

---

---

*MODESTO SAAVEDRA*

**Notas sobre la legitimación democrática de la elaboración  
judicial del Derecho**

Permítasenos contribuir con estas páginas a la polémica, ya antigua, aunque reiniciada actualmente desde nuevos ángulos, que se debate en torno al sentido y la función de la práctica jurídica institucionalizada en los tribunales. Sirvan estas notas de índice de algunos de los problemas que suscita dicha práctica, aun a riesgo de quedar sometidos a las deficiencias procedentes de una simple limitación de espacio.

Queremos realizar aquí algunas reflexiones sobre la necesidad y posibilidad de una legitimación política de la actividad judicial. El primer problema aparece con el planteamiento mismo de la cuestión: concebir la legitimación de la elaboración judicial del Derecho en términos políticos puede parecer un tanto ajeno a las tradicionales pretensiones del jurista científico, complacido de la imagen clásica de su función, en la que se refleja el apoliticismo del técnico manipulador de la dogmática y al servicio exclusivo de la ley.

En efecto, a lo largo de la historia jurídica, la doctrina ha ido elaborando una serie de recursos metodológicos cuyo empleo aseguraría la fiabilidad del resultado de la búsqueda del Derecho, en el supuesto, claro está, de un proceso público y contradictorio. Es decir, si a la técnica se le une una organización que garantice su correcta aplicación, no habría motivos para buscar, fuera de la misma actividad, razones

para legitimarla. La técnica se constituye así en razón suficiente para su propia legitimación, en instancia que se legitima a sí misma (1).

No es que la búsqueda del Derecho pueda alcanzar el *status* de una de las ciencias naturales, puesto que —y siempre ha sido reconocido así— la ciencia del Derecho pertenece por su objeto a la categoría de las “ciencias del espíritu”, ansiosas de alcanzar los niveles de exactitud u objetividad propios de aquéllas (2). Pero el resto de subjetividad o de decisionismo que en último término aparecería en el empleo de su propia metodología sería en todo caso marginal y sin entidad suficiente para invalidar la pretensión de cientificidad. Un análisis gramatical, lógico y sistemático, agotaría la *ratio* de la *lex*, independientemente de que en ella se buscara la *ratio* querida de un autor o un sentido desvinculado de su origen. Paralelamente a la de las ciencias del espíritu, la metodología jurídica busca en las ciencias empíricas —o empírico-analíticas— el modelo al que adecuar la propia práctica, dándose por satisfecha con los rendimientos obtenidos, aún a sabiendas de la imposibilidad de agotar en su funcionalidad el modelo al trasplantarlo al objeto jurídico.

Todo ello queda descrito con el concepto de “sistema”, el cual resume las pretensiones de la dogmática científica y expresa el funcionamiento del ordenamiento jurídico en manos de jueces y juristas. El ordenamiento jurídico, es decir, el Derecho aplicable, formaría un todo unitario y coherente, jerarquizado, de proposiciones normativas. En él pueden ser admitidas antinomias y lagunas, así como cierta dinamicidad o desarrollo a través del tiempo. Pero ello no contradiría su unidad sustancial, representada por la unidad de sus principios fundamentales, verdaderas guías de todo el edificio jurídico, con potencialidad para informar, completar y actuar el desarrollo normativo.

El concepto de sistema ha sido entendido para el Derecho de formas diversas. Pero en él en todo caso hay implícita tanto una concepción ontológica (el sistema como modelo que funda la decisión) como una concepción científicista del análisis del conjunto normativo. Efectivamente, tal como se ha venido entendiendo, dicho concepto implica que

(1) Sobre la técnica como instancia de legitimación, cfr. J. HABERMAS: *Technik und Wissenschaft als 'Ideologie'*, Suhrkamp, Frankfurt/M., 1973 (6.ª ed.), págs. 48 y siguientes.

(2) Sobre la autoimagen científicista de las ciencias del espíritu, cfr. H. G. GADAMER: *Wahrheit und Methode. Grundzüge einer philosophischen Hermeneutik*, Mohr, Tübingen, 1972 (3.ª ed.), y la obra de J. Habermas anteriormente citada, páginas 146 y sigs.

el que busca el Derecho accede al conocimiento del texto en una actitud receptiva, desprendiéndose en lo posible de su subjetividad e intentando conectarse al lenguaje de la ley. Se trata de buscar y comprender, de entre el lenguaje objetivado en unos textos, aquellas palabras que describan adecuadamente un acontecimiento que ha transcurrido en el mundo de los hechos. Una vez que se conoce la historia de este acontecimiento, la tarea se reduciría a constatar el texto aplicable y eliminar eventuales dudas. En síntesis, esa tarea se lleva a cabo por un procedimiento circular, posibilitado por la relación lógica y dialéctica existente entre el todo y las partes y entre las partes entre sí. El intérprete —puesto que de interpretación se trata— efectuaría un círculo hermenéutico (del todo a las partes y de las partes al todo) en su actividad de conocimiento, en un proceso de delimitación, comprobación y aseguramiento de lo expresado en los textos. Efectivamente, no se pueden entender las partes sin conocer la totalidad y viceversa. Mediante este círculo, su función consiste en *descubrir* y, en todo caso, *explicar* el significado de una comunicación establecida.

El concepto de sistema, en este sentido epistemológico, que responde a la confianza en el modelo racionalista de la ciencia, se corresponde —en cierto modo es su presupuesto— con el sistema entendido como fundamento ontológico de la práctica —incluida en ella la decisión normativa—. El sistema es algo dado, que está ahí y que vincula a partir de sí mismo al individuo. Basta acercarse a él y encontrar metódicamente la regulación que demandan los hechos. Es el presupuesto, pues, de la defensa del principio de legalidad y de la posibilidad de la seguridad jurídica.

En ese sentido, el concepto de sistema permite mantener, en el plano de la aplicación del Derecho, la ideología clásica de la separación de estructuras y niveles de las formaciones sociales. De una parte, la separación entre Derecho y economía, y, de otra, la separación entre el Derecho y la ética, la política o la ideología en general: la sumisión de los jueces a la ley y la asepsia de su labor.

Pero todo esto parece suficientemente conocido. El descubrimiento de las características y limitaciones del concepto de sistema se debe a las tendencias historicistas operantes en el ámbito de los estudios jurídicos. Las recientes críticas a la actitud científicista en el campo de la metodología del Derecho —tan lejanas del voluntarismo de la Escuela del Derecho libre y distinguibles, por otra parte, del decisionismo instru-

mentalista al estilo kelseniano, por ejemplo— son paralelas a la crisis que atraviesa la imagen positivista de las ciencias sociales. La evidencia del carácter histórico y socialmente condicionado del conocimiento lleva a la quiebra del modelo de sistema y a la necesidad de replantearse en otros términos la actividad del intérprete del Derecho positivo.

En el plano idealista, la superación del modelo de sistema —superación que no implica, sin embargo, un rechazo del método en la práctica— tiene lugar a través de la reivindicación del sujeto como protagonista de la interpretación del Derecho. Es lo que acontece en la moderna hermenéutica jurídica, autoconcebida como crítica del conocimiento normativo.

Siguiendo la filosofía de Heidegger, ahora es el sujeto (no el sujeto cartesiano, sino el sujeto enraizado en la existencia mundada, el sujeto como ser-en-el-mundo) el que “hace” el sistema. Heidegger introduce una modificación en el círculo hermenéutico tradicional que, desde Schleiermacher, describía incuestionadamente, pasando por Dilthey, el proceso del conocimiento histórico. En virtud de esa modificación, el sujeto mismo se incluye en el círculo, decidiendo desde un principio las posibilidades de dirección de su desarrollo. Sin embargo, no efectúa por ello un círculo vicioso, limitándose a recoger lo que previamente habría incluido en el objeto, sino que éste es aprehendido según una orientación determinada, en un aspecto limitado, de acuerdo con la conformación que brota de la “existencia histórica” del intérprete.

Así tendría lugar toda “comprensión” de un texto. Descubrir su significado significa ahora establecer su sentido, lo cual acaece en toda lectura, por inocente que sea. En expresión de Gadamer, toda lectura comienza con una “comprensión previa”, que el intérprete posee del texto y que deriva de la previa referencia de aquél al objeto de que el texto habla, de su “tener-que-hacer” con la misma cosa. En ese sentido, el intérprete está lleno de prejuicios. Estos son consustanciales a todo individuo por el hecho de vivir en una comunidad de cultura y tradición. El individuo nunca es imparcial en su receptividad o en su experiencia. Siempre está tomando partido, a partir de una cierta pre-conformación de su consciencia. Pero los prejuicios, así entendidos, tienen un carácter positivo. Aparte de que no podrían ser excluidos del proceso de conocimiento, constituyen su “condición de posibilidad”, la

condición de que el texto “nos diga algo”, y no elementos que habría que excluir para conseguir una mayor objetividad (3).

De esta manera, son eliminados los planteamientos cientificistas de la hermenéutica clásica. No se trata ya de despojar tendencialmente al intérprete de su individualidad, puesto que la eliminación de los prejuicios significa no sólo que éstos son sustituidos por otros, sino de orientarlos en una determinada dirección. Lo que debe procurar, por consiguiente, una ciencia insatisfecha de los resultados obtenidos no es una ilusoria imparcialidad, sino el cambio del “enfoque”, la “perspectiva” o el “horizonte de comprensión”.

La interpretación del Derecho, como la de cualquier otro texto, estaría sometida a los mismos mecanismos, potenciados en el caso de la interpretación normativa o judicial por efecto de la imposibilidad legal de “guardar silencio” ante un caso dado. Así, siempre que el intérprete inicia el proceso de búsqueda de la norma aplicable e intenta fijar su sentido, su actividad está orientada y dirigida por una “comprensión previa” de las posibilidades de ordenación contenidas en los textos. Tal comprensión previa procede de la idea que el agente posee de aquello a que alude todo texto jurídico, y que globalmente, por referencia a la totalidad del Derecho, podría denominarse justicia, conveniencia o razonabilidad de las relaciones sociales. Esta “precomprensión”, enraizada en la consciencia del intérprete, efectúa una demarcación del ámbito en que éste se debe mover, y limita el elenco de soluciones posibles. Ello no quiere decir que el intérprete trabaje con los textos (“seguro de la meta”) para justificar a toda costa una anticipación, una decisión tomada de antemano. Esa anticipación, en principio difusa, puede ser modificada en el curso de su elaboración por efecto mismo de los textos, pero ello sólo significaría cambiar el horizonte jurídico, el horizonte que arroja una perspectiva sobre lo que es “justo y razonable” y define las posibilidades de lo que el texto debe decir.

La comprensión previa, además, no trabaja en el vacío. Nace con el caso y está configurada por la necesidad de alcanzar una regulación del mismo que sea convincentemente justa, es decir, por las expectativas de solución que el problema mismo actualiza y delimita. Pero tampoco el caso está desde el comienzo definitivamente fijado. La reconstrucción de los hechos, la configuración de la “historia” está dirigida,

(3) GADAMER: *Op. cit.*, págs. 250 y sigs.

por su parte, por los textos aplicables. Tiene lugar, así, un círculo hermenéutico o una espiral que describe el acercamiento mutuo entre los textos y el caso, entre el supuesto de hecho legal y el caso real, sólo al final del cual es configurado tanto uno como otro (4).

Pero lo decisivo del proceso es la convicción de que se ha alcanzado o de que se intenta alcanzar una solución correcta, aceptable con toda probabilidad en el ámbito de la comunidad jurídica (dando por supuesto que se cuenta con un juez honesto y sabedor de su papel). Ello es coherente con una concepción del Derecho positivo como programa regulativo destinado a lograr, por referencia a la justicia, el consenso de los que están a él sometidos; en ese sentido, como ordenación racional o razonable de las relaciones sociales (5).

Ahora bien, si lo decisivo es la convicción del intérprete, si el peso del proceso de conocimiento jurídico recae sobre el sujeto y su "horizonte prejudicial", lo cual significa que la ley sólo es una posibilidad ontológica antes de convertirse en objeto conocido, hay que replantear también en otros términos el concepto de legalidad y el principio de seguridad jurídica.

Los diferentes métodos establecidos a lo largo de la historia jurídica son instrumentos de conocimiento. Pero es necesario dar cuenta de que, antes que ellos, antes que la técnica, en suma, existe un "a priori" que decide su utilización y que dirige el desarrollo de la búsqueda. Un "a priori" que define el modo en que la ley debe ser comprendida. Por consiguiente, antes de ser comprendida existe un texto, y la interpretación tradicional o usual de ese texto. La cual es una de entre varias posibles, condicionadas respectivamente por un enfoque diferente. Pero nada, excepto la rutina o el conservadurismo, obliga a mantener el entendimiento ya establecido anteriormente de los textos. Así, mantenerse vinculado a la ley implica una nueva elasticidad: esa vinculación no se identifica necesariamente con la vinculación a la dogmática al uso, sino, en todo caso, con las posibilidades ofrecidas por el "proyecto normativo".

(4) Acercamiento mutuo que fue ya descrito por ENGISCH en *Logische Studien zur Gesetzesanwendung*, Winter V., Heidelberg, 1943.

(5) Para el estudio de la interpretación jurídica en esa línea, cfr., sobre todo, J. ESSER: *Vorverständnis und Methodenwahl in der Rechtsfindung*, Athenäum V., Frankfurt/M., 1970; 3.ª ed. Scriptor V., Kronberg Ts., 1975.

Al mismo tiempo, defender la seguridad que proporcionan las leyes tal como vienen siendo tradicionalmente entendidas, no significa ya defender el imperio de la ley, sino asumir la defensa de una tradición frente a interpretaciones divergentes que pueden representar la promoción de intereses más justos o más ampliamente compartidos. De ahí que sea rechazable igualmente trasladar el problema de la legitimación en la aplicación del Derecho a la legitimación de su creación. No bastaría que el Derecho fuese establecido a través de cauces legítimos, sino que sería necesaria una legitimidad continuada, dado el carácter creativo que adquiere el momento de su concreta "realización".

Así pues, ahora es más fácil comprender de dónde deriva la posibilidad de plantear la necesidad de una legitimación política de la práctica de conocimiento del intérprete, si se admite el carácter constitutivamente "subjetivo" de esa práctica. Se podría aducir como respuesta el recurso a los principios que informan el Derecho, que le confieren su sentido jurídico o que definen los límites de lo que se debe considerar justo o racional. Sin embargo, también ellos —llámense Derecho natural, idea del Derecho o naturaleza de las cosas— en la medida en que acceden a la consciencia están sometidos a las mismas limitaciones hermenéuticas a las que está sometido el conocimiento de la ley positiva. Sólo les queda el carácter de *topoi* informativos destinados a influir la convicción jurídica del intérprete, a modificar su horizonte o a contribuir a la elaboración de su "comprensión previa". Con ello se completa el paso del ser a la consciencia que, en la filosofía idealista, representa la hermenéutica existencial (6).

El "a priori" que dirige el proceso de conocimiento jurídico tiene su existencia en el lenguaje. En él vivirían los prejuicios y de él se alimentaría la anticipación de la comprensión. Esa es la función que adquiere como concepción del mundo, tal como es entendido desde Humboldt a Gramsci. En ese sentido, el lenguaje forma la estructura prejurídica de la que nace el acceso a los textos y su modalidad. Sus categorías, precargadas, son las que constituyen la posibilidad de que "algo sea entendido como algo" (Gadamer). En él se confunden, se entremezclan, los distintos niveles que dan cuenta de la praxis y la orientan. Porque existe el lenguaje como concepción del mundo, como filosofía o como consciencia no es posible adscribir limpiamente un dis-

(6) Cfr., para una visión más amplia de la hermenéutica existencial y sus consecuencias en el ámbito jurídico, nuestro estudio *Interpretación del Derecho e ideología. Elementos para una crítica a la hermenéutica jurídica* (en prensa).

curso al ámbito jurídico, ético o político. Si el Derecho, la ética y la política son en principio distinguibles por su función y sus efectos en una formación social, en la dinámica del discurso los distintos niveles son intercambiables. Desde el punto de vista del lenguaje cae la pretensión positivista de mantener la incontaminación de lo jurídico, la asepsia científica, la neutralidad a lo no previsto por la ley.

Si la seguridad que proporciona el método es limitada, y puesto que no se puede prescindir de él en aras de un espontaneísmo cognoscitivo, hace falta una instancia de legitimación que, comprendiendo también el método, esté situada en otro plano. Esa instancia no puede ser sino política. El problema de la legitimación debe trasladarse de la técnica a la sociedad, del instrumento a los agentes.

La crítica idealista del sistema, que intenta superar el cientificismo por la vía de la historicidad y socialidad del lenguaje, acude también al lenguaje para acallar la mala conciencia producida por la visión del fetichismo de la técnica. Solamente la comunicación lingüística puede contribuir a eliminar las posibles distorsiones. Si no se pueden abandonar los prejuicios, la comunicación hace que éstos sean examinados y posibilita su intercambio. Permite una modificación de puntos de vista, del horizonte y de la perspectiva. No tendría la virtualidad de operar, en una síntesis superadora, una visión que englobara los diversos aspectos del objeto, acercándose con ello más a su verdad. Pues la síntesis sólo daría lugar, probablemente, a una nueva forma de contemplación, equiparada a las demás en su condicionamiento. Sin embargo, mediante la comunicación el intérprete puede adoptar posiciones más convincentes que de otro modo no le serían accesibles. El diálogo y las condiciones que lo favorecen se erige, pues, en instancia de legitimación del conocimiento.

Para el Derecho, ese es el sentido que adquiere la tópica, la cual, desde Viehweg intenta desplazar a la categoría sistema del ámbito de la racionalidad. La argumentación es el modo fundamental de la aprehensión de lo real y no únicamente el método. Este no agota la explicación teórica de la actividad comprendente. Justamente de eso se trata: de explicar adecuadamente en la teoría la forma en que las cosas son comprendidas, y, de ahí, establecer las condiciones prácticas necesarias para que esa forma pueda efectivamente realizarse.

En la interpretación jurídica, por consiguiente, las condiciones prácticas son aquellas que posibiliten la inserción institucional de la comu-

nicación, en su más amplio sentido. Desde una organización procesal *democrática* hasta un procedimiento *democrático* de elección de jueces. Pero ahora no ya como apoyo de la técnica, en el sentido, que decíamos al principio, de establecer los requisitos para que aquélla pudiese funcionar correctamente, sino como condición sustancial de legitimidad en la que se insertan instrumentalmente los diversos métodos de investigación.

Más allá del lenguaje no hay una instancia que sirva de criterio o de medida de la aprehensión lingüística de la realidad. En el lenguaje hay que establecer, pues, el modo en que hay que resolver la ambigüedad del lenguaje (normativo) y sus contradicciones. El intercambio dialogal de razones puede actuar la racionalidad, la única que es posible en el ámbito de las ciencias sociales: no una limitada racionalidad técnica, sino una racionalidad procedente del ámbito social que dirige y determina aquélla: una racionalidad contrastada, compartida, lingüística. En esa línea, el consenso es el techo ideal que expide la legitimidad de lo realizado en sociedad. La hermenéutica constituye, en este sentido, una base ideológico-epistemológica de la democracia como factor formal de participación, al elevar a la intersubjetividad en principio de legitimación del conocimiento y de la acción.

Ahora bien, si la apelación a la intersubjetividad, la comunicación y el consenso es probablemente la única salida que permite escapar a la desesperanza de la inevitable instrumentalización de la técnica, no hay que perder de vista que también la comunicación y el consenso están expuestos al mismo riesgo. Queremos llamar, finalmente, la atención sobre ese riesgo, a partir del reconocimiento de su operatividad en una sociedad de clase.

El esquema fenomenológico-existencial de la comunicación es un instrumento teórico cuyos efectos no son inocentes en la práctica. Contribuye a formar en un determinado sentido la consciencia del individuo, dándole una determinada imagen de la realidad y preparándolo para actuar —o dejar de actuar— de acuerdo con la orientación implícita en el esquema. Presupone que quienes comunican son sujetos equiparados en un plano ideal, cada uno con su carga de historia, de valoraciones, de consciencia o inconsciencia, cada uno potencialmente receptivo a la encarnación heideggeriana del ser en el lenguaje. Es fácil ver a qué conduce el mantenimiento de este discurso en una sociedad conflictiva y dividida en el plano material y, en función de él,

en el plano ideológico: justamente a la creación de una consciencia de igualdad inexistente en la práctica, en tanto son ocultadas las condiciones reales que hacen del individuo miembro de una clase, en tanto es disuelto el vínculo por el que se inserta en una estructura social de dominación, tanto al nivel económico como al nivel ideológico y político. En ese sentido, el esquema es una manifestación de la ideología, ya denunciada por Marx al enfrentarse a la ideología burguesa, que cifra en el "sujeto" el origen o el soporte del proceso histórico.

Ciertamente, también la hermenéutica reconoce el hecho de la división y el conflicto social. La diversidad de perspectivas alude precisamente a él. El sujeto lo es en comunicación con otros y, por lo tanto, vinculado a otros por los mismos prejuicios o por la misma tradición. Sin embargo, el conflicto para ella es una mera distinción o separación fundada en la heterogeneidad de horizontes. Estos coexisten uno junto a otro: todos poseen la misma pretensión de verdad; no se anulan, puesto que su función es aportar un aspecto diferente de las cosas. Sin embargo, la división de la sociedad en clases significa, desde Marx, contradicción: las alternativas no se toleran más que excluyéndose mutuamente. Una constituye la condición de existencia de la otra, pero como su propia negación. Su forma de existencia es una lucha dialéctica por la que los diversos elementos de la contradicción forman parte de una relación que los engloba, pero en la que la afirmación de uno de ellos es al mismo tiempo la anulación de su contrario.

Por tanto, la heterogeneidad no puede seguir pensándose como simple denominador de situaciones diferentes, ni tampoco puede seguir teniendo el carácter especulativo-empírico de un discurso que elude la mención de las condiciones materiales del proceso histórico, sino que esa heterogeneidad, diversidad o conflictividad encuentra su concreción en una teoría de la historia y de la sociedad capaz de dar cuenta del hecho de la dominación a todos los niveles.

Por ello, tampoco basta ver la insuficiencia del principio de la democracia, como posibilidad formal o abstracta de participación, simplemente en el hecho de la desigualdad real o económica, sino en el hecho de que esa desigualdad adquiere fundamentalmente la forma de unas relaciones clasistas de producción o está posibilitada por ellas; relaciones de producción que perpetuarían la dominación existente en el nivel ideológico, es decir, que son el factor de alienación del individuo a ese nivel. La extinción de esas relaciones de clase sería, pues,

la primera condición para que el individuo pudiese recuperarse en el lenguaje. Mientras tanto, están dadas otras condiciones: las de que éste se identifique con un discurso ideológico que promueve su explotación, ocultándola.

En palabras de J. Habermas, una estructura social de dominación promueve una comunicación “sistemáticamente deformada”, que posibilita la falsa comprensión de sí del individuo. La comunicación podría tener el efecto querido en el caso de que se desarrollase bajo las condiciones ideales de ausencia de coacción y duraderamente. En caso contrario, la intersubjetividad no es condición de la objetividad del conocimiento, sino del “malentendido” y del error (7).

En ese sentido, los que comunican en una sociedad de clase no son individuos, sino ideologías (8). Es decir, no manifestaciones culturales o simples “maneras de ver” paritarias, actuantes a través de los individuos, que eso es lo que significaría el aporte de prejuicios que el sujeto conlleva al insertarse en una tradición cultural determinada. Las ideologías se corresponden, más bien, en el lenguaje, con la estructura de dominación desplegada en el nivel económico; están en función de éste, aunque desarrollan sus propias contradicciones con relativa autonomía.

¿Qué legitimidad puede aportar entonces la democracia, en una sociedad de clase, a la elaboración judicial del Derecho? La participación intersubjetiva en el proceso vehiculiza una lucha ideológica en torno al “sentido” del reconocimiento jurídico de ciertas relaciones sociales. Esa lucha ideológica, que se realiza a través de la argumentación y contraargumentación lingüísticas, tiende a dar forma a la convicción del juez-intérprete, que decidirá, en último término, qué objetivación jurídica ha de ser adoptada para el caso. Eso es lo que permite la democracia como posibilidad de que todos “puedan ser oídos”: no excluir “a priori” ninguna parcela de “racionalidad”, ningún tipo de discurso que pueda influir la marcha de la búsqueda del Derecho, o, con otras palabras, posibilitar que diversas “comprensiones previas” puedan ser confrontadas en la seguridad de que va a ser adoptada la que conduzca a la solución más convincentemente justa.

(7) Cfr. «Der Universalitätsanspruch der Hermeneutik», en *Hermeneutik und Ideologiekritik*, Suhrkamp, Frankfurt/M., 1971, págs. 120 y sigs.

(8) Cfr. A. PONZIO: *Producción lingüística e ideología social. Para una teoría marxista del lenguaje y de la comunicación*, Comunicación, Madrid, 1974.

El principio de la democracia, por tanto, equivale en último análisis a la posibilidad de la homologación del resultado del proceso a uno de los discursos ideológicos socialmente compartidos. Esa posibilidad será tanto más operativa cuanto más alto sea el índice de flexibilidad o contradicción de la materia jurídica, es decir, cuanto más exprese el mismo ordenamiento en su interior la heterogeneidad contradictoria de las diversas instancias de las estructuras sociales, que no otra cosa significa la “ambigüedad” inherente consustancialmente al lenguaje de la ley, presupuesto idealista, atinente al objeto, de la infinitud de la actividad interpretativa.

Por lo tanto, si lo que acaba imponiéndose en el proceso de aplicación del Derecho, mediante la interpretación de las normas, es una tendencia ideológica, dominante o no, es decir, un punto de vista de clase sobre el “sano sentimiento jurídico”, o sobre la “justicia o conveniencia” de las relaciones sociales controvertidas, la decisión judicial expresa el efecto de la relación ideológica de fuerzas en presencia, concretada y dilucidada en el plano jurídico para el caso planteado. En ese sentido, se puede decir que la legitimación que procede del carácter democrático del proceso es reconducible a las fuerzas que actúan en él, o sea, que la decisión es “legítima” significa que es el efecto, al nivel de la interpretación y aplicación jurídicas, de la estructura global de dominación ideológica existente en una formación social determinada.

Apelar al consenso de la comunidad jurídica como criterio de legitimidad de las decisiones tomadas en el ámbito jurídico es un recurso fracasado: el consenso es la expresión idealizada de una conciliación de intereses cuya confrontación es irreductible en el plano material. Sólo queda, como vemos, concebir la legitimación como posibilidad de participación en cuanto tal en una estructura procesal de diálogo, participativa y abierta, y no como índice de una racionalidad posiblemente falseada. Pero entonces el riesgo para las clases dominadas consiste en aceptar una legitimidad impuesta en una sociedad en la que la protección de sus intereses es sistemáticamente —por la “naturaleza misma de las cosas”— excluida. La contradicción entre la legitimación así entendida y los intereses de estas clases es evidente. El núcleo conceptual de la legitimación, se quiera o no, posee una clara huella de la tradición iusnaturalista. Responde a la cuestión de la validez de una objetivación jurídica. Que el Derecho es legítimo significa que es incuestionable, que no se le debe oponer “legítimamente” resistencia, que es digno de ser aceptado porque ha pasado el “control de calidad”. Es un con-

cepto eminentemente moral. La legitimación como arma ideológica tiende a lograr la aprobación de una objetivación jurídica por parte de los sometidos al Derecho, en la medida en que constituye la etiqueta justificadora de esa objetivación, por responder a una u otra instancia de homologación. Por tanto, puesto que no se trata de arrojar al niño de la bañera junto con el agua sucia, es ineludible, afirmando el concepto de legitimación, excluir al mismo tiempo que la instancia legitimadora sea el vehículo de la imposición de situaciones de opresión "racionalizadas". Es necesaria la "sustancialización" del criterio democrático, es decir, la creación de las condiciones necesarias para que la posibilidad de que "todos sean oídos" sea una auténtica posibilidad, es decir, para que cada uno de los implicados hable su propia voz. Es evidente que, en ese sentido, la legitimación es una aspiración utópica, considerada absolutamente, aunque no menos posible como tendencia dialéctica (9); tendencia concretada y potenciada en una formación social clasista en la que se conoce, desde Marx, dónde radican los obstáculos fundamentales que impiden al individuo reconocerse a sí mismo.

Pero además, para el caso de la aplicación del Derecho, la legitimidad del resultado a que se llega en el proceso depende de una doble condición. No sólo de esa mencionada sustancialización del criterio democrático en el momento de hacerse efectiva la actualización de las normas, sino, como presupuesto, de la legitimidad misma del Derecho ya objetivado. Y ello en la medida en que la aplicación del Derecho está sujeta a dos variables: la autonomía relativa que el intérprete posee al enfrentarse con los textos, de un lado, y los límites impuestos por el mismo Derecho objetivo, de otro. No bastaría, pues, un proceso "realmente" (no formalmente) democrático, correspondiente a una organización de las estructuras e instituciones sociales auténticamente participada, sino, al mismo tiempo, un conjunto normativo expresivo de una sociedad sin estructuras de dominación, puesto que no se podría convertir un texto, que responde a unas determinadas relaciones materiales, absolutamente en su contrario sin que cambien esas relaciones, aunque puedan ser aprovechadas sus contradicciones.

Así pues, el talante moral del discurso en torno al problema de la legitimación se podría concretar, para ser eficaz, en una crítica política que haga evidentes cuáles son los condicionamientos económicos, ideológi-

(9) En esa línea, cfr. la contribución, en este mismo volumen, del Prof. LÓPEZ CALERA: *La legitimación democrática del Derecho*.

cos y políticos que impiden que en una sociedad de clase el Derecho y su aplicación respondan al “gobierno del pueblo”, que clarifique los intereses protegidos o que descubra en qué medida es el resultado o el efecto, en el plano jurídico, de la estructura ideológica de dominación existente en esa sociedad. No se trataría tanto, entonces, de establecer cuáles son los criterios para considerar aceptable la elaboración judicial del Derecho, sino de plantear el problema de forma que sea posible denunciarla como práctica ideológica y política al servicio de las clases dominantes.

Aquí radicaría, por otro lado, uno de los posibles motivos para considerar legitimado, en ese sentido ético-político, el llamado “uso alternativo del Derecho”: en la aspiración por conducir la práctica judicial, sin salir de la “legalidad”, a través de unos cauces de los que hayan sido removidos —en la medida de lo jurídicamente posible— los obstáculos para una emancipación progresiva de las clases dominadas. Pero éste es un problema que, por su entidad, merece ser tratado más directa y extensamente, aunque estas reflexiones pueden ser consideradas como un acercamiento a ciertos aspectos relacionados con dicha problemática.