almacena clasificada la documentación jurídica. Con lo cual Aarnio sigue aquí las propuestas de Savigny sólo que sin apelar al espíritu del pueblo o a la tradición: Aarnio apela a la «comunidad de vida» analítica⁴³.

Por ello se admite que la actividad de acceder a los textos jurídicos es una actividad reglamentada, y, por lo mismo, sistematizable —entendiendo el término sistema con la amplitud con la que lo entiende la teoría de los sistemas sociales—, al menos en mayor medida que lo son las anteriores.

40. Fundamental: DWORKIN, R., *Taking Rights Seriously*, Cambridge, Harvard University Press, 1979, pp. 22-26 passim. Un paso más adelante en la construcción de la crítica en forma de teoría interpretativa del derecho es el realizado en DWORKIN, *Law's Empire cit.*

41. Elementos: textos, principios, reglas, valores: paradigmático: ALEXY, «Rechtssystem und praktische Vernunft», *Rechtstheorie*, 1987 pp. 407-417.

42. Se adopta como punto de referencia: AARNIO, A., *Denkweisen der Rechtswissenschaft*, Wien, Springer, pp. 50-68. También el conjunto de los argumentos referidos a la justificación interna y externa del discurso jurídico indicados por ALEXY, *Theorie der juristischen Argumentation cit.* pp. 273-348, especialmente en lo que se hace a la argumentación dogmática: pp. 307-334, por lo que hace a su función técnica: pp. 330s.

43. Esta apelación es distinta a la de la intersubjetividad a la que apela Habermas. Aarnio, por el contrario, encuentra una cierta equiparación entre sus posiciones y las de Habermas en AARNIO, A., *The Rational as Reasonable. A Treatise on Legal Justification*, Dordrecht, Kluwer, 1987, pp. 231-235.

De hecho en todos los países existen publicaciones o colecciones o repertorios documentales en los que se almacenan con un cierto orden los textos jurídicos, siendo accedidos por los juristas cotidianamente. Estos profesionales los consultan con el objetivo de fundamentar, justificar o legitimar con ello su postura con respecto al proceso en el que intervienen.

Dichas explicaciones, pese a todo, olvidan aquello que expresábamos con palabras de Habermas y también de Dworkin: hasta esta actividad, aparentemente técnica, es una actividad política, guiada por las consideraciones, preferencias y valoraciones del que la realiza. En esta actividad jurídica, como sucedía en las anteriores, la satisfacción de la coherencia exige para actuar democráticamente atender tanto a los principios morales como a los jurídicos admitidos intersubjetivamente y ello por las razones que se mencionaban al comienzo de presente apartado: es un hecho que los jueces hacen política ⁴⁴.

Por tanto y para concluir: ¿qué recomendaciones en forma de criterios cabe hacer para realizar una actuación judicial democrática?

IV. CRITERIOS PARA UNA ACTIVIDAD JUDICIAL DEMOCRÁTICA

Dado el contexto tecnocrático expresado en el apartado anterior, dejando en un lugar secundario la importancia de los problemas materiales para llevar a efecto una actividad judicial propia del Estado de Derecho, dejando igualmente en segundo término la necesidad de que la legalidad sea respetada, una vez que ambos principios son mínimos para el ejercicio del derecho en una sociedad democrática, admitiendo que los jueces inevitablemente hacen política, cabe entrar en el problema fundamental para la actuación del derecho: ¿cómo cabe actuar —interpretar, aplicar y acceder al derecho— judicialmente en democracia? ¿a qué actividades judiciales cabe adjetivar como democráticas?

La tesis que se explica a continuación como respuesta a estas preguntas puede resumirse en lo siguiente. Es una actividad jurídica democrática aquella que se realiza ejecutando el principio de participación, o, con otras palabras, aquella actividad (interpretación, aplicación, construcción de dogmas, acceso al derecho) que atiende coherentemente a los criterios morales y jurídicos admitidos en forma consensuada por las distintas culturas aparecidas a lo largo del proceso seguido con el fin de producir la actividad judicial concreta.

Pasando al desarrollo de esta tesis en forma de criterio, una primera recomendación es la relativa a que un juez en todo caso debe actuar en

44. Es interesante al respecto la proximidad de su postura y de parte de los integrantes del movimiento Critical Legal Studies señalada por Dworkin en R. DWORKIN, *Law's Empire cit.* pp. 271-275. La posición de Dworkin está reflejada en: *Ibidem:* pp. 254-258.

actuar en el amplio, ambiguo, discutible... pero recogido en textos escritos, marco de la ley⁴⁵. Lo cual, si bien significa reconocer la necesidad de perpetuar la puesta en práctica del Estado de Derecho: la del principio de legalidad (la actuación de la motivación sobre todo⁴⁶) considerado como el principio fundamental para la seguridad jurídica, no es decir mucho porque hoy es necesario admitir que: el texto de la ley está constituido también por el de los principios, reconocidos, fundamentalmente, en las Declaraciones de Derechos; también, y en el grado reconocido por los textos jurídicos, por la jurisprudencia. Sólo que los textos legales tienen tal complejidad, incluyen tal cantidad de textos, además de que contienen principios contradictorios en ocasiones, que considerarlos como único marco de referencia es una actitud equivocada. Hay que recordar que la actuación judicial trasciende este marco; transcurre en el ámbito señalado por los textos jurídicos, las características de la interpretación, las de la aplicación y las de la actividad de acceder a la información contenida en los textos, operaciones políticas en última instancia en las que el juez queda en sus propias manos. Por ello más que recomendar al juez que motive hay que exigirle coherencia con los textos legales, y con algo más...

Desde una perspectiva técnica, para desenvolverse correctamente —democráticamente— dentro de este ámbito cabe usar, en cuanto están suficientemente contrastadas y admitidas, las categorías establecidas por la teoría del derecho, especialmente la teoría de la argumentación jurídica. Tal vez no tengan relevancia práctica todas las categorías desarrolladas por la teoría, dado que ésta se ha desenvuelto fundamentalmente en el terreno de la Filosofía del Derecho, al margen de la práctica judicial, con otros fines, pero si buena parte de las relativas a la teoría de la norma, la teoría del ordenamiento y la teoría de la institución, que quedan recogidas incluso en manuales. El problema de la utilidad de las propuestas de la teoría del derecho —incluso de la teoría de la argumentación jurídica— reside en que, congruentemente con sus premisas, dichas propuestas han sido construidas a partir de la admisión de la transformación, amparada en el principio de verdad o de objetividad, de los textos jurídicos en proposiciones. Esta actitud tomada con relación a los textos dirigidos a ciudadanos como sucede con los textos morales en general, es discutible una vez que tales textos intencionadamente están abiertos a las distintas culturas que se integran en una sociedad, por lo cual son textos abiertos y en numerosas ocasiones ambiguos. Como hoy se expresa, dichos textos facultan más bien que al establecimiento de la presunta verdad contenida en los mismos a través de la operación de subsumir, a la ponderación en forma coherente de los fines,

45. Se dice en PECZENIK, *o.c.* p. 41: «Thus, democracy demands a legal decision making which harmonize respect for both the wording of the law and its preparatory materials and, on the other hand, moral rights and values, including freedom and equality. It also demands that the decisions are justified as clearly as possible. It does not demand a servile following of the text of the statutes or preparatory materials».

46. La necesidad de motivar es el requisito perfilado con claridad en el proyecto de Directiva de la Comunidad Europea relativa a la reforma de procedimientos procesales: vease arts. 1 y 2 por ejemplo (ver *supra* cita 2).

valores e intereses, a los que apelan las leyes aprobadas por el Parlamento o las sentencias aprobadas por órganos judiciales. Dichos textos llaman a la intersubjetividad⁴⁷.

Por todo ello es especialmente recomendable para una actividad judicial democrática una continuada atención al estudio del derecho realizado por los autores que integran la dogmática. La pluralidad de opiniones defendida por dichos autores, atendiendo a las distintas metodologías y escuelas, permite ofrecer para un mismo problema jurídico una distinta fundamentación a actitudes judiciales igualmente plurales. La dogmática permite atender tanto a las opiniones individuales —culturas— que tienen derecho a participar en la vida social según prescriben las normas, como a las exigencias técnicas que reclaman los distintos problemas jurídicos o el mismo principio de seguridad⁴⁸. Desde otra perspectiva, por medio de la dogmática se actúa judicialmente en forma democrática al posibilitar, moderando los personalismos, participar de la pluralidad de opiniones presentes en la sociedad y exteriorizadas en el proceso a partir del conflicto a resolver⁴⁹.

Dada la característica constructora de la actividad judicial en la actualidad, recomendar el seguimiento de la dogmática tiene mayor interés por lo siguiente. La dogmática facilita a través de sus construcciones, en forma paradigmática o «típica» en la mayor parte de las ocasiones, una interpretación del derecho abierta a las condiciones cambiantes del contexto social. Dichas construcciones —sistemas sociales— ponen al día los textos jurídicos, concretando la borrosidad inevitable de los textos aprobados por instituciones democráticas. En cierta medida dichas construcciones, hechas a partir de valoraciones, son amoldables a los cambios sociales a través de técnicas «standard», por lo que facilitan la coherencia⁵⁰.

Cabe decir, también, que un juez actúa democráticamente cuando legitima su actividad —la hace coherente— en forma tal que la misma es receptiva o sensible para con los criterios —jurídicos y morales— admitidos por lo general por la mayor parte de los ciudadanos en cuyo entorno actúa. Esto exige no sólo conocimiento de estudios sociológicos, por ejemplo, acerca de tales criterios, sino sensibilidad para con las culturas aparecidas a lo largo de todo el proceso⁵¹. Lo cual reclama ser respetuoso, hasta donde se pueda, incluso para con aquellas pautas culturales que no son propias de la sociedad industrial; dentro de esta sociedad existe un significativo número de culturas y «subculturas» peculiares, respetables y atendibles en la práctica

47. Ilustra al respecto: COPP, D., «Explanation and Justification in Ethics», *Ethics*, 100, 2, 1990, pp. 237-258.

48. SCHLAPP, T., *Theorienstrukturen und Rechtsdogmatik. Ansätze zu einer struktivistischen Sicht juristischen Theoriebildung*, Berlin, Duncker & Humblot, 1989, p. 215.

49. Sobre la parte de política presente en las construcciones dogmáticas véase: GALINDO, F., «Notas sobre la dogmática del Derecho de Familia. Un estudio de manuales», *Revista de Derecho Privado* 1983, pp. 643-670.

50. Véase GÜNTHER, K., «Ein normativer Begriff der Kohärenz für eine Theorie der juristischen Argumentation», *Rechtstheorie*, 20, 1989, p. 189.

51. «Sentimiento de justicia». Véase ZIPPELIUS, *o.c.*, pp. 123-160.

totalidad de su contenido: siempre que no atenten contra los considerados principios jurídicos fundamentales en nuestra cultura: igualdad y libertad. La atención a las propuestas de éticos, a estos efectos, es vivamente recomendable.

Todo lo dicho puede hacer pensar que el juez ha de actuar con determinado talante. Para algunos puede mantenerse en vigor la exigencia que satisfaga el principio de universalidad o el imperativo categórico kantiano: el juez ha de comportarse en la forma en que desearía que se comportaran los demás, o en la forma que crea es generalizable⁵². El problema reside en que con ello no se decide mucho, hay que tener en cuenta que en las actuaciones determinadas, fáciles o difíciles, hay que resolver problemas concretos, con contenido, que apelan, como manifiesta el proceso, a intereses, fines o valores plurales. No hay duda de que se apela al sentimiento o a los valores personales del que actúa o toma la decisión, pero para ello es preciso aceptar, en lugar del imperativo categórico, como primera recomendación la de utilizar procedimientos o instrumentos que faciliten la intersubjetividad o el balanceo o contrapeso de los intereses, fines y valores en juego. Así técnicas como la teoría de sistemas, o fórmulas como las propuestas por la teoría de la decisión; también normas procesales que permitan el consenso. Medidas todas ellas que, a no dudarlo, facilitan la actuación guiada por el principio de la ponderación. En última instancia, pese a todo, la actuación es personal: es la conciencia individual del juez la que interviene, y en este punto sólo cabe decir que la aplicación coherente del imperativo categórico exige comportarse para con los problemas concretos con adecuación a los criterios jurídicos y morales admitidos intersubjetivamente, más que atendiendo a convicciones universales o a las que proporciona la conciencia.

Todo lo dicho exige del juez, resumidamente, conocimiento del derecho y sensibilidad para con los hechos sociales, valores incluidos, o el entorno en el que ejercita su actividad. Esta actitud es la que posibilita al juez tomar perspectivas generales que le facultan a actuar en forma intersubjetiva o verdaderamente democrática. De no respetarse estos principios la actuación judicial seguirá siendo política al mismo tiempo que egoísta o incontrolable. Sólo una actuación procesal democrática en el sentido expresado es garantía para los jueces y para el ciudadano, quien sólo de esta forma puede confiar en la Administración de Justicia.

52. PREUSUS, *o.c.* p. 10.

