

La función judicial: entre la ciencia y el control social

Por JUANA MARÍA GIL RUIZ
Universidad de Granada

Si existe alguna pregunta clave en relación al trabajo interpretativo que evidencie el proceso circular y abierto donde la Filosofía, la Ciencia y la Sociología del Derecho se interconexionan, se necesitan y se retroalimentan, ésta entiendo que se enunciaría del siguiente modo: ¿qué puede aportar la Filosofía del Derecho a la práctica jurídica?

No creo que esta pregunta pueda ser tachada de soberbia por parte de los operadores del Derecho, puesto que estoy convencida de que la teoría y la práctica deben darse la mano para aclarar ciertos conceptos, sugerir cursos de acción, y debatir todas aquellas cuestiones que muestran la naturaleza no científica del Derecho como instrumento de ordenación social. Para que el Derecho sea captado en la totalidad de su desenvolvimiento, y sirva, en consecuencia, mejor a la ciudadanía, se exige poner de manifiesto la «parcialidad» y las carencias del método científico, así como recuperar los mitos que aún se mantienen vivos en nuestra dogmática jurídica, y ésta es una misión irrenunciable de la Filosofía del Derecho.

Sin embargo, y en este sentido, no sólo intentaremos aportar algunas tesis que permitan comprender mejor la práctica judicial, así como sugerir algunas vías que contribuyan de alguna manera a mejorarla, sino que nos plantearemos el auténtico papel que cumple y desempeña el intérprete del Derecho o, en general, los operadores jurídicos en el marco de un Estado Social y Democrático de Derecho.

Es curioso que ya nadie, en nuestros días, crea en la incuestionable racionalidad del legislador y, sin embargo, el empeño por seguir perpetuando la imagen técnico-científica del Derecho, desde la for-

mación en serie de juristas en nuestras facultades de Derecho, hasta en el momento de aplicación e interpretación del Derecho, mantenga como dogma la neutralidad y objetividad del juez. No es mi intención contribuir a la deslegitimación del oficio de jurista o a descalificar la misión del juez, todo lo contrario. Pero lo cierto, y citando a W. Paul, es que «los jueces se han convertido tendencialmente en creadores de Derecho y configuradores políticos. La imagen tradicional de un jurista apolítico, que interpreta conforme al *sistema* y no hace otra cosa que subsumir el hecho bajo la norma ha desaparecido de la praxis profesional hace tiempo»¹. Me parece, pues, necesario rescatar a jueces y juristas de la confortable morada que les preparó el positivismo legalista, o de la no menos confortable e insonorizada estancia preparada por algunas teorías actuales sobre interpretación jurídica.

Y quizá, para enfrentarnos directamente con esta problemática, debiéramos empezar por el principio. Hoy sabemos que el credo jurídico positivista legalista que ordenaba al juez limitarse a la aplicación de la ley mediante procesos lógicos y, en consecuencia, abstenerse de decisiones arbitrarias propias, se encuentra del todo superado. La imagen del juez como mero técnico, que ha de subsumir el hecho en la norma a fin de llegar a una conclusión; alguien, en suma, que «puede y debe comportarse como un autómatas que se limita a pronunciar el fallo previsto en una ley cuando los elementos de hecho examinados coinciden con los descritos en la propia ley»², ha perecido. Juzgar implica siempre decidir. El juez, en este sentido, no es «la boca que pronuncia la palabra de la ley, seres inanimados que no pueden modelar ni su fuerza ni su vigor»³; ni tampoco este tercer Poder —el judicial— es un Poder nulo⁴. Incluso en la actualidad, algunos autores como Conde-Pumpido Tourón han llegado a afirmar «que en una sociedad posmoderna avanzada, el tercer Poder del Estado, el Poder judicial —con sus deficiencias y limitaciones— abandona el fondo de la escena y pasa a situarse en el primer plano»⁵.

¹ Vide PAUL, W., «Formación del jurista entre teoría y praxis», en *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, núm. 20, 1980-1981, p. 127.

² Vide PRIETO SANCHÍS, L., *Ideología e interpretación jurídica*, opus cit., p. 28. Asimismo, la superación del dogma de la inexistencia de lagunas en el ordenamiento jurídico, y la aparición de obras como las de Bülow o Rümelin, entre otras, hizo evidente que el juez no es el juez mudo que pronuncia la palabra de la ley. Nos referimos al célebre discurso rectoral de Tübinga e inaugural de Leipzig de Oscar Bülow sobre *Ley y Judicatura* (1885) y al no menos conocido discurso de Tübinga de Gustav Rümelin sobre *Juicios de valor y decisiones arbitrarias*, de 1891.

³ Vide MONTESQUIEU, Ch. L., *El espíritu de las leyes*, libro XI, cap. VI, «De la constitución de Inglaterra», trad. de N. Estévez, ed. Claridad, Buenos Aires, 1971, p. 194.

⁴ Recordemos las palabras textuales de Montesquieu, «[...] des trois puissances dont nous avons parlé, celle de juger est en quelque facon nulle».

⁵ Vide CONDE PUMPIDO-TOURÓN, C., «Sociedad, democracia y justicia», *Jueces para la Democracia*, núm. 21, 1/1994, p. 24.

Ello obliga a tener que plantearse con rigor y sin tapujos la realidad del proceso de decisión judicial y de sus protagonistas, y ubicarla en las condiciones actuales de expansión del papel del Derecho y la jurisdicción.

Las razones de este, llamemos, imperialismo jurídico y jurisdiccional parten de *cambios en la estructura del sistema jurídico*, después de la primera mitad del siglo xx, con su evolución bajo las formas de Estado Constitucional de Derecho; y de *cambios en la estructura del sistema político* con motivo del desarrollo del Estado Social⁶, alcanzando los tentáculos del Derecho al mundo de la economía y a la sociedad, en general.

La primera transformación, esto es, la que afecta a la estructura del sistema jurídico, se produce básicamente después de la Segunda Guerra Mundial, a raíz de las aberraciones de los regímenes nazis⁷. El modelo tradicional paleopositivista de Estado de Derecho donde la primacía del imperio de la ley y la mayoría desplaza el papel del juez a mera «buche de la loi», se transforma en Estado Constitucional de Derecho, donde la garantía de los derechos fundamentales recogidos en la Constitución se erigirán sobre los titulares de los poderes públicos, y corregirán los abusos de éstos. De la máxima «auctoritas non veritas facit legem» –máxima de ruptura con el viejo iusnaturalismo–, y en donde validez es igual a positividad, se pasa a una dimensión más completa del Estado de Derecho. Ahora todos los Poderes públicos, incluido el Legislativo, deberán someterse al orden jurídico constitucional; y la validez de las normas no dependerá de su entrada en vigor, sino de su coherencia con los principios constitucionales. En palabras de Ferrajoli: «La validez ya no es un dogma asociado a la mera existencia formal de una ley, sino una cualidad

⁶ Cfr. FERRAJOLI, L., «Jurisdicción y democracia», *Jueces para la democracia*, núm. 29, julio 1997, p. 3.

⁷ En opinión de Alessandro Baratta, el reproche del genocidio y aberraciones de la Alemania nazi al fracaso del principio de legalidad después de la Segunda Guerra Mundial responde a un craso error de conocimiento de la historia jurídico-política. Según Baratta, las características del liberalismo alemán eran bien distintas a las europeas: predominio de lo jurídico frente a lo político; pertenencia de la Soberanía al Estado, personificado en la figura del monarca; primacía del poder ejecutivo y judicial, frente al legislativo; equívoca contraposición entre ley y Derecho. La versión jurídica idealista alemana enmascara la estructura autoritaria con que surge el Reich. De este modo, en 1848, los jueces alemanes no se atuvieron a la ley, sino que juzgaron conforme entendía el poder fáctico oligárquico. Cfr. BARATTA, A., «El Estado de Derecho. Historia del concepto y problemática actual», *Sistema*, núm. 17-18, abril 1977, pp. 11-23. Rothenberger lo resumirá en palabras rotundas, el nacionalsocialismo «reclama del juez que en la interpretación se alce contra el texto y contra el fin de la ley cuando la aplicación de una ley antigua contraste con el sano sentimiento del pueblo [...]. Cuanto más subjetiva y exclusivamente el juez se halle ligado a las ideas del nacionalsocialismo, tanto más objetivas y justas serán sus sentencias»; vid. ROTHENBERGER, C., «La situazione della giustizia in Germania», *Rivista di Diritto pubblico*, núm. 35, 1943, pp. 4 y ss.

contingente que está ligada a la coherencia de sus significados con la Constitución»⁸.

Esto significa la superación del legalismo estrecho, y el reconocimiento de que el fenómeno jurídico es algo más que la ecuación simple Derecho = Ley. El Derecho se constituye, además, de valores y principios jurídicos fundamentales, y «la tarea de los jueces se resolvería en una lectura de la ley en clave constitucional»⁹. El legalismo queda superado y convertido en garantismo.

La segunda de las transformaciones ya anunciada que afecta a la estructura del sistema político descansa en la complejización del Derecho con motivo del incremento de las funciones propias del Estado Social. El Derecho ya no reducirá su actividad a regular el marco formal de garantías de un libre intercambio, sino que se introducirá materialmente en el contenido y en esferas tradicionalmente independientes de su actuación. Pero el no haberse previsto ni formulado las formas institucionales de un Estado Social de Derecho —esto es, garantías efectivas para los nuevos derechos y mecanismos de control político y administrativo— ha motivado, no obstante, un conjunto de desórdenes significativos, que atribuirán a la jurisdicción un nuevo papel: el de la defensa de la legalidad contra la criminalidad y los abusos del poder político. Nos referimos a un incremento de discrecionalidad de los Poderes públicos, al fantasma de la corrupción política, en definitiva, a una crisis de legalidad en la esfera pública. Y esto se hace especialmente urgente en nuestros días, en que estamos asistiendo a «la crisis de la razón jurídica», según Ferrajoli¹⁰, a la crisis de la propia capacidad reguladora del Derecho. El Derecho como forma de control social pierde terreno en favor de otras formas de ordenación de la vida más sutiles y dulces, pero con frecuencia más totalizadoras, abandonando al individuo a un importante grado de indefensión.

Asimismo, autores como Otto Bachof señalan la manifestación de cambios significativos en el Parlamento. Ahora, más que la representación del pueblo por individuos independientes, destacan las dictaduras de los partidos. Del mismo modo, la presión de determinados grupos extraparlamentarios para que prosperen sus intereses, comienza a colocar al Parlamento en una situación de vulnerabilidad permanente. Así como el incremento de la carga de trabajo legislativo de los Parlamentos, impide a éstos asesorar —por completo— las leyes con el cuidado que sería necesario para poder seguir manifestando sin recelos y abiertamente la confianza primitiva a la ley. «Pero si todo este desarrollo es inevitable —al menos en parte—, —y citando a Bachof en su

⁸ Vid. FERRAJOLI, L., «Jurisdicción y democracia», *op. cit.*, p. 4.

⁹ Vid. SAAVEDRA, M., «La legitimidad judicial en la crisis del imperio de la ley», en *Jueces para la democracia*, núm. 18, 1/1993, p. 4.

¹⁰ FERRAJOLI, L., *Derecho y Razón. Teoría del garantismo penal* (1989), Trotta, Madrid, 1995, y «El Derecho como sistema de garantías», en *La crisis del Derecho y sus alternativas*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1995, pp. 461-495.

obra *Jueces y Constitución* (1959)—necesita también forzosamente de un contrapeso: una fuerza que se preocupe de que, al menos, los valores superiores del Derecho y del orden, que la Constitución ha establecido como fundamentales, permanezcan protegidos; una fuerza que decida, al mismo tiempo, con la mayor autoridad posible, si en un conflicto eventual esos valores han quedado salvaguardados, asegurando o restableciendo la paz jurídica. Esa fuerza sólo puede ser el juez»¹¹.

Pues bien, ante esta situación de reconocimiento explícito de que el Derecho es algo más que ley; que existen valores y principios constitucionales que deben ser protegidos y garantizados por el ordenamiento jurídico; y que el juez ocupa, en ese sentido, un papel fundamental como garante de la constitucionalidad y control de los abusos de discrecionalidad de los poderes públicos, habrá que plantearse qué tipo de crítica política y jurídica se puede lanzar al poder judicial en un Estado como el nuestro, social y democrático de Derecho. Y esto es así, porque si peligroso ha sido a lo largo de la historia, un ejecutivo y un legislativo absolutista y déspota, cuanto más un tercer poder que, en palabras de Ernest Forsthoff, pueda decidir «apoyándose en el Derecho, sobre cuándo está él mismo sujeto a la ley y cuándo deja de estarlo»¹².

Si resulta manifiesto que tanto lo que hacen los juristas teóricos como lo que hacen los juristas prácticos no posee la certeza que en otro tiempo se le supuso, habrá, en consecuencia, también que situar al dogmático y, sobre todo, al operador jurídico en un lugar y con una responsabilidad muy distinta de la que se desprende del modelo positivista. El alejamiento parece patente, como dice Alexy desde la primera página de la *Teoría de la argumentación jurídica*¹³: «uno de los pocos puntos en los que existe acuerdo en la discusión metodológica jurídica contemporánea» es que «la decisión jurídica, que pone fin a una disputa científica, expresable en un enunciado normativo singular, no se sigue lógicamente, en muchos casos, de las formulaciones de las normas jurídicas que hay que presuponer como vigentes, juntamente con los enunciados empíricos que hay que reconocer como ver-

¹¹ Vid. BACHOF, O., *Jueces y Constitución*, Taurus, Madrid, 1963, p. 45.

¹² FORSTHOFF, E., «Del Estado de Derecho al Estado de Justicia», 1959, pp. 41 y ss. Cfr. BACHOFF, O., *Jueces y Constitución*, op. cit., p. 16. Estas palabras forman parte de un debate abierto y polémico surgido en Alemania a tenor de la función de control que la Ley Fundamental de Bonn otorga al juez frente a los otros dos poderes del Estado: el legislativo y el ejecutivo. Los juicios al respecto comprenden desde una adhesión entusiasta hasta una repulsa violenta. Entre los autores que participan de esta primera postura destaca René Marcic («Del Estado de Derecho al Estado Judicial: El Derecho como medida del Poder», 1957); en la segunda nos encontramos al ilustre profesor de Derecho Público de Heidelberg, arriba citado, Ernest Forsthoff.

¹³ Vid. ALEXY, R., *Teoría de la argumentación jurídica. La teoría del discurso racional como teoría de la fundamentación jurídica* (1978), Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1989.

daderos o probados»¹⁴. Junto a los «casos fáciles» donde la claridad de la premisa mayor y menor permite la simple aplicación del método lógico deductivo para hallar la conclusión del silogismo –que no la decisión–, coexisten «casos difíciles» donde el razonamiento deductivo sigue jugando un papel importante pero no suficiente¹⁵.

Si esto es así, ¿cómo mantener los viejos ideales, de la certeza y seguridad jurídicas?, ¿el Derecho se resuelve en un conjunto informe de decisiones subjetivas y arbitrarias?, ¿cómo dejar tanto poder –sin control– en manos de la discrecionalidad?

Nuestra tesis, en la línea de Atienza¹⁶, es que la tarea del juez es la de decidir sin ser un decisionista. Debe tratar de potenciar al máximo los aspectos cognoscitivos de su práctica, sin perder de vista que siempre quedará, al menos, un resto de voluntad y que esto significa reconocer que juzgar supone detentar un poder. ¿Cómo podemos mantener ese equilibrio, evitando caer en fórmulas decisionistas, o en fórmulas deterministas, como Montesquieu convencido de que se puede juzgar sin decidir?

Para afrontar las exigencias que acabo de enunciar, debemos partir de tres cuestiones ideológicamente comprometidas para la Teoría del Derecho actual: el carácter de las fuentes que suministran al juez estándares, valores y criterios que aparecerían en el momento interpretativo; el modo de realizar la interpretación y de articular estos estándares; y por último, el problema de justificación de la actividad judicial.

Retrotraigámonos al pasado. Después de la experiencia jurídica y jurisdiccional nacionalsocialista –y de caída del imperio de la ley– cualquier empresa que en adelante pretendiera recuperar un control sobre el razonamiento jurídico y sobre la argumentación judicial debía compensar el arrumbamiento del principio de vinculación de la ley mediante algún otro expediente que legitimase directamente a la judicatura o bien proporcionase formas de control sobre el proceso de adopción de sus decisiones. Parecía necesario justificar el proceso de formación de las decisiones judiciales de acuerdo con ciertos criterios objetivos e ideológicamente plausibles, de modo que la vinculación de la ley no cediese paso a la pura arbitrariedad subjetiva. Y aunque los intentos fueron múltiples –y aunque sólo sea a título indiciario– me atrevería a recogerlos en dos grandes apartados. Por una parte, mencionaríamos las propuestas de las *Teorías de la argumentación en general*¹⁷, centradas en el

¹⁴ *Ibidem*, p. 23.

¹⁵ WROBLEWSKI, J., «Legal Syllogism and Rationality of Judicial Decision», en *Rechtstheorie*, núm. 5, 1974, pp. 33-46.

¹⁶ ATIENZA, M., «¿Qué puede hacer la teoría por la práctica judicial?», *La crisis del Derecho y sus alternativas*, *op. cit.*, p. 125.

¹⁷ Prieto Sanchís califica a estas corrientes de pensamiento bajo el rótulo de «Pensamiento problemático». Al respecto, ITURMENDI, J., prefiere hablar de «nueva dogmática» tal y como lo recoge en «Una aproximación a los problemas del método jurídico desde la Filosofía del Derecho», en *Estudios de Filosofía del*

momento interpretativo como núcleo de la realidad jurídica, y en la búsqueda de «la racionalidad de lo relativo»¹⁸, un conocimiento supraindividual de los jueces que impide el puro subjetivismo arbitrario. Y por otra haríamos referencia a lo que llamaremos «*normativismo realista*»¹⁹ que, aunque coincide con la anterior en la crítica a la interpretación mecanicista, no resulta tan exagerado en lo que a la devaluación de las leyes se refiere, ni se obsesiona en el momento interpretativo como punto neurálgico de lo jurídico. No obstante, el reconocimiento de la dimensión creativa de las sentencias, aun cuando se despreocupe por los valores y prejuicios del juez, coloca a este pensamiento en una posición sumamente avanzada y sugerente. Pues bien, entre las propuestas que constituyen la primera vía, merecen la pena destacar las Teorías de la argumentación en general: la tópica jurídica de Viehweg, la hermenéutica gadameriana o de Josef Esser, la nueva retórica de Perelman... Mientras que formando parte del segundo bloque –el normativismo realista– figuras como Kelsen, Hart o el realista Ross van a resultar ineludibles.

Ahora bien, aun cuando no podamos detenernos en cada una de estas teorías, sí merece la pena referirnos a ellas *grosso modo* y recuperar y conjugar aquellas ideas que entendamos deben presidir el momento de la decisión judicial.

Las Teorías de la argumentación representan un intento por reconducir la ética a la razón, ahora razón práctica, frente a la razón pura o, si se quiere, y aludiendo a Bobbio, el descubrimiento de una tierra que ha permanecido durante mucho tiempo inexplorada tras el triunfo del racionalismo matematizante²⁰. Éste es el problema al que se ha dedicado toda la corriente de las teorías de la argumentación jurídica, que en un afán por superar el irracionalismo que podría apoderarse de toda interpretación, considera necesario establecer un modelo argumentativo que haga controlable el razonamiento jurídico, incluso más allá de la letra y del espíritu de la ley. De ahí que se insista tanto en la

Derecho y Ciencia jurídica en memoria y homenaje a D. Luis Legaz y Lacambra, t. I., *op. cit.*, pp. 604 y ss. No obstante, Prieto Sanchís entiende que «esta terminología puede inducir a error y confusión, ya que la “nueva dogmática” parte de unas premisas distintas, cuando no opuestas a las de la “vieja dogmática”». *Vid. PRIETO SANCHÍS, L., Ideología e interpretación jurídica, op. cit.*, p. 54, nota a pie de página núm. 28.

¹⁸ Tomo esta expresión de OLLERO, A., *Interpretación del Derecho y Positivismo legalista*, Edersa, Madrid, 1982, p. 113.

¹⁹ La expresión es de PECES BARBA, G., *Introducción a la Filosofía del Derecho*, Debate, Madrid, 1983, pp. 263 y ss.

²⁰ BOBBIO, N., «Prefazione» a la traducción italiana de PERELMAN, Ch., y OLBRECHTS-TYTECA, L., *Trattato dell'argomentazione. La nuova retorica*, Einaudi, Torino, 1966, p. XIII. Existe traducción al castellano, PERELMAN, Ch., y OLBRECHTS-TYTECA, L., *Tratado de la argumentación. La nueva retórica*, J. Sevilla Muñoz (trad.), Gredos, Madrid, 1989.

«motivación» de la sentencia²¹ —más que en su fidelidad a la ley—, rasgo que caracteriza a este género de planteamientos.

Sin embargo, la devaluación de la eficacia de las leyes, y las posibilidades de la lógica convierten a la interpretación en el tema estrella de la realidad jurídica, y esto plantea serios problemas. «De un lado, porque el conocimiento supraindividual y las reglas que se proponen para sustituir al principio de vinculación es discutible que consigan su propósito, lo que tiene algunas consecuencias a la hora de configurar la posición y responsabilidad de los tribunales en el Ordenamiento jurídico. De otra parte, una vez devaluada la norma, resulta difícil recomponer la unidad del sistema a partir del complejo y problemático mundo de las decisiones judiciales. Por lo demás, no es preciso subrayar el estímulo iusnaturalista²² que puede nacer de estos planteamientos»²³. La Teoría de la argumentación, al partir y al exagerar desafortunadamente la debilidad lógica deductiva del Derecho, se olvida de que sin lógica no hay justificación racional posible. Es discutible, por consiguiente, que este conocimiento supraindividual hen-

²¹ Recordemos que actualmente se exige la motivación en la sentencia respecto de todas las pretensiones solicitadas, y que la ausencia de alguna de éstas supone la violación del artículo 24.1.º de la Constitución. Véase la Sentencia del Tribunal Constitucional 61/1983, de 11 de julio, fundamento 3 a). Otra cosa es la reflexión que podamos hacer sobre si la motivación constituye un medio eficaz para ejercer la crítica de las decisiones judiciales o si, por el contrario, aquélla presenta más bien un carácter simbólico o formal que nada o muy poco dice sobre las auténticas razones del fallo. Aun cuando posteriormente trataremos el tema de la justificación distinguiéndola de la explicación, he de señalar aquí el error en que suelen incurrir buena parte de los prácticos del Derecho, y entre ellos nuestro Tribunal Constitucional, confundiendo ambos procesos y definiendo el concepto de una «motivación» suficiente de las sentencias, «como explicitación del proceso lógico y mental que ha conducido a la decisión» (STC 55/1987, de 13 de mayo). No obstante esta confusión explícita, motivar las sentencias significa *justificarlas*, y para lograrlo no basta con mostrar el modo en que se ha producido una determinada decisión —proceso psicológico, sociológico...—, sino mostrar las razones que *permiten ver una decisión como algo aceptable*. En los dos casos se trata de dar razones, pero la naturaleza de las mismas es bien distinta.

²² La continua referencia a la «naturaleza de la cosa» desde la hermenéutica gadameriana hasta la nueva retórica de Perelman —cuando alude a las técnicas de disociación de nociones—, puede conducir a resultados iusnaturalistas, o si se prefiere a la admisión de otro Derecho situado en la esfera del sentimiento colectivo, de la prudencia, de la naturaleza de la cosa... Desde esta perspectiva se comprenden las siguientes palabras de Perelman cuando afirma que «el razonamiento judicial, tal como actualmente se concibe no permite establecer una distinción tan neta como la del siglo XIX entre Derecho natural y Derecho positivo», PERELMAN, Ch., *La lógica jurídica y la nueva retórica* (1976), trad. de L. Díez-Picazo, Civitas, Madrid, 1979, p. 180. Asimismo, autores como FORIERS sostienen que el juez acude y debe acudir al «Derecho natural positivo» que son reglas no formuladas legislativamente, pero que no son ni subjetivas, ni arbitrarias, sino que son parte irreductible del ideal de la vida individual y social. Cfr. FORIERS, P., «Le juriste et le Droit naturel. Essai de définition d'un Droit naturel positif», en *Revue Internationale de Philosophie*, 1963, XVIII, pp. 335 y ss.

²³ Vid. PRIETO SANCHÍS, L., *Ideología e interpretación jurídica*, op. cit., p. 52.

chido de valores resulte viable en una sociedad fluida, abierta y pluralista; y además, sin reclamación alguna de responsabilidad política al juez.

En efecto, ya se haga referencia a una serie de misteriosos *topoi* capaces de generar el consenso de todos²⁴, o como hace la hermenéutica a un «ordenamiento de valores anteriores a toda legislación»²⁵ o la tradición, el principio de autoridad y los prejuicios²⁶, ya se recurra, como en el caso de la nueva retórica, a un Derecho distinto del Derecho aparente expresado en la ley²⁷, lo cierto es que para garantizar la racionalidad y la objetividad de la argumentación racional, tanto la tópica como la nueva retórica y la hermenéutica invocan una serie de discutibles principios extrasistemáticos que permiten preservar la figura del juez como órgano político vinculado, no a la ley pero sí a estas reglas y pautas hermenéuticas. En todo caso, supone –básicamente en el planteamiento hermenéutico y retórico– la creencia y la defensa de un conocimiento supraindividual que se forma con el tiempo en el seno de los grupos sociales, un conocimiento que es asumido por el juez y que impide, o al menos, cercena, el subjetivismo de la decisión.

El problema principal de este pensamiento dialéctico es que deposita una confianza excesiva en las virtudes del razonamiento y esto puede desembocar en referencias valorativas extralegales y, no obstante, pretendidamente, objetivas.

Del mismo modo, la renovación que se pretende desde las teorías de la argumentación más modernas, más que romper con el tradicional formalismo jurídico, termina en «un nuevo intento fallido de salvaguardar la ideología de la certeza jurídica intentando integrar la ineludible toma en consideración de los factores materiales de la aplicación del Derecho con una fórmula que asegure la objetividad y previsibilidad de la decisión jurídica»²⁸. Pero, ya se hable de la aportación de buenas razones que puedan convencer a un auditorio universal –Perelman–, o de que éstas puedan ser aceptadas por todos en una situación ideal de diálogo –Apel o Habermas–, o sencillamente aceptadas por un «auditorio particular ideal»²⁹ –Aarnio–, estas situaciones ideales sólo pueden existir en la imaginación filosófica, decidiendo al final el juez, individualmente y según su conciencia.

²⁴ Vid. VIEHWEG, T., *Tópica y jurisprudencia*, op. cit. Sobre la tópica jurídica, vid. GARCÍA AMADO, J. A., *Teorías de la tópica jurídica*, Madrid, Civitas, 1988.

²⁵ Vid. ESSER, J., *Principio y norma en la elaboración jurisprudencial del Derecho privado*, Bosch, Barcelona, 1961.

²⁶ Vid. GADAMER, H. G., *Verdad y método. Fundamentos de una hermenéutica filosófica*, Ed. Sígueme, Salamanca, 1977.

²⁷ Vid. PERELMAN, Ch., *La lógica jurídica y la nueva retórica*, op. cit.

²⁸ Vid. CALVO GARCÍA, M., *Los fundamentos del método jurídico: una revisión crítica*, Tecnos, Madrid, 1994, p. 218.

²⁹ AARNIO, A., *Lo racional como razonable*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1991, p. 284.

En cualquier caso, y antes de continuar con nuestra línea argumentativa, sí debemos señalar las dos dificultades insalvables que entraña este pensamiento, en opinión de Prieto Sanchís. Por una parte, el recurso de la tradición o el consenso sólo puede servir para grupos cerrados y homogéneos, que no para sociedades como la nuestra, abierta y pluralista, donde hallar valores o principios de justicia material potencialmente «consensuales» sería una tarea francamente difícil, y desde luego, ideológica. Por otra, la fórmula del consenso serviría para una sociedad no democrática, ya que en un marco democrático, la Constitución y las leyes recogerían el «consenso» de la voluntad general. «Ciertamente, el juez puede recurrir a elementos extrasistemáticos, por ejemplo en caso de laguna; su decisión entonces responderá, tal vez, a las reglas de la moral mayoritaria, sin que ello signifique en modo alguno que esa moral respalde su decisión como lo haría la ley o la Constitución»³⁰.

Ante esta situación, creo que merece la pena llamar a las cosas por su nombre, y reconocer que el juez crea Derecho, y que tiene una responsabilidad social y política ante el Pueblo que lo legitima, según los artículos 1.2 y 117.1 de la Constitución.

Éste es un aspecto que no aparece desarrollado en la obra de Kelsen, empeñado en prescindir de la dimensión política o fáctica en la explicación del Derecho, pero que quizás podría desprenderse de su planteamiento. Examinémoslo.

Frente al planteamiento ya referido, obsesionado en buscar un razonamiento jurídico que haga controlable la decisión de los jueces, las teorías normativistas realistas descuidan éste, al entender la interpretación jurídica como asunto de Política jurídica y no de la Ciencia del Derecho. «No existe –en palabras de Kelsen– genéricamente ningún método –caracterizable jurídico-positivamente– según el cual uno entre los varios significados lingüísticos de una norma pueda ser designado como el “correcto”; suponiendo, naturalmente, que se trata de varios posibles, es decir, que se trata de posibles interpretaciones del sentido en conexión con todas las otras normas de la ley o del orden jurídico»³¹.

De este modo, tanto Kelsen como Hart –al que luego aludiremos–, abren espacios de «no Derecho» en la decisión jurídica difícilmente conciliables con las tesis y los principios tradicionales del Derecho: legalidad, seguridad jurídica, neutralidad... Su renuncia a considerar como un problema metodológico la elección de la decisión adecuada dentro del margen de discrecionalidad que permite la aplicación y el desarrollo de las normas abstractas y generales del Ordenamiento jurídico «saca» del ámbito de lo jurídico aspectos esenciales de la vida

³⁰ Cfr. PRIETO SANCHÍS, L., *Ideología e interpretación jurídica*, op. cit., pp. 65-66.

³¹ Vid. KELSEN, H., *Teoría pura del Derecho*, Eudeba, Buenos Aires, 13.ª edición, 1975, p. 352.

del Derecho. Y dentro del margen de apreciación derivado de la textura abierta del Derecho, los fundamentos de la decisión dejan de ser jurídicos para considerarse como una cuestión «voluntarista» o política. «En la aplicación del Derecho por un órgano jurídico –según Kelsen–, la interpretación cognoscitiva del Derecho aplicable se enlaza con un acto de voluntad en el cual el órgano de aplicación del Derecho efectúa una elección entre las posibilidades que la interpretación cognoscitiva muestra»³². En este momento habríamos ido más allá de la estructura lógico-formal de la norma. Pero, ¿cómo solucionar el problema? Kelsen lo resuelve de la siguiente forma: la Ciencia entrega al intérprete esas distintas interpretaciones de las normas que son elaboradas según el método científico, y hasta aquí llega la labor del científico del Derecho. La decisión es un momento lógico perfectamente diferenciable. El proceso de conocimiento es un proceso abierto por la Ciencia jurídica, mientras que el proceso de decisión pertenece a un orden distinto. La elección dentro del abanico de posibilidades que entrega la Ciencia jurídica «no es un problema técnico-jurídico, sino político-jurídico»³³. Y entre esos dos procesos hay una barrera lógica donde la asepsia y el objetivismo del conocimiento quedan libres de la contaminación de intereses o valoraciones. «La interpretación científico-jurídica tiene que evitar con el mayor de los cuidados la ficción de que una norma jurídica siempre admite sólo un sentido, el sentido “correcto”»³⁴.

Coincidimos con Kelsen en que una cosa es «decidir» y otra bien distinta es explicar o justificar una decisión. Decidir no es nunca simplemente una cuestión de lógica. De hecho, la lógica no produce la decisión, sino que sirve para controlar la toma de decisiones. Esto es, para determinar si una toma de decisión es correcta o no.

De este modo, Kelsen configura al juez como órgano creador de Derecho, y viene a afirmar en su *Teoría pura del Derecho* que «La jurisdicción o acto de decir el Derecho no tiene el carácter simplemente declarativo que sugieren estos términos [...] La jurisdicción tiene, por el contrario, un carácter netamente constitutivo. Es un verdadero acto creador del Derecho»³⁵.

Sin embargo, esta perspectiva –al igual que la Teoría de la argumentación jurídica originaria de los cincuenta– pretende ocupar una postura equidistante entre «legalismo» y la «judicatura libre y autónoma». Reconoce que los jueces son una fuente de producción jurídica, pero eso sí, fuente subordinada a la ley. A diferencia de lo que afirma el «movimiento de Derecho libre», la creatividad judicial en la Teoría pura no se centra en los procesos de comprensión de la norma, sino más bien en su aplicación al caso concreto. La ley general es com-

³² KELSEN, H., *Teoría pura del Derecho*, op. cit., p. 354.

³³ Vid. KELSEN, H., *Teoría pura del Derecho*, op. cit., p. 353.

³⁴ Vid. KELSEN, H., *Teoría pura del Derecho*, op. cit., p. 356.

³⁵ Vid. KELSEN, H., *Teoría pura del Derecho*, op. cit., pp. 151-152.

prensible, pero «no puede determinar en todos los sentidos el acto mediante el cual se le aplica»³⁶, y es de esta forma instersticial como se desarrollaría básicamente la creación judicial del Derecho. En realidad, y pese al aparente rigor de la separación, la interpretación científica donde la lógica se aplica al razonamiento jurídico representa la primera fase de la interpretación operativa, mientras que la segunda fase –en lo que a la cualificación jurídica de los hechos se refiere– se abandona a la discrecionalidad.

No obstante, ello no debe llevarnos a la locura del pensamiento romántico alemán; todo lo contrario. La Teoría pura del Derecho representa no sólo un llamamiento al rigor metódico, sino una rehabilitación ideológica de la razón como instrumento conformador del obrar humano. El reconocimiento por parte de Kelsen de la presencia de valoraciones subjetivas e ideológicas en el proceso de creación-aplicación del Derecho no conduce a la hegemonía de la judicatura, frente al poder legislativo. El juez se encuentra sometido y vinculado a la ley, y aun cuando en determinadas circunstancias Kelsen admita que los Tribunales pueden actuar como legisladores³⁷, lo cierto es que «el orden jurídico es un sistema de normas generales y de normas individuales entre sí entrelazadas en cuanto la producción de cada norma perteneciente a ese sistema se encuentra determinada por otra norma del sistema y, en última instancia por su norma fundante básica»³⁸. Por lo tanto, y aun cuando la vinculación no es tan absoluta como en el positivismo exegético³⁹, tampoco intenta reconstruirse mediante referencias extralegislativas al estilo del pensamiento dialéctico. Y esto es lo que Kelsen le critica a Esser: si el concepto de norma jurídica no se distingue claramente del concepto de principio o valor que influye en la creación de normas, la frontera entre Derecho positivo de un lado y moral, política y costumbres de otro queda destruida, lo que puede parecer ausplicable sólo a aquellos representantes

³⁶ Vid. KELSEN, H., *Teoría pura del Derecho*, op. cit., p. 350. En este sentido, Kelsen hablará de la indeterminación intencional del acto de aplicación del Derecho, y de la no intencional. Ver apartados *b* y *c* del epígrafe 45 del capítulo VIII.

³⁷ Kelsen se refiere a cuando los Tribunales diseñan la premisa mayor, o producen normas jurídicas generales mediante la técnica del precedente. Véase el epígrafe 35, apartado *g*, de la *Teoría pura del Derecho*, op. cit.

³⁸ KELSEN, H., *Teoría pura del Derecho*, op. cit., epígrafe 35 f, p. 243.

³⁹ Kelsen, formulando su crítica explícita a la interpretación mecanicista del pensamiento exegético, afirma: «La interpretación debería desarrollar un método que posibilite completar correctamente el marco establecido. La teoría usual de la interpretación quiere hacer creer que la ley, aplicada al caso concreto, siempre podría librar sólo una decisión correcta, y que la “corrección” jurídico-positiva de esa decisión tiene su fundamento en la ley misma. [...] La representación en que se funda la teoría tradicional de la interpretación, a saber: que la determinación del acto jurídico por cumplirse, no efectuada por la norma jurídica por aplicar, puede obtenerse mediante alguna especie de conocimiento del Derecho ya existente, es un autoengaño lleno de contradicciones, en cuanto es contrario a los presupuestos de la posibilidad de una interpretación»; vid. KELSEN, H., *Teoría pura del Derecho*, op. cit., epígrafe 45, apartado *g*, y epígrafe 46, pp. 352-353.

de la Ciencia jurídica que consideran de su competencia no tanto el conocimiento objetivo del Derecho positivo cuanto más bien la justificación o discusión en el plano político-moral de la validez, operando así una valoración extremadamente subjetiva del Derecho bajo la bandera del objetivo conocimiento jurídico⁴⁰.

La posición de Ross, en lo que a la vinculación judicial a la ley se refiere, no difiere mucho de lo que acabamos de apuntar. Lo que él denomina «conciencia jurídica formal»⁴¹ forma parte de su creencia absoluta de que los jueces no inventan todo el Derecho, sino que «de hecho [...] se sienten obligados, en alta medida, por las declaraciones de la legislatura»⁴². Una cosa es reconocer que el conjunto de fuentes del Derecho no nos facilita una información completa y coherente de la realidad jurídica, y otra muy distinta es negar que «la ideología de las fuentes del Derecho es la ideología que de hecho anima a los tribunales»⁴³. Lo afirmado no impide colocar a Ross como exponente del judicialismo, y en consecuencia, más cercano a las tesis decisionistas que a las aplicativistas. Así reconoce Ross que «las teorías de movimiento del Derecho libre se encuentran más cerca de la verdad que las teorías positivistas» –legalistas–⁴⁴, pues los valores no vinculados a la ley –la conciencia jurídica material– están normalmente presentes en las decisiones judiciales.

Pero, dentro de los esfuerzos intelectuales de superación del positivismo mecanicista y de las posiciones judicialistas radicales, nos encontramos la tesis del británico H. L. A. Hart, elaborada en polémica primero con los realistas americanos y posteriormente con la peculiar teoría neo-iusnaturalista de Ronald Dworkin. Quizás sea en el ya mencionado reconocimiento de la textura abierta del Derecho, reconocimiento de la inevitable zona de penumbra de todo Derecho, donde Hart recoge mejor los problemas en los que se debate la cultura jurídica contemporánea. Dice así: «todas las reglas imponen reconocer o clasificar casos particulares como ejemplos de términos generales, y frente a cualquier regla es posible distinguir casos centrales claros a los que ella se aplica, y otros casos en los que hay tantas razones para afirmar como para negar que se aplica. Es imposible negar esta dualidad entre un núcleo de certeza y una penumbra de duda, cuando se trata de colocar situaciones particulares bajo reglas generales»⁴⁵. La «textura abierta» en esta zona de penumbra atribuye a los jueces

⁴⁰ KELSEN, H., *Teoria generale delle norme*, trad. it. de M. Losano, Eunadi, Torino, 1985, p. 184. Hay una versión castellana de H. C. Delory, Ed. Trillas, México, 1994.

⁴¹ Vid. ROSS, A., *Sobre el Derecho y la Justicia*, Eudeba, Buenos Aires, 1963, p. 133.

⁴² Vid. ROSS, A., *Sobre el Derecho y la Justicia*, op. cit., p. 76.

⁴³ Vid. ROSS, A., *Sobre el Derecho y la Justicia*, op. cit., p. 74.

⁴⁴ Vid. ROSS, A., *Sobre el Derecho y la Justicia*, op. cit., p. 150.

⁴⁵ Vid. HART, H. L. A., *El concepto de Derecho*, Editorial Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1968, p. 153.

una potestad de elección, sin que la Ciencia del Derecho provea de medios suficientes para reducir ese margen de apreciación mediante el Ordenamiento jurídico. Es cierto, no obstante, que las leyes, los precedentes, las costumbres... disciplinan en cierto modo la realidad social, erigiéndose en algo más que en meras fuentes inspiradoras de la decisión judicial⁴⁶. Pero esto no hace más que demorar el momento creativo último⁴⁷ que expresa una irreductible discrecionalidad. En palabras de Hart: «La textura abierta del Derecho significa que hay, por cierto, áreas de conducta donde mucho debe dejarse para que sea desarrollado por los tribunales [...]. Aquí en la zona marginal de las reglas y en los campos que la teoría de los precedentes deja abiertos, los tribunales desempeñan una función productora de reglas [...]»⁴⁸. Es el reconocimiento realista de la forma de operar de los juristas que, en definitiva, se resolverá con la apelación a la regla de reconocimiento, como una cuestión de hecho para devolver certeza al Derecho. «(L)a regla de reconocimiento sólo existe como práctica compleja, pero normalmente concordante, de los tribunales, funcionarios y particulares, al identificar el Derecho por referencia a ciertos criterios. Su existencia es una cuestión de hecho»⁴⁹.

En cualquier caso, y resumiendo, son tres las características que destacan del pensamiento hartiano basado en la textura abierta del Derecho: En primer lugar, se niega el carácter pleno y coherente del fenómeno jurídico, acogiendo a una visión amplia de positivismo. En segundo lugar, se rechaza la concepción mecánica y tradicional de la jurisprudencia. Para terminar, con una opción hacia la preeminencia de las reglas que limitaría el margen de disposición judicial.

Lo que ahora conviene destacar es que si bien en la crítica de la interpretación mecanicista, y en el carácter creativo del juez operativo existe acuerdo entre las teorías de la argumentación y las normativistas, no sucede igual con determinados asuntos que más arriba he calificado de comprometidos ideológicamente para la Teoría del Derecho contemporánea. Me estoy refiriendo al carácter de las fuentes que suministran al juez los estándares y valores que aparecen en el momento interpretativo y decisorio; el modo de efectuar la interpretación y, consecuentemente, el problema de justificación de la actividad judicial. Y es que si el pensamiento hermenéutico y retórico, en general, habla de «prejuicios», de «la naturaleza de la cosa», del *ius non scriptum* frente a la *lex scripta*..., el pensamiento normativista habla del sometimiento a una normativa preexistente, aun

⁴⁶ Sobre el pensamiento de H. L. A. Hart, véase DE PÁRAMO, J. R., *H. L. A. Hart y la Teoría analítica del Derecho*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1984, pp. 168 y ss. y 379 y ss.

⁴⁷ HART, H. L. A., *El nuevo desafío al positivismo jurídico*, trad. de F. Laporta, L. Hierro y J. R. de Páramo, *Sistema*, núm. 36, mayo 1980, pp. 10-11.

⁴⁸ Vid. HART, H. L. A., *El concepto de Derecho*, *op. cit.*, pp. 168-169.

⁴⁹ Vid. HART, H. L. A., *El concepto de Derecho*, *op. cit.*, p. 137.

cuando el momento decisorio se abandone a una irreductible discrecionalidad, donde elementos subjetivos –morales, políticos– conforman el fallo final. Ambos hacen referencia a una serie de valores que, o bien tienen la fuerza legitimadora propia de las leyes –sin serlo– por parte de las Teorías de la argumentación; o bien, se encuentran fuera del control de la Ciencia jurídica, al ser elementos del todo subjetivos. En ambos casos la posición del juez se dibuja, no obstante, como plenamente heterónoma, bien declarando principios que ya existían –aunque de un modo «extrasistemático»– bien decidiendo –con elementos subjetivos y morales– entre un elenco de posibilidades científico-jurídicas. Quizás este problema se resolvería si estos principios morales formaran parte del ordenamiento jurídico, y no hubiera que acudir a parámetros extrasistemáticos para completar el proceso interpretativo en la aplicación al caso concreto. Ésta es la postura de Dworkin, y a ella nos referiremos a continuación.

Una de las claves del éxito de Dworkin descansa en su preocupación por el tema de la certeza del Derecho en los «casos difíciles»⁵⁰. Frente a los positivistas que se terminan abandonando a la discrecionalidad del juez, Dworkin pretende plantear una Teoría que sirva para reducir la incertidumbre y mantiene la tesis de la «búsqueda de la racionalidad». Y esto es así, porque el juez –según Dworkin– no debe gozar del más mínimo atisbo de discrecionalidad, ya que ni es legislador, ni está legitimado para serlo, sobre todo en un Estado democrático. Asimismo, el rechazo de la discrecionalidad judicial también se basa en motivos políticos. Esto es, dejar los derechos individuales en manos de los jueces capaces de aplicar un Derecho retroactivo significaría –según Dworkin– «no tomarse los derechos en serio», y atentar contra el principio de seguridad jurídica, tantas veces reclamado por los positivistas pero paradójicamente abandonado al final a su suerte. Dworkin reivindica la misión garantizadora del juez, que no creadora.

Para ello, Dworkin sólo remite al juez al mundo del Derecho, Derecho compuesto por algo más que un conjunto de normas⁵¹, reconocibles por una regla de reconocimiento, sino también por principios –la justicia, la equidad, «fairness»– y directrices –objetivos sociales que se deben alcanzar y que son socialmente beneficiosos–. Mientras que las normas se aplican o no, los principios dan razones para decidir en un sentido concreto, pero su enunciado no determina las condiciones de aplicación. Asimismo, los principios informan las

⁵⁰ Vid. DWORKIN, R., *Los derechos en serio*, trad. M. Gustavino, Editorial Ariel, Barcelona, 1995, en especial el capítulo IV sobre los «casos difíciles», pp. 146 y ss. Un examen en profundidad del pensamiento de DWORKIN requeriría consultar sus obras *A matter of principle*, Harvard University, Cambridge, 1985; y *Law's Empire*, Harvard University, Cambridge, 1986.

⁵¹ Vid. DWORKIN, R., *Los derechos en serio*, op. cit., pp. 72 y ss.

normas jurídicas concretas, de tal manera que la literalidad de la norma puede incluso llegar a ser desatendida por un juez cuando se estima que viola un principio.

Uno de los ejemplos reales señalados por Dworkin al respecto es el famoso asunto *Riggs v. Palmer* resuelto por la Corte de Nueva York en 1889, y en el que se planteó si un heredero designado en el testamento de su abuelo podía heredar en virtud de ese testamento aunque para hacerlo hubiera asesinado a su abuelo. «El razonamiento del Tribunal empezaba por advertir que: “Es bien cierto que las leyes que regulan la preparación, prueba y efecto de los testamentos, y la entrega de la propiedad al heredero, si se interpretan literalmente, y si su fuerza y efecto no pueden en modo alguno ni en ninguna circunstancia ser verificados ni modificados, conceden esta propiedad al asesino”. Pero el mismo tribunal continuaba señalando que “todas las leyes lo mismo que todos los contratos, pueden ser controladas en su operación y efecto por máximas generales y fundamentales del derecho consuetudinario. A nadie se le permitirá aprovecharse de su propio fraude o sacar partido de su propia injusticia, o fundar demanda alguna sobre su propia iniquidad o adquirir propiedad por su propio crimen”. El asesino no recibió su herencia»⁵².

Por lo tanto, más clara resulta, en este sentido, la teoría de Dworkin pues no necesita acudir para mantener la racionalidad de las decisiones jurídicas a elementos extrajurídicos. Su teoría, como acabamos de decir, parte de una reformulación del propio concepto de Derecho en virtud del cual éste no sólo contiene normas sino también principios que constituyen razones morales para decidir⁵³. Ahora bien, aunque se mantengan dentro de las fronteras del Derecho, se plantea un problema referente a la naturaleza de estos principios, que parecen estar más allá o por encima de las normas. Se trata de nuevo de principios cuyo origen no es legal ni jurisprudencial, sino que hunden sus raíces en el sistema de moralidad sobre el que descansa el propio Derecho⁵⁴. Los principios deben entenderse como un tipo de estándar que «ha de ser observado, no porque favorezca o asegure una situación económica, política o social, sino porque es una exigencia de la justicia, la equidad o alguna otra dimensión de la moralidad»⁵⁵. En suma, se trata de un intento de dotar al razonamiento jurídico de una seguridad y una certeza que la ley y la pura lógica ya no pueden

⁵² Vid. DWORKIN, R., *Los derechos en serio*, op. cit., p. 73.

⁵³ Vid. DWORKIN, R., *Los derechos en serio*, op. cit., p. 61.

⁵⁴ Véase la caracterización que Dworkin realiza de los principios en los capítulos 2 y 3 de la obra anteriormente citada. Entre los numerosos comentarios y críticas, vid. PRIETO SANCHÍS, L., «Teoría del Derecho y Filosofía política en R. Dworkin», en *Revista española de Derecho Constitucional*, núm. 14, 1985, pp. 353 y ss., así como el número de la *Revista de Ciencias Sociales*, núm. 38, 1993, que lleva como título, *R. Dworkin. Estudios en su homenaje*.

⁵⁵ Vid. DWORKIN, R., *Los derechos en serio*, op. cit., p. 72.

proporcionar. Pero esto significa que en realidad el juez acude a criterios extrasistemáticos para formar sus decisiones ya que para Dworkin existen principios no identificados por la regla de reconocimiento, y deberes que no reposan en una práctica social sino que derivan de un misterioso juicio normativo.

De hecho, para Dworkin, el origen de los principios no se basa en una decisión particular de ningún tribunal u órgano legislativo, sino «en un sentido de convivencia u oportunidad que, tanto en el fondo como en la sociedad, se desarrolla con el tiempo»⁵⁶. Posteriormente, y tras las críticas recibidas por algunos autores de la talla de J. Raz⁵⁷, coloca el debate en un terreno diferente, y afirma que para el positivista «la práctica social constituye una norma que el juicio normativo acepta; en realidad la práctica social ayuda a justificar una norma que el juicio normativo enuncia»⁵⁸.

Dworkin pretende demostrar que el modelo positivista es incapaz de describir correctamