

Derecho y Política

Por Carlos Ignacio Giuffré (Argentina) *

RESUMEN

El trabajo analiza las operaciones de interpretación y determinación del derecho en el caso judicial particular, en un contexto de materiales jurídicos que no consiguen determinar ni contemplar el alcance de su propia aplicación. En ese marco, el presente labor intenta mostrar que tales tareas –estrictamente constitucionales habida cuenta que son ineludibles para prestar los “servicios de justicia” (inc. 6 del art. 114 de la Constitución Nacional)– tienen como implicancia una distribución de poder en la sociedad.

PALABRAS CLAVE

**DERECHO–POLÍTICA–PODER-NEUTRALIDAD-INTERPRETACIÓN Y
APLICACIÓN**

* Abogado, Adscripto a la Cátedra de Derecho Constitucional y Derechos Humanos de la Universidad de Mendoza, Secretario de Asuntos Constitucionales y Convencionales de Xumek – Asociación para la promoción y defensa de los Derechos Humanos, Especialización en Derecho Constitucional. (ignaciogiuffre@hotmail.com).

“Su pregunta es: ¿por qué me interesa tanto la política? Si pudiera responder de una forma muy sencilla, diría lo siguiente: ¿por qué no debería interesarme? Es decir, qué ceguera, qué sordera, qué densidad de ideología debería cargar para evitar el interés por lo que probablemente sea el tema más crucial de nuestra existencia, esto es, la sociedad en la que vivimos, las relaciones económicas dentro de las que funciona y el sistema de poder que define las maneras, lo permitido y lo prohibido de nuestra conducta. Después de todo, la esencia de nuestra vida consiste en el funcionamiento político de la sociedad en la que nos encontramos. De modo que no puedo responder a la pregunta acerca de por qué me interesa; sólo podría responder mediante la pregunta respecto de cómo podría no interesarme”.

Foucault, Michel. En el célebre debate con Noam Chomsky, transmitido por la televisión holandesa en 1971, el moderador solicitó a Foucault que explicitara el porqué de su interés en la política.

Derecho y Política

Por Carlos Ignacio Giuffré

Las operaciones de interpretación y determinación del derecho en el caso judicial concreto por parte de los operadores jurídicos constituyen tareas constitucionales, pues son ineludibles para prestar los “servicios de justicia” (inciso 6 del artículo 114 de la Constitución Nacional), que inexorablemente han de tener efectos políticos. Sin embargo, habida cuenta que las teorías jurídicas tradicionales han omitido, cuando no negado, la relación entre derecho y política, urge el reto de intentar hacer explícitas e identificar las estructuras del derecho y de dichas actividades jurídicas.

En ese contexto, los Critical Legal Studies con el profesor de Harvard Duncan Kennedy en su centro, se han abocado a desmontar el paradigma clásico de los materiales jurídicos (Constitución, leyes) y de las actividades jurídicas (interpretación jurídica, doctrinas, cátedras, contratos, sentencias, dictámenes) como productos técnicos, objetivos, apolíticos y neutrales (Giuffré, 2015); demostrando, así, lo que al discurso jurídico tradicional se le escapa: los efectos políticos de ellos, vale decir, los impactos en la distribución del poder en la sociedad.

El silogismo es simple: si la política es lo relativo al poder y si tanto el derecho como las decisiones jurídicas son un acto de poder, se sigue que el derecho y las actividades jurídicas realizadas en torno a él son políticas.

Los juristas que adscriben a las teorías tradicionales que pretenden la despolitización del derecho, afirman que ellos mismos proceden de modo técnico-neutral y acusan a los otros de no lograr tal forma de actuar. Esta manera de pensar evade el brete teórico, generando los siguientes interrogantes: ¿Por qué los jueces no reconocen que su rol tiene un conflicto interno y que necesita ser rediseñado? ¿Por qué los académicos no ayudan a los jueces a salir del aprieto sugiriendo que los están forzando a ser insinceros? (Kennedy, 2013, p.73).

La interpretación y determinación del derecho, lejos de configurar actividades neutrales o exclusivamente técnicas, son políticas, puesto que establecen estructuras de

poder: otorgan derechos a unos y determinan deberes o prohibiciones a otros; empoderan a determinados sectores en desmedro de otros; permiten o no ciertas conductas; erigen un orden económico, lo reproducen y lo legitiman; dotan de sentido a ciertas relaciones entre las personas (antropológicas, de producción, del grupo familiar) permitiendo ciertas uniones y prohibiendo otras; etcétera.

Dicho de otro modo, tales operaciones, comportan un proceso de dotación de sentidos, un discurso constitutivo, que asigna significados a hechos, relaciones, personas y palabras; por ejemplo: el divorcio no estaba permitido en la antigua legislación civil que estuvo vigente casi cien años, sin embargo se pasó de considerarlo algo prohibido a un derecho (Caso “Sejean”, 1986). De manera que, producir, reproducir e interpretar significados jurídicos, nunca provoca resultados neutrales, precisamente porque ellos inciden sobre la dignidad y los derechos de las personas; en la medida que distribuyen poder en la sociedad, provocan efectos políticos.

Si bien el derecho posee un núcleo de certeza, también tiene una textura abierta (Hart, 1998, p.155) debido a que es impotente para normar toda la realidad y a que necesariamente -en ciertos casos- es un marco abierto de posibilidades. En efecto, en algunas situaciones cuando se lo interpreta y aplica, hay un margen de discrecionalidad en la elección de una solución. Por ejemplo, el artículo 79 del Código Penal establece que el homicidio simple tiene una pena de ocho a veinticinco años de prisión; entre ocho y veinticinco años, existen miles de posibilidades de condena libradas al arbitrio del juez: ocho años y un día, doce años y tres días, etc.

Frente al caso concreto, los juristas al momento de interpretar y determinar el derecho, deben llenar lagunas; resignificar valores históricos y mutables; resolver conflictos, anemias semánticas y ambigüedades del sistema normativo. Los materiales jurídicos no consiguen determinar ni contemplar el alcance de su propia aplicación, pues “la distancia entre la generalidad de la ley y la situación jurídica concreta que plantea cada caso particular es insuperable” (Gadamer, t. I, 2002, p.613). Ello, dado que “la ley es general y por eso no puede hacer justicia a cada caso particular” a solas, prescindiendo del juez (Ibídem, p. 615).

Desde fines el siglo XVIII, en los comienzos del movimiento codificador, era tal la confianza en la racionalidad, coherencia y completitud de los cuerpos normativos que se pensaba que la interpretación apenas sería necesaria. Se aplicaba el viejo adagio “in claris non fit interpretatio”, ya que se confiaba en que el empleo simultáneo de varios cánones de la interpretación conduciría de consuno a la determinación del más exacto y correcto sentido propio de la norma. Así fue como Savigny dio a principios del siglo XIX su forma “canónica” a la teoría de los cánones de la interpretación jurídica.

Sin embargo, a finales de ese siglo XIX se constata el fracaso de la Dogmática Jurídica en el nivel que había creído encontrar seguridad: en el de la literalidad de la ley, en tanto el lenguaje de las normas no determina por completo su aplicación al caso. Así, comienza a aparecer la conciencia del papel creativo del juez y de la inevitabilidad de la interpretación.

En tal camino, se arribo a que la interpretación no es meramente un instrumento de la práctica jurídica, sino que forma parte constitutiva de la naturaleza misma del derecho (Viola, 2007). En este estado de la cuestión, resulta ilustrativo el artículo segundo del nuevo Código Civil y Comercial de la República Argentina al establecer que “la ley debe ser interpretada”.

