

DEL PARADIGMA DEL "MAL LEGISLADOR" AL PARADIGMA DEL "MAL JUEZ"*

Juan José GIL CREMADES

La ponencia, a cuya lectura se acaba de proceder, dentro de una línea de moderada epistemología analítica, resume en las dos partes fundamentales en que se divide, el título de la última publicación de su autor: *The Rational as Reasonable. A Treatise on Legal Justification* (Dordrecht, D. Reidel Publ. Co., 1987). De una parte, se aborda la decisión judicial desde el punto de vista de la *filosofía de la acción* -- cómo se tomó y por qué se tomó la decisión?--; de otra parte, se aborda la decisión judicial desde el punto de vista de su *legitimidad* o *justificación*. En el primer caso, se cree aplicable, con ciertas limitaciones que el texto expone, el *silogismo práctico*: éste sirve de esquema explicativo. En el segundo caso, el esquema válido es el de la *lógica del discurso argumentativo*. El primer plano sería incluíble en el ámbito de la *razón*; el segundo, en el de lo *razonable*.

Ciertamente el díptico no tiene bisagra. Si se observa, no se establece un puente de unión entre la temática abordada en el primer punto, y la tratada en el segundo. Si recordamos lo leído, caeremos en la cuenta de que no se habla específicamente del comportamiento del juez o de cualquier otro agente jurídico, sino de la "conducta humana en general", e incluso se concluye con un ejemplo trivial y cotidiano --el abrir las hojas de una ventana-- por la que más parece haberse defenestrado el derecho. Luego explicaré el por qué de esa ausencia.

En la segunda parte, el raciocinio, la argumentación se ciñe a la interpretación de un texto ofrecido por el sistema de fuentes jurídicas. Pero el carácter lógico de la argumentación se muestra insuficiente, pues suministra sólo una justificación *externa*. Más allá de este resultado, cuando se pide una justificación *interna*, se aducen las *razones axiológicas* y se apela, en la línea en que Robert Alexy se refiere a Jürgen Habermas, a la *intersubjetividad* de la comunicación humana: se habla

incluso de una "comunidad jurídica" *-legal community-* como un ideal, como una utopía: la utopía, por extraño que parezca, se aduce como garantía de la racionalidad más problemática: la de las opciones valorativas.

Aunque he adelantado ya una lectura crítica de la estructura de la ponencia, procederé a un análisis más pormenorizado que tratará de la proyección jurídica de la "filosofía de la acción" (I), tal como la aborda la ponencia, pasando después a mostrar una mayor complejidad del tema de la lógica de la argumentación (II). Para que no se malentienda el punto de vista desde el que se procede a la crítica, haré después mención a cómo la depuración de la metodología jurídica clásica, esto es, la implantada por la "jurisprudencia de conceptos" acorde con los principios de política jurídica de la Revolución liberal, esa metodología, digo, depurada por la filosofía analítica, irrita aún más a un radicalismo post-metodológico, que califica a nuestra época de un tiempo sin paradigmas, un tiempo en que han quedado rotas las sendas que conducían a la utopía (III). No está en una falsa simpatía por ese tipo de crítica la razón del título de esta contraponencia, sino que se va a distanciar de este peligroso nomadismo intelectual, para apuntar nuevos problemas que amplíen el reduccionismo de la metodología clásica, y se abran a la posibilidad no del *bon legislateur* o del obediente, porque deductivo, *bon juge*, sino también a la del "mal legislador" y la de "mal juez", porque optaron mal en sus decisiones (IV).

Excesivamente ambiciosa, pues, esta contraponencia. Lo era la incitante ponencia. Pero para ser conciso, como la cortesía aconseja en estas reuniones, no podré sino sugerir, y luego intentar dar respuesta a las aclaraciones que se me pidan.

I

En la primera parte, no he visto yo, como señalé, una "teoría de la acción" que se proyecte en la actividad judicial. Ciertamente planteamientos en este terreno como los de G.H. von Wright en la bibliografía en castellano los he visto recientemente aplicados por Carlos S. Nino a la acción delictiva, en confrontación con el finalismo reiterado desde Hans Welzel por tantos penalistas (*Introducción a la Filosofía de la acción humana*, Eudeba, 1987). Pero de la decisión judicial no se hace mención. Si de ella decimos que también podría explicarse

DEL PARADIGMA DEL "MAL LEGISLADOR" AL DEL "MAL JUEZ"

por su *carácter teleológico*, por elegir el medio apropiado para el fin propuesto, quizá hemos dicho algo cierto, pero a tal nivel de abstracción, que más parece lo dicho una obviedad. Es un individuo con un determinado 'rol' el que decide, en el interior de un sistema jurídico, en el contexto de un Estado de Derecho, en contiguidad con otros jueces que procuran actuar, esto es, decidir con la homogeneidad que exige tratar igual lo igual. Sólo recordaré que ya hace unos lustros se constató la presencia no de un juez racionalmente cartesiano, sino ejerciendo la racionalidad no el vacío, sino en el marco fijado por una *Voverständnis* (Josef Esser).

Pero no se trata sólo de que no haya juicio sin prejuicio, sino que, en rigor, una decisión judicial sólo se da en una estructura de poder, en la que entre otras normas existen las de competencia. Toda decisión jurídica se produce y queda contagiada por esa estructura. Por ello, cuando en términos fríos como 'medio'-'fin', o expresiones como "puesta a prueba del 'silogismo práctico' en razón de las consecuencias" se pretende explicar la decisión, creo que se olvida el contexto. No sé si será lapsus, pero la ponencia habla ya en su primer párrafo de "how the judge or the scholar *made* the decision". Se equipara al científico del derecho, que *estudia* una decisión, con el juez que *toma* una decisión.

No desconozco que hoy se propone una solución utópica que tiene como meta el que la decisión pierda su relación con el poder, en el sentido de que los afectados, tanto como quien la toma, hayan participado de un *consenso*, logrado en la tierra de utopía donde no existen estructuras de poder (*Herrschaftsfreiheit*). Por supuesto que es un ideal de la modernidad la creación de leyes por una instancia que representa la soberanía popular. Pero ese nuevo contrato social, que la "teoría del consenso" repristina, ha de tener en cuenta su configuración práctica, su realización. Nadie va a ponerse la venda en los ojos ante el carácter dialéctico, polémico, de la dinámica social. Por ello incluso, dado que no es fácil obtener consensos concretos, y sin embargo, han de tomarse decisiones, el mismo Habermas propone, al menos, consenso sobre el *procedimiento* de toma de decisiones. No conozco, ni siquiera respecto de la Constitución, suprema regla de juego, esto es, procedimental, de la convivencia, que se dé un consenso total, pues sus aprobaciones populares, donde las haya, reflejan un porcentaje, y una Asamblea consti-

tuyente es siempre representativa de mayorías.

Tampoco creo que sea factible obtener consenso sobre principios de racionalización de la decisión, que priven a ésta de ese parentesco con el poder, tales como el "principio de generalidad" (sólo tener en cuenta aquellos intereses *generalizables*), y por muy obvio que sea a un alto nivel de abstracción; o como el principio de "hacer posible la libertad mediante la delimitación coactiva de ámbitos de libertad". Estos principios de un "neo-utilitarismo" son incapaces de dar razón, por ejemplo, y es una crucial cuestión, del respeto a las minorías, de la consideración del disidente. Podrían citarse, como ya se ha hecho, los ejemplos de Hobbes respecto de la minoría religiosa, o de Locke frente a las minorías no propietarias, como los esclavos.

Quizá fuera más realista, aunque por supuesto se alejara del control de racionalidad del silogismo práctico, pero no de otros controles de racionalidad, convenir en la praxis del Estado de Derecho, y hacer rectificaciones de la misma, ante efectos no queridos o no previstos. En un Estado democrático de Derecho ha de partirse, no de un consenso previo a él, sino de una praxis corregible. Las decisiones tomadas en el ámbito de tal Estado han de considerarse en principio correctas, desde el punto de vista teleológico, no sólo formal. Correctas pero con posibilidad de ser corregidas, de ser modificadas. El grado de modificación, recordaré, es gradual y puede ir desde un texto constitucional, que prevé un estricto procedimiento de reforma, hasta el acto administrativo recurrible, pasando por una sentencia en primera instancia o "cosa juzgada". Se decide, dentro de ciertas cautelas, pero con el riesgo de error rectificable.

Eso es lo que distingue la decisión del discurso sobre la toma de decisión. Aquél ha de tomarse dentro de una praxis más o menos precaria, mientras que la discusión no tiene tiempo limitado. Por ello la decisión parte de *premisas*, más que de *conclusiones* a las que se llega una vez obtenido un consenso ideal. Premisas como la igualdad y la libertad inherentes a todo individuo, que por lo demás la misma experiencia histórica y política ha ido decantando, dotan de fin, de teleología a la decisión, siendo ya la técnica del 'silogismo práctico' de importancia secundaria.

DEL PARADIGMA DEL "MAL LEGISLADOR" AL DEL "MAL JUEZ"

II

Si esa manera de situar la acción en el contexto se ha hecho por mi parte teniendo en cuenta más la decisión que ha de tomar el *legislador* -esto es, la grantía de racionalidad de sus decisiones- y en ese sentido, teleológico, y no sólo de coherencia o no contradicción consigo mismo etc., y hemos tenido que hablar del "buen legislador", la segunda parte de la ponencia, dedicada a la "lógica del discurso" nos va a obligar a fijarnos en la actividad judicial.

He indicado sucintamente ya que el profesor Aarnio parece no establecer una relación entre la primera y la segunda parte de su ponencia. Por lo que, a mi modo de ver, la actividad propia de la justificación de la decisión parece sostenerse en el aire. Es cierto que se hace de pasada mención al sistema de fuentes, pero no se hace hincapié en el principio de legalidad, propio del Estado de Derecho, y que no es sólo una exigencia formal, sino una condición ineludible a integrar en una teoría de la justificación, que trate de legitimar decisiones que el ordenamiento jurídico atribuye como competencia a los jueces. Esa es la primera solución de continuidad.

Pero hay otra segunda solución de continuidad: la que se da en la distinción tomada de Jerzy Wróblewski y, continuada por Robert Alexy, y de cuyos términos, tal como los delimita A. Aarnio, parece poder decirse que son dos aspectos paralelos, pero no complementarios. Me estoy refiriendo a la ya mencionada distinción entre 'justificación interna' -la correcta deducción a partir del texto normativo- y la 'justificación externa': puesta en relación del texto con las razones axiológicas.

Intentaré poner en relación unos y otros elementos, dando por válido que ha de mantenerse tanto el principio de legalidad como la posibilidad de racionalizar la selección axiológica que pueda hacer el juez al interpretar el texto. En todo caso no caeré en la tentación de *iusliberismos* de antiguo y de nuevo cuño, en la glorificación de la irracionalidad como método.

En la actividad judicial que parte de la ley, ha de partirse del presupuesto que comprender el texto que la contiene no es sólo un problema lógico o lingüístico: el texto legal no es un texto literario, se ha dicho más de una vez. La ley, como hemos visto, refleja una decisión, no es material inerte, y responde con carácter vinculante

a cuestiones prácticas. Lo que significa que uno ha de insertarse en la cuestión o cuestiones de política jurídica que el texto dirimió, 'comprender' sus razones, su justificación. En un Estado de Derecho las leyes surgen de una lucha por el Derecho, sometida a la ley de la imparcialidad, como exigencia de la justicia. Interpretar la ley es pues suponer que se ha formulado con ese sentido, y dar así con el *por qué* el legislador optó por uno u otro principio de solución. El "buen juez", así, no es el ciegamente fiel al texto del legislador, sino que interpreta y aplica ese texto conforme a su intención que es la de hacer realidad una cierta justicia, esto es, una imparcial contraposición de intereses en juego. No es sólo un proceso lógico; no hay elección de un método gramatical o sistemático sino teniendo a la vista esa dimensión de la tarea judicial. Si, como se vió antes, la argumentación justificatoria del legislador es un tipo de argumentación moral, la argumentación del juez, como ha señalado Martin Kriele, es un tipo de la argumentación propia de la política jurídica.

Hay que suponer, pues, esa intención del legislador. Si el mismo texto parece haberla traicionado, el mismo intérprete hace la corrección del texto. Pero, precisamente por mantenerse en ese esquema interpretativo, la actividad decisoria del juez respecto a la ley va más allá: y ello se constata cuando la situación reflejada en el texto se ha modificado, tanto en sentido fáctico como en sentido normativo. Por supuesto que, como ha señalado el mismo Robert Alexy, si no hay razones, argumentos, hay que negar en principio la modificación. Pero no hay que excluir que se haya producido, ya que la complejidad de la vida social y de las concepciones valorativas da pie para ello. El juez es pues pues corresponsable de una teleología y no sólo lógica aplicación de la norma. Yunque de pruebas excepcional de este modo de proceder es la misma evolución interpretativa que ha experimentado un derecho liberal vigente en buena medida en los cuerpos legales básicos de los países de nuestro entorno. Los principios del Estado social, positivizados en el texto constitucional, han servido de pauta interpretativa, capaz de concretar, con mayor o menor acierto, los presupuestos de libertad e igualdad.

Pero es que además no puede haber justificación externa, al margen de la interna. Las "mitologías" del Derecho -analizadas por Ost y van de Kerchove- no pueden desprenderse del control de las "lógicas" de justifi-

DEL PARADIGMA DEL "MAL LEGISLADOR" AL DEL "MAL JUEZ"

cación de la interpretación jurídica. El juez no se sirve de los métodos propuestos o de las construcciones útiles sino en función del resultado entrevisto, de acuerdo con la teleología de la ley. Método y construcción jurídicos son medios auxiliares útiles, que no sólo confirman la razonabilidad de la decisión adoptada, sino que posibilitan llegar a una aceptable, aunque provisional, decisión. Además, facilitan la seguridad de optar en consonancia con precedentes que a su vez fueron sometidos a crítica, y se siguen mostrando resistentes o han perdido parte de su consistencia. Sin esa disciplina lógica, invocar el sentimiento jurídico del juez, los influjos ideológicos a los que está sometido, o los "tópicos" vigentes en su entorno es abrir las puertas a una incontrolable irracionalidad de la praxis humana.

III

Pero, la racionalidad reivindicada tanto por la filosofía analítica como por la postura no tan reduccionista que aquí se está exponiendo, ¿no será un intento ingenuo o un propósito hipócrita? "Al diablo con vuestra racionalidad, que conduce a un exterminio mundial, a un holocausto absurdo", podrá decirnos el post-moderno que se afana, frente a un constructivismo, como el aquí mostrado, por una "deconstrucción", es decir, por la desmembración de la construcción racional a fin de poner de manifiesto sus contradicciones. Ciertamente que el "neo-constructivismo", que sirve de blanco a la irritación de post-modernos, en sus diversas manifestaciones, se basa en lo *contrafáctico*, que sublima los hechos mediante construcciones transcendentales, que la realidad desmiente. Tal es el caso de la teoría de la acción comunicativa que se ocupa de las idealizaciones necesarias que *han* de asumir quienes participan de una determinada praxis. Se trataría no de un contexto constatado, como de un contexto supuesto, que sin embargo, ha de servir para racionalizar lo cotidiano, lo fáctico.

Contra modelos de ese calibre se rebela el pensamiento jurídico post-moderno. Sin hacer una crónica del mismo, voy a fijarme en los supuestos teóricos de ese pensamiento, para poner de manifiesto la imposibilidad de escapar a la necesidad de racionalidad de una praxis humana teleológica, como la mantenida por la ponencia y por la contra-ponencia.

Ese pensamiento jurídico post-moderno presenta hoy, a mi modo

de ver, dos direcciones. Una podría calificarse, desde una perspectiva convencional, de post-modernismo de derechas. Me estoy refiriendo a la *teoría del derecho reflexivo* (así Günther Teubner, *Reflexives Recht*, ARSP 68 (1982) 13ss.; *Verrechtlichung, Begriffe Merkmale Grenzen*, en F. Kübler (Hrg.) *Verrechtlichung von Wirtschaft Arbeit und sozialer Solidarität*, Baden-Baden, Nomos Verlag, (1984). De otra parte, el post-modernismo de izquierdas estaría representado por el *Critical Legal Studies Movement*, que tiene su epicentro en la Harvard Law School y autores representativos en Roberto M. Unger o David Kennedy.

La *teoría del derecho reflexivo*, siguiendo las huellas de Niklas Luhmann, propone un sistema jurídico *autopiético*, un sistema autoalimentado, que revela, como anticuadas, cuestiones relativas a la racionalidad de la praxis, al control metodológico de la decisión judicial; la idea de racionalidad es contrafáctica. Debe ser sustituida por la "autorreflexión de un sistema", por la descripción de cómo un sistema jurídico, cómo un sistema social, político, económico, se autorreproduce. El Derecho consta de comunicaciones que tienen la propiedad de producir otras comunicaciones. La autorregulación se garantiza mediante un código binario: "Conforme a Derecho / Contrario a Derecho". Justicia en este caso no significa sino la consistencia de la decisión jurídica en razón de la información normativa del sistema. La pretendida facticidad de ese sistema autorregulado sólo permite la pregunta: "en qué medida el aparato teórico del sistema jurídico y en especial la dogmática jurídica, es capaz de constatar en su entorno la presencia de sistemas autopiéticos y dar cuenta de ellos". Todo lo demás es indiferente. El sujeto autónomo de la modernidad es sustituido aquí por el sistema autónomo de la post-modernidad. En lugar de la observación de la realidad, nos las tenemos que ver aquí con una observación de observaciones. El sistema suplanta al sujeto, y a su capacidad racional para proponer y discutir fines sociales por los que optar y sobre los que decidir. La decisión pertenece al pasado. Se ha comparado esta autorregulación con la 'mano invisible' de la economía clásica, y tal comparación no nos impide pensar que la autopiesis pueda conducir a la destrucción, como la mano invisible ha conducido a la explotación.

El CLS, con un pluralismo metodológico que abarca, p. ej. desde la Escuela de Frankfurt a Foucault o Derrida, ha transcendido a la opinión pública más allá del gremio de los juristas, lo que ha dado

DEL PARADIGMA DEL "MAL LEGISLADOR" AL DEL "MAL JUEZ"

lugar a hablar del "Harvard Law School Feud" o de "Critical Legal Times at Harvard", para concluir con una parodia de la reconocida obra de Ronald Dworkin, ya que se ha llegado a hablar de un "Taking Rights Lightly", una toma a la ligera del derecho. Una versión renovada pues de la toma en bromas jheringniana de la jurisprudencia, que en Jhering tenía la contrapartida de que también había que tomarla en serio. Ese movimiento invoca la tradición del realismo legal, de un Karl Llewellyn o de un Jerome Frank, que según algunos de sus representantes no ha sido llevado hasta sus últimas consecuencias por la segunda generación de juristas americanos. Ellos, tercera generación, radicalizarían las pretensiones de los abuelos. Aparte de la simplificación que supone desconocer que, tras los planteamientos iniciales, Llewellyn y Frank tuvieron una segunda etapa constructiva, proponen sólo una terapia contra el imperativo constructivista que parece inevitable en el pensamiento y en la praxis jurídica, y que consiste sólo en demostrar sus presupuestos, careciendo de propuesta alternativa. Cuando con Unger se sostiene que el formalismo y el objetivismo afirman, pero no fundamentan, la relativa entereza de doctrinas y principios jurídicos frente a las ideologías políticas o visiones personales, en realidad no se dice sino algo tan sabido como inevitable. El escepticismo ante las normas, o el dominio de factores extralegales en la justificación tal como realmente se practica, esto es, más allá de cómo teóricamente se postula, es algo que nosotros mismos en estas breves reflexiones hemos puesto de manifiesto.

IV

Sin embargo, el tono radical de la crítica post-moderna no es inocuo. De radicalismos en la crítica al pensamiento jurídico ilustrado, esto es, al pensamiento jurídico de la modernidad, no nos hemos librado en la Europa del período de entreguerras. Ciertamente, el contexto es otro, pero el peligro similar. La glorificación del irracionalismo o de la fatalidad es, por muy paradójico que esto pueda sonar, contrafáctica. Pone el dedo en la llaga Jürgen Habermas cuando a la denominación de nuestra época como "post-apocalíptica" acuñada por Derrida, opone el hecho evidente de que el apocalipsis no se ha producido, por lo que es irresponsable hablar de lo que viene después, en lugar de utilizar

la razón crítica contra la razón instrumental y evitar el apocalipsis (*Der Philosophische Diskurs der Moderne*, Frankfurt, Suhrkamp, 1985, 214). Y Derrida es uno de los mentores de nuestros juristas radicales de Harvard, Ellos caen también en la paradoja de, al criticar el fariseísmo de quien argumenta correctamente para justificar posiciones jurídicas injustas, erigir en paradigmas de la realidad circundante el "mal legislador" y el "mal juez". La 'deconstrucción' como programa, al renunciar a justificar racionalmente la distinción entre lo justo y lo injusto, tiene fatales consecuencias. Por ello observaría por mi parte:

1. Una defensa de los derechos personales y políticos contra pretensiones desmesuradas del aparato estatal y de las instancias económicas, sólo puede realizarse -si es que se desea- apelando a la machacona e ilustrada exigencia de racionalidad. Ello significa que los límites impuestos por los derechos fundamentales puedan aparecer racionales y vinculantes. El desconstruccionismo niega la posibilidad de tales límites, así como su racionalidad.

2. No es lícito eliminar, por absurda, la pregunta por la justicia de la decisión política, y por tanto, por la justicia o injusticia de la ley o de la decisión judicial. En el caso del CLS, en nombre de una actitud anti-ilustrada, al negar la licitud de esa pregunta, se justifica todo, incluso, la "quintaesencia de errores" que constituyen, según ellos los principios de soberanía popular y de igualdad. La racionalidad de la praxis social, sin embargo, sería impensable sin tales principios ilustrados.

3. Pero hay un uso analítico de la razón que resulta insuficiente, y que da pie tal vez a que el radicalismo se agudice y, por tanto, su irracionalidad. No en vano el libro de Richard Rorty, *La filosofía y el espejo de la naturaleza*, (Princeton U.P. 1979, trad. esp. 1983) ha sido uno de los libros de cabecera de nuestros juristas de Harvard. Por ello reiteraría mi planteamiento, ya esbozado en la segunda y tercera parte de este 'paper':

- a) Hay que relacionar la lógica de la acción con la lógica de la justificación
- b) La lógica de la acción pretende racionalizar la decisión del legislador, siempre responsable si se coteja con el presupuesto, no del consenso, sino de la igualdad y dignidad humanas.

DEL PARADIGMA DEL "MAL LEGISLADOR" AL DEL "MAL JUEZ"

- c) La lógica del discurso judicial, la lógica argumentativa, es siempre aplicativa, esto es, legitima una decisión concreta, prosiguiendo el propósito racionalizador del legislador.

Por si no quedara claro, antes que de una post-modernidad, o una modernidad reducida en su empeño, me pongo de parte de una modernidad en continua expansión, y por ello en continua rectificación crítica de sí misma.

***Contra-ponencia a la ponencia anterior de Aulis AARNIO (pp. 97-107 de este número de THEORIA), presentada a las X Jornadas de Filosofía Jurídica y Social (Alicante, 17-19 de Diciembre de 1987), organizadas por el Seminario de Filosofía del Derecho de la Universidad de Alicante y la Sociedad Española de Filosofía Jurídica y Social.**

Facultad de Derecho
Universidad de Zaragoza