

Interpretación judicial y decisión política

PABLO SALVADOR CODERCH

Octubre 1992

Nota sobre John A. FEREJOHN y Richard R. WEINGAST. «A positive Theory of Statutory Interpretation», 12 *international Review of Law and Economics* 263-279 (1992) y «Limitation of Statutes: strategic Statutory Interpretation», 80 *The Georgetown Law Journal* 565-582 (1992).

La legislación y la interpretación (judicial) como actividades y, más intensamente, las leyes y las sentencias, que con su producto, delimitan el campo, tal vez fundamental, de trabajo del analista jurídico: se parte de las segundas para entrever lo que puede resultar de las primeras. Así, cuando le preguntan a un jurista las consecuencias jurídicas de un curso determinado y futuro de acción, el análisis comienza con la legislación vigente, sigue con el de la jurisprudencia pasada sobre casos similares y concluye con un intento de anticipar ese futuro; con un cálculo exacto, con el mejor de los casos imposibles, o con una conjetura más o menos probable, en todos los posibles, acerca de cuáles serán las decisiones del legislador y de los tribunales sobre el tema objeto de la cuestión.

Rara vez se estudia la, por otra parte, conocida de antiguo interacción entre legisladores históricos y actuales, de un lado, y jueces y tribunales, del otro. Ciertamente, los autores de casi todos los trabajos sobre la interpretación (judicial) intentan, desde hace muy poco más de un siglo (enseñar a) distinguir entre doctrinas subjetivas y doctrinas objetivas: según las primeras, la ley debe entenderse tal y como lo hizo el legislador histórico; conforme a las segundas, hay que atribuir a la ley el sentido que ahora resulta de ella misma y dejando al margen o, me-

por dicho, al principio, su eventual entendimiento originario. Además, los mismos trabajos añaden que la jurisprudencia, es decir, la interpretación judicial, concreta, complementa, modifica y desarrolla y el (sentido del) derecho legislado.

Sin embargo de la difusión reiterada de estas doctrinas, así como de la aceptación generalizada de sus contenidos, a pocos se ha ocultado la oscuridad conceptual y flaqueza teórica del andamiaje escolástico. El reconocimiento creciente de lo insatisfactorio del estado de las cuestiones ha llevado a bastantes a tratar de guarecerse en el abrigo liviano del realismo legal. Más el buscado refugio no es realmente más que asilo para el fracaso de la empresa del conocimiento; los realistas, críticos del formalismo jurídico, atribuyen *a priori* el poder de decisión final a los jueces; alguno ciertamente tienen, pero, a diferencia de lo que se pretende, ni tanto siempre, ni casi nunca el mismo. Que el gobierno de los estados no se puede identificar reductivamente con gobierno de los jueces en una afirmación generalmente verdadera que manifiesta lo desatinado y alejado de la realidad de las tesis básicas de los realistas.

Lo anterior ha parecido servir de palanca a ideólogos radicales postmodernos y críticos literarios postrealistas que, sobre el apoyo, próximo a la certidumbre probablemente trivial de que la cultura es manifestación del poder o, más concretamente, de que la cultura jurídica es su Epifanía, se han detenido en la constatación del sectarismo inevitable del lenguaje ordinario.

El intento, reciente y brillante, de Richard A. Ferejohn y Barry R. Weingast, de la Hoover Institution (Stanford University), debe servir de estímulo a quienes creen que ni uno ni otro punto de vista son la última palabra, el final de la búsqueda sin término que es la investigación científica, en el campo del derecho y de la política como en cualquier otro. Su trabajo no se limita al derribo del tinglado del realismo ingenuo, sino que incluye la construcción de un edificio teórico: a diferencia de otros postrealistas, los autores critican pero también construyen.

Empecemos con el derribo: la mayor parte de los trabajos sobre la interpretación de la ley, comienza diciendo Ferejohn y Weingast, atribuye a los jueces y tribunales la última palabra, pues unos y otros están institucionalmente situados fuera, al final y por encima del proceso político. No hacen la ley, pero determinan su sentido. Pero esta manera de ver las cosas, añaden, distorsiona inaceptablemente la realidad: no existe algo así como «la última palabra» en política; ninguna institución ni persona individual determina definitivamente qué es derecho, pues el poder legislativo puede reaccionar —y a menudo lo hace— ante una decisión del poder judicial o del ejecutivo. Cada uno de los agentes del proceso político puede seguir nuevos cursos de acción a la vista de los decididos por los demás. «Esta capacidad de reaccionar es

un rasgo fundamental del proceso político» (Positive Theory, p, 263). Y ello implica que las interpretaciones judiciales han de ser analizadas como un reflejo del escenario estratégico en el que se dan a conocer, al margen de su motivación y justificación: «Si una decisión del tribunal no logra reflejar la realidad política externa, no durará mucho». En este sentido, concluyen, «toda interpretación es, consciente o inconscientemente, inevitablemente política» (ibídem).

La tesis, es pues, que los jueces americanos y, añadamos nosotros, también los europeos continentales, aunque, por las razones que luego veremos, en menor medida, deciden como lo hacen teniendo en cuenta no sólo los documentos legales o judiciales, sino también la realidad política actual, es decir, las reacciones previsibles de los demás agentes del proceso político y, específicamente, las del órgano u órganos legislativos. El primer modelo teórico de Ferejohn y Weingast es muy sencillo y se ajusta a la realidad institucional básica estadounidense:

a) Un sistema parlamentario auténticamente bicameral formado por una cámara de Representantes («House») y un Senado («Senate») —séame permitido recalcar desde ahora esa importante característica ausente del casi inane bicameralismo español—, y

b) Un Congreso Legislador («enacting Congress»), autor de la ley de cuya interpretación se trata, y un Congreso Actual («sitting Congress») que puede decidir modificar aquella ley anterior.

Es obvio que las elecciones que separan al Congreso Legislador del Actual, pueden haber producido, como uno de sus resultados más obvios, cambios de nota en las preferencias políticas: los nuevos legisladores no tienen por qué pensar, preferir ni decidir igual que los viejos; por eso, señalan los autores, tiene sentido hablar de un (posible) conflicto intertemporal de intereses: «dicho simplemente, los tribunales ... han de interpretar los textos aprobados por el antiguo legislador en presencia del actual» (Positive Theory, pág. 264). ¿En qué medida influye este hecho en la decisión del juez y cuál es, en su caso, la naturaleza de esta influencia? En medida muy impotente, responden los autores, y desde luego, la influencia que se trata de medir es de naturaleza política, similar, por ende, a la que caracteriza a las decisiones de los órganos autores de los documentos que el juez interpreta, pues los jueces no se comportan de manera sustancialmente distinta a los políticos elegidos como miembros de un órgano legislativo y, sobre todo, sería un error considerar que las decisiones legislativas son exógenas a las judiciales o que los jueces deciden exclusivamente sobre la base de sus preferencias (Positive Theory, pág. 265).

La tesis que se acaban de recoger son muy distintas de las hipótesis a que realistas legales y postrealistas críticos nos tienen acostumbrados y según las cuales los intereses individuales del juez o de la juez o su

ideología son cimiento básico de su jurisprudencia. Para Ferejohn y Weingast, en cambio, «las preferencias judiciales no tienen por qué manifestar intereses particulares o ideologías sustantivas. En lugar de ello, pueden emerger de la posición institucional de los tribunales y ser entendidas como valores procesalmente inducidos que atribuyen una respetabilidad especial a los mandatos legislativos. «Los jueces pueden preferir una interpretación a otra no porque consideran preferible sus consecuencias políticas, sino porque la primera interpretación implementa mejor una determinada noción de intención legislativa» (ibídem). Así, una preferencia judicial expresaría «un conjunto de reglas sobre cómo deben interpretarse las leyes», es decir, una teoría del derecho («a jurisprudence»). Una teoría del derecho puede, a su vez, estar «fundamentada sustantiva o procesalmente» («either substantively or procedurally based»), pero la primera posibilidad, es decir, «una teoría sustantiva del derecho», resulta «normativamente sospechosa en una democracia», pues si los jueces fundamentan sus interpretaciones de la ley en sus propias preferencias, ¿que razón hay para que los ciudadanos o sus representantes respeten sus resoluciones?» (Positive Theory páginas 265-266). En cambio, la segunda alternativa atribuye más importancia a los mandatos legislativos y resulta por ello, «más atractiva en un marco democrático» (ibídem, pág. 266).

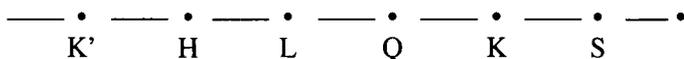
«Policymaking», la definición y ejecución de las distintas políticas, es «una actividad que tiene lugar en el tiempo real y que tiene una estructura secuencial»: lo que se haga mañana, dicen los autores, puede afectar a los resultados de las decisiones que tomamos hoy; es elemental recordar que todo agente actual de decisiones debe tener muy en cuenta, antes de decidir uno u otro curso de acción, el comportamiento de futuros agentes, que muy bien podría alterar los efectos de lo que ahora se resuelve. La cuestión del compromiso («the issue of commitment»), planteada en el contexto de la interpretación de las leyes, tiene una definición clara: «quienes detentan hoy el poder político buscan modos de dotar a sus decisiones de cierta perdurabilidad frente a las acciones de otros» (ibídem).

La posibilidad de que estos últimos modifiquen los acuerdos de hoy genera el conocido problema de la incerteza política («political uncertainty») de los políticos elegidos: si las decisiones tomadas hoy han de perdurar, no hay más remedio que aislarlas de algún modo del ejercicio, el día de mañana, de la autoridad de otros. Esta es una cuestión muy amplia y tradicionalmente estudiada en el marco de las relaciones entre legisladores (p. ej., reglas de modificación de la constitución o sobre procedimiento legislativo) o entre el legislativo y el ejecutivo. Pero aquí interesa exclusivamente el análisis de las decisiones judiciales desde el punto de vista de la influencia que sobre ellas puede ejercer el hecho de que las preferencias del legislador actual difieran en relación a las del legislador histórico y autor ayer de la ley

que el juez tiene que interpretar hoy. ¿Qué pueden hacer los políticos elegidos hoy como legisladores para evitar que los jueces de mañana cambien el sentido de sus decisiones?

Ferejohn y Weingast responden (en *Positive Tehory*, pp. 267-269, y en *Strategic Statutory Interpretation*, págs. 574-577) ofreciéndonos un modelo similar al elaborado en 1988 por Brian Marks (en su trabajo pionero titulado «A model of Judicial Influence on Congressional Policy Making». Working Paper, Hoover Institution, Stanford University), modelo que, insistimos, está pensado sobre la realidad del bicameralismo norteamericano. Supóngase que, en un determinado momento, un juez ha de adoptar una resolución en un espacio político, X. La decisión política histórica al respecto —el status quo—, llamémosla Q, incorpora la sustancia de una decisión legislativa anterior: Q traduce en términos legislativos las preferencias del Congreso Legislador. Se supone, también, que el espacio político es unidimensional y que los agentes relevantes tienen preferencias euclidianas. Asimismo, se identifican las posiciones políticas —las preferencias— de los miembros de ambas cámaras que ocupan la posición mediana en el Congreso actual como H y S.

Lo anterior requiere una aclaración: La mediana se suele definir como «un valor tal que, ordenados en magnitud los datos, el 50% es menor que ella y el 50%, mayor, es decir, como «el valor central» (Daniel Sánchez de Rivera. *Estadística. Modelos y métodos. I. Fundamentos*. 2.^a ed. Madrid. Alianza Universidad, 1991, p. 57). Un político y legislador (con libertad de voto) ocupa el lugar mediano cuando, en relación a una cuestión sobre la que hay que tomar una decisión, se sitúa en una posición ideológica tal que deja a su izquierda política tantos diputados (o senadores) como los que deja a su derecha política. Saber en qué lugar del espacio político se sitúa el «Legislador mediano» es obviamente importante en cuanto sirve de línea de demarcación para saber dónde hay que detenerse antes de escorar hacia un lado u otro el sentido político de una decisión. La figura que se reproduce a continuación y que se toma de la obra objeto de esta nota muestra lo que aquí se trata de decir:



X

Supóngase entonces, dicen Ferejohn y Weingast, que el juez toma una resolución K que se sitúa en el intervalo H-S. Así las cosas, K no gusta a la mayoría de los senadores porque se sitúa a la izquierda del senador mediano, S. Pero tampoco gusta demasiado a la mayoría de los miembros de la Cámara de Representantes pues está a la derecha del

representante mediano, H. Pero, con toda claridad, K no desencadenará una relación del legislador en su contra, sino que permanecerá como jurisprudencia estable: el hecho de que, en el sistema americano, cada Cámara ha de aprobar el proyecto de ley, así como el de que, dada la situación supuesta, cualquiera de las Cámaras rechazaría la propuesta de la otra consistente en suprimir la jurisprudencia creada con K a favor de otra solución más conservadora (decisión hipotética de la mayoría del senado) o de otra más izquierdista (id. de la mayoría de la Cámara de Representantes), no habrá acuerdo en la dirección del cambio, ambas pretensiones legislativas se anularán por contrapuestas y K se estabilizará como nueva interpretación judicial del derecho establecido por el Congreso legislador.

En cambio, supóngase que el juez decidiera dictar una resolución, K', muy izquierdista y situada, por ello, en el extremo izquierdo del espacio político, mucho más allá tanto de H, como —aún en mayor medida— de S, es decir, fuera del intervalo H-S: en este segundo caso, es obvio que se va a producir una reacción concorde por parte de ambas Cámaras y en forma de nueva legislación que eliminará K' como jurisprudencia inadmisibles. Y lo mismo sucedería si, en vez de tenerlas que ver con un juez radical de izquierdas, los legisladores toparan con una decisión muy a la derecha de H y de S. De ahí que el espacio político H-S defina para cada legislatura lo que los autores denominan el conjunto de las interpretaciones políticamente viables («politically viable interpretations», *Positive Theory*, p. 267). Cualesquiera otras no lo son en cuanto desencadenarían una reacción contraria, simultánea y, lo que es esencial, en el mismo sentido por parte de las dos Cámaras.

La teoría permite así definir una nueva clasificación de la interpretación a partir del dato de su viabilidad:

1. El literalista ingenuo («naive textualist») se aferra al sentido originario del texto, al sentido que le dio el congreso legislador: nuestro originalista doctrinario fracasará en todos los intentos de mantener vigentes aquellas interpretaciones originarias que caigan fuera del intervalo H-S. Su falta de percepción de las realidades políticas, es decir, de las posiciones en las que se sitúa el Congreso Actual le impedirá salvar segundos óptimos distintos a su ideal interpretativo, pero simplemente viables.

2. El juez honesto pero políticamente sofisticado («politically sophisticated honest agent») decidirá el caso a la vista de la letra de la ley —rectius: de su sentido histórico—, pero también tendrá en cuenta el nuevo equilibrio de poder para buscar aquella interpretación que esté dentro del intervalo H-S (dentro por lo tanto, del conjunto de las interpretaciones políticamente viables), pero que se acerque lo más posible

al sentido original. Nuestro juez es honesto pero no ingenuo; sirve a la ley, pero tiene en cuenta la realidad política.

3. El activista político sin reservas («unconstrained policy advocate») tratará de imponer sus preferencias políticas personales. Los autores asumen, por razones de brevedad, que el juez activista es siempre sofisticado y, por tanto, que nunca es ingenuo, es decir, asumen que en todo caso situará su decisión en el espacio lo más próximo posible a su ideología, pero dentro de H-S. De hecho, no hay ninguna razón sustancial para suponer que puede haber literalistas o textualistas ingenuos, pero que ningún activista lo es: la experiencia histórica tiende a mostrar que la perspicacia no se distribuye desigualmente por ideologías interpretativas.

Dé nuevo hay que destacar una característica esencial del modelo: su dependencia de un entramado constitucional realmente bicameral: en él, los jueces gozan de un ámbito de discrecionalidad, de arbitrio, mucho mayor que en regímenes rigurosamente unicamerales o bicamerales imperfectos como el nuestro. Implícita es, tal vez, la organización de la justicia en la tradición del «Common Law»: jueces que no son funcionarios de carrera, sino abogados, gestores o políticos designados por procedimientos en los que prima la selección política, pero que luego disponen de un poder de decisión amplio y considerablemente autónomo en relación a la política. En el «Civil Law», el proceso de selección se despoltiza (idealmente) pero el juez goza tradicionalmente de menos poderes de decisión a lo largo de su carrera en cuanto se aplica un control de legalidad teóricamente más riguroso.

Ya ha quedado dicho que el modelo ayuda a ir más allá del realismo jurídico tradicional y, especialmente, de su acrítica asunción de un decisionismo judicial omnímodo que la práctica del derecho no ha confirmado nunca: los jueces no suelen detentar los poderes básicos del Estado ni, mucho menos, la facultad de pronunciar la última palabra. Pero tampoco es razonable envolver el discurso jurídico del intérprete con los papeles de la indeterminación del derecho, como en cambio han hecho los «critical legal scholars», nuevos realistas críticos, durante ya casi una generación: es cierto que el entendimiento originario del texto legal —si es que llegó a existir— o la letra de la ley tal y como se entendía en el momento de su elaboración por el Congreso Legislador perdura tanto como el poder de quien lo genera pero no más, pero también lo es que hay maneras de aferrar o, al revés, de ampliar el ámbito de las interpretaciones posibles. El modelo de Ferejohn y Weingast muestra algunas a las que no cabe referirse en esta nota, pero que el lector o lectora encontrarán descritas en las obras de referencia (*Strategic Statutory Interpretation*, págs. 577 y ss.; *Positive Theory*, págs. 269

y ss.). Lo importante aquí es mostrar la posibilidad de embridar las interpretaciones futuras mediante la configuración de uno u otro entramado institucional. El mérito principal de trabajos como los de Ferejohn y Weingast consiste precisamente en esta demostración de la relevancia de las instituciones, más allá de la ingenuidad de algunos realismos, del escolasticismo estéril de bastantes marxismos empeñados en postular el carácter meramente superestructural del derecho o del criticismo ácido de quienes, en reflejo reduccionismo, disuelven el derecho en literatura y retórica.

Pero tampoco hay que creer que los trabajos de Ferejohn y Weingast así como los que con ellos vayan o tras ellos sigan el camino por ellos recién abiertos acabarán por llevarnos de vuelta a la ciudadela del formalismo jurídico tradicional, del discurso pretendidamente autosuficiente de una dogmática jurídica empeñada en analizar la interpretación de la leyes con métodos propios y hasta con una pretendida lógica específica (o, mejor dicho, con varias): los textos objeto de esta nota permiten profundizar en las relaciones entre la interpretación jurídica y la decisión política, pero no escudan al derecho de la influencia de la política ni, mucho menos, sirven de coartada a una autónoma ciencia del derecho marginada de la ciencia política y, concretamente, de la denominada «Positive political Theory» («PPT»). A la vez, pero también paradójicamente, la una y la otra salen fortalecidas de su encuentro aunque ello sea a costa de la versión tradicional de la distinción entre doctrinas subjetivas y objetivas de la interpretación; queda aquella distinción algo maltrecha, pero también resulta redefinida en un marco teórico más amplio y más fecundo. En el camino hacia las ciencias sociales no hay que ver ni temer disolución del derecho en política, sino avance a una mejor pero nunca acabada explicación de los problemas que siempre han ocupado al intérprete doctrinal que trata de describir el comportamiento de los jueces, en definitiva, la aplicación judicial del derecho.