Con la interpretación y determinación del derecho -por ejemplo con una decisión judicial- se rellenan penumbras, se crea el derecho, se lo constituye. La norma debe ser interpretada, debe ser precisada y hecha justa para el caso. Incluso, “hay un gran número de casos en los que el juez por lo menos reformula la regla jurídica existente” (Kennedy, 2013, p.116), como cuando declaran la inconstitucionalidad o inaplicabilidad de alguna ley. Con estas afirmaciones, se relega ese papel tradicional y limitado que se le asignó Montesquieu al juez como “la voz de la ley”.

En la actividad jurisdiccional, que resulta excesivamente compleja e incierta, se aprecia que el desacuerdo y la controversia reinan sobre el derecho, ya que para que sea aplicado, debe ser interpretado y de modo habitual, se disiente sobre cuáles son sus contenidos y contornos (Waldrom, 2005), por eso, frente a ese área de indeterminación inevitable, mediante las actividades de interpretación y aplicación -que son de naturaleza creativa- se determina su alcance y sentido.

De lo contrario, el derecho sería algo cosificado, algo ya dado de antemano en la ley, una normación autosuficiente que contendría el derecho perfecto y a partir de la cual, la aplicación sería una mera subsunción. Sin embargo, concebir al derecho como puramente normativo y creer en la posibilidad de proposiciones jurídicas aplicables por sí mismas, sin más, completas y con conceptos comprensibles unívocamente, constituye un pensamiento que deja fuera del fenómeno jurídico a valoraciones, principios, pautas políticas, dimensiones históricas y sociales y la intervención del intérprete.

Que el derecho sea una realidad acabada significa que el operador jurídico no puede condicionar su esencia ni determinar sus contenidos, sino, precisarlo en aspectos secundarios. Por el contrario, la hermenéutica jurídica ve el derecho como un objeto en permanente constitución y haciéndose en el proceso de su interpretación y aplicación, en un proceso circular entre una creación de normativa que es siempre interpretación, y una interpretación de enunciados normativos que es siempre, también, creación normativa (García Amado, 2003).

De este modo, contribuyó a que pierda relevancia la imagen del juez sometido sólo al imperio de la ley, pues se ha dejado de ocultar su protagonismo. Por ello, se asevera que la determinación del derecho en el caso concreto, envuelve por parte del operador jurídico una actitud de intervención activa sobre el texto que debe interpretar, porque, cada interpretación implica, necesariamente un añadido, una inserción (Zaccarà, 2003).

Dado que la moral no está constituida por un solo principio ni la política tiene en cuenta un solo valor, la mayoría de las veces se hace necesario ponderar o escoger entre normas, principios y valores que se reputan igual de valiosos. En la base de tal acción de preferir, subyace un enjuiciamiento de la alternativa elegida como la más apropiada y, por lo tanto, una valoración (Alexy, 2014, p.27).

Cuando se efectúa tal elección, se construye el discurso jurídico, dotándolo de sentido. Justamente, como no hay una única manera de producir tal articulación, existe la posibilidad de que las soluciones correctas puedan ser más de una.

En la aplicación del derecho toma lugar un momento de ponderación ineludible en el que interfieren los distintos criterios de interpretación y en el cual, sin recurrir a principios valorativos políticos no es posible elegir entre dos o más normas contradictorias, llenar una laguna, seleccionar el sentido de una expresión o de una conexión sintáctica ambigua o fijar el límite de aplicabilidad de una expresión vaga (Atienza, 2013, p.524).

A ello se arriba, luego de comprender que las normas revisten las características de ser escritas, redactadas de modo general, abstractas, impotentes para regular la totalidad de la vida y lanzadas al porvenir con pretensión de continuidad en una realidad social pluriforme y en incesante reconfiguración; mientras que los hechos a los cuales se deben aplicar son individuales, concretos e infinitos.

En consecuencia, “la práctica jurídica es un ejercicio de interpretación... El derecho así concebido es profunda y completamente político. Los abogados y jueces no pueden evitar la política en el sentido amplio de la teoría política. Pero el derecho no es una cuestión de política personal o partidaria” (Dworkin, 1985, p.147; en: Kennedy, 2013, p. 123).

Por lo tanto, afirmar que no se puede prescindir de una ideología y que las operaciones jurídicas siempre son políticas, no conlleva a dejar de repudiar el partidismo político de los operadores jurídicos por ser incompatible con el principio de independencia de los órganos del Estado, que surge del brocardo republicano consagrado en los art. 1 y 33 de la Constitución Nacional.

En otras palabras, es preciso no confundir efectos políticos con partido político, ya que “la independencia y la imparcialidad es respecto de todo partidismo político” (Bidart Campos, 2004, t.3, p.332). Es que “los jueces son nombrados y removidos por órganos de los otros poderes, integrados conforme a partidos políticos y nunca se ha sostenido que esto afecta la independencia externa del Poder Judicial. Pues el juez, una vez designado, es independiente de todo partido y no está sujeto a sus órdenes ni mandatos. Y si alguno se somete a esta condición, esto no será resultado de la politización (siempre presente) de sus actos, sino de su propia falla ética” (Zaffaroni, 2012).

A lo vertido hasta acá, debe añadirse que las operaciones en análisis también son políticas por otro factor: provienen de un órgano que es poder, que gobierna y que ejerce poder. Ello no es un descarrilamiento del Órgano Judicial, sino la esencia de la función de administrar justicia, él “es un poder político porque ejerce una función de estado” (Bidart Campos, 2004, p.332), tal es así, que “las sentencias -todas- son actos políticos porque emanan de órganos de estado; también las decisiones del Consejo de la Magistratura y del Jurado de Enjuiciamiento” (Ídem). Ejercer la administración de justicia es gobernar, “la Corte es tan política como políticos son el poder ejecutivo y el congreso; todos gobiernan” (Ibídem p.338).

Se colige entonces, que el ámbito judicial es un espacio de lucha por los derechos, por consiguiente, un espacio de lucha política, ya que las decisiones que allí se toman inciden sobre las prerrogativas de los sujetos involucrados. El Estado no es solo el Poder Ejecutivo y Legislativo, sino también el Judicial, por ende, garante del “bienestar general” y encargado de “afianzar la justicia” -como manda el Preámbulo de nuestra Constitución Nacional- y a tales efectos debe: avanzar en el reconocimiento de derechos y lograr conquistas sociales.

De lo que se trata es de poner a los operadores jurídicos en posesión de lo que son, asentar sobre ellos la responsabilidad directa sobre el pueblo y de que asuman un rol activo en la defensa de los derechos. Tal como dice Jean-Paul Sartre, “nuestra responsabilidad es mucho mayor de lo que podríamos suponer, porque compromete a la sociedad entera; así soy responsable para mí mismo y para todos”.

Resulta central dimensionar las implicancias de aplicar el derecho, pues se trata de una actividad paradójica: puede cumplir una función conservadora u otra reformadora. Es que representa, por un lado, una formidable herramienta de lucha, de denuncia y de resistencia a la opresión; pero a la vez, consiste en un medio de dominación, de opresión y reproductor de las relaciones hegemónicas y de las asimetrías sociales. El derecho depende de una relación de fuerzas en el marco social, “en manos de grupos dominantes constituye un mecanismo de preservación y reconducción de sus intereses y finalidades, en manos de grupos dominados, un mecanismo de defensa y contestación política, por lo tanto de cambio social” (Cárcova, 2012, p.124).

El derecho y su aplicación tienen carácter instrumental y es necesario interrogarse qué tipo de instrumentos son, qué funciones tienen, qué relación hay entre ellos y cambio social, a qué intereses sirven, quiénes lo usan y para qué finalidades. De lo contrario, el derecho funciona como “máscara del poder” (Foucault, 2008, p.96) y oculta “las relaciones de poder”. Históricamente se han privilegiado algunas funciones: la de prevenir y reprimir conductas desviadas, impedir conflictos, proteger libertades, etc. Hoy se advierten otras finalidades, tales como: repartir los recursos disponibles - función distributiva- o estimular ciertas conductas -función promocional- (Cárcova, 2012, p.129-150).

A continuación, a través de la recolección de dos fenómenos jurídicos de la coyuntura actual, se intentará ilustrar lo dicho hasta aquí, evidenciando que todo pronunciamiento judicial es una tarea humana donde se da primacía a alguno de los discursos en pugna y que “implica necesariamente una toma de posición -a veces- explícita y otras no” (Quiroga Lavié, 2001, p.84):

i) El funcionamiento del sistema penal: Michel Foucault lo analiza y evidencia sus efectos políticos, al decir que la penalidad no es sólo un aparato de prohibición, sino también de gestión política y económica (2008, p.96); es “una manera de administrar los ilegalismos, de trazar límites de tolerancia, de dar cierto campo de libertad a algunos y hacer prisión sobre otros, de excluir a una parte y hacer útil a otra; de neutralizar a éstos, de sacar provecho de aquéllos” (2014, p.316-317); es la forma en la que el poder se muestra del modo más manifiesto y delirante (2008, p.27); tiene un “papel constitutivo en las divisiones y marginaciones de la sociedad actual” (2008, p.57).

Ello, se vislumbra en la selectividad del poder punitivo, pues él es ejercido no de manera uniforme y coherente, sino que unas veces criminaliza y otras no. Por lo general y dada la carga ideológica punitivista de los operadores jurídicos a su cargo, recae sobre un sector social: el más vulnerable y carenciado; dejando impune, en cambio, a otros. Tal es así, que las cárceles están pobladas casi en un cien por ciento por los autores de delitos toscos.

ii) La no cabida en sede judicial del derecho de los trabajadores a “participar en las ganancias de la empresa” como lo consagra el artículo 14 bis de la Constitución Nacional: ante la falta de reglamentación por parte del Poder Legislativo de una norma programática prescripta en la Carta Fundamental, es preciso que recaiga el control de constitucionalidad en resguardo de la supremacía y en beneficio del titular del derecho. La omisión del Parlamento, podría ser reparada de dos formas por los jueces, o compeliendo al órgano remiso a dictar la reglamentación legal o procediendo directamente a integrar la laguna al resolver el caso. Su legitimidad estaría dada por el primer párrafo del artículo 43 de la Constitución Nacional, que contempla la posibilidad de declarar la inconstitucionalidad de la norma en que se funde “la omisión lesiva” de la autoridad.

Empero, con la inactividad de los jueces en este asunto, se constata que ellos establecen un orden y dotan de sentido las relaciones humanas -en este caso: laborales-, limitando los salarios de los trabajadores a lo necesario para subsistir, mientras las ganancias de los empleadores cubren no sólo lo necesario para ello, sino también posibilidades de crecimiento, de disfrute y de acumulación de propiedad privada.

En síntesis, es imposible interpretar y determinar el derecho con una actitud axiológicamente neutral, porque tal como se intentó mostrar, el derecho no puede aplicarse de manera objetiva ni mecánica, él requiere inevitablemente de la presencia de ideas y creencias del sujeto. Como señala Esser, las leyes no podrían tener nunca una forma semántica tal que de ellas resulte una aplicación algorítmica por el juez (Habermas, 2008, p.585), sin una añadidura o inserción de su parte.

“El aplicador juzga desde *sí mismo*, desde *su comprensión* de los textos jurídicos y de los valores y principios constitucionales, así como desde *su comprensión* del problema jurídico” (Serna, et al., 2005, p.285). Y acá, se hinca mi aporte, que constituye un embate a las aporías de las doctrinas tradicionales: la “comprensión”, los “valores” y los “principios” del jurista presentes al momento de interpretar y aplicar el derecho producen consecuencias políticas, en la medida que distribuyen poder en la sociedad.

En suma, no resulta plausible describir al derecho y la actividad de los operadores jurídicos sólo en términos “jurídicos y técnicos” -que por supuesto lo son-,

pues de lo contrario, se perdería lo más importante: que contemplan un plexo de valores y principios políticos (Bidart Campos, 2004, t. I, p.323) y que constituyen un medio -o una esperanza- para transformar la sociedad por otra más digna, justa e igualitaria.

Por último, se ha de aclarar que en ningún momento se pretendió ni se habló de dotar de más poderes al juez de los que actualmente dispone, sino que se trató de exponer en forma descriptiva la dinámica de la actividad jurídica ya existente en la experiencia práctica.

Bibliografía

- Atienza, Manuel, *Curso de argumentación jurídica*. Ed. Trotta, Madrid, 2013.

- Alexy, Robert, *Teoría de la argumentación jurídica*. Ed. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2014.

- Bidart Campos, Germán, *Manual de la Constitución reformada*. Tomo III. Ed. Ediar, Buenos Aires, 2004.

- Cárcova, Carlos María, *Derecho, política y magistratura*. Ed. Biblos, Buenos Aires, 1996.

- Cárcova, Carlos María, *Las teorías jurídicas postpositivistas*. Ed. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2012.

- Cárcova, Carlos María, *Derecho, política y magistratura*. Ed. Biblos, Buenos Aires, 1996.

- Código Civil y Comercial de la República Argentina.

- Constitución de la Nación Argentina.

- Dworkin, Ronald, *Law's empire*. Cambridge, Harvard University Press, 1985.

- Foucault, Michel, *Un diálogo sobre el poder y otras conversaciones*. Ed. Alianza, Buenos Aires, 2008.

- Foucault, Michel, *Vigilar y castigar: Nacimiento de la prisión*. Ed. Siglo Veintiuno, Buenos Aires, 2014.

- Gadamer, Hans Georg, *Verdad y método*. Tomo I. Ed. Sígueme, Salamanca, 2002.

- Gadamer, Hans Georg, *Verdad y método*. Tomo II. Ediciones Sígueme, Salamanca, 2002.

- García Amado, Juan Antonio, *Filosofía hermenéutica y Derecho*. Azafea: Revista de filosofía, Nº 5, 2003, España.

- Giuffré, Carlos Ignacio, *Imposibilidad de asepsia en la interpretación y determinación del derecho*. El Derecho; Diario Constitucional de doctrina y jurisprudencia, Buenos Aires, 19 de noviembre de 2015.

- Habermas, Jürgen, *Facticidad y validez; Sobre el derecho y el Estado democrático de derecho en términos de teoría del discurso*. Ed. Trotta, Madrid, 2008.

- Hart, Herbert Lionel Adolphus, *El concepto de Derecho*. Ed. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1998.

- Kennedy, Duncan, *Izquierda y derecho; Ensayos de teoría jurídica crítica*. Editorial Siglo Veintiuno, Buenos Aires, 2013.

- Quiroga Lavié, Benedetti, Cenicacelaya, *Derecho Constitucional Argentino*. Tomo I. Ed. Rubinzal-Culzoni Editores, Buenos Aires, 2001.

- Sartre, Jean-Paul, *El existencialismo es un humanismo*. Ed. Octaedro, México, 2003.

- Serna, Pedro (director), et al., *De la argumentación jurídica a la hermenéutica*. Ed. Comares, Granada, 2005.

- Viola Francesco, Zaccaría Giuseppe, *Derecho e interpretación*. Elementos de teoría hermenéutica del derecho. Ed. Dykinson, Madrid, 2007.

- Waldron, Jeremy, *Derecho y desacuerdos*. Ed. Marcial Pons, Madrid, 2005.

- Zaccaría, Giuseppe, *La hermenéutica y teoría del derecho*. En: Rodríguez Puerto, Manuel, *Métodos de interpretación, hermenéutica y derecho natural*. Revista Dikaion, Universidad de la Sabana, España, 2010.

- Zaffaroni, Eugenio Raúl, Página 12, *La independencia interna de un juez*. Buenos Aires, 12/02/2012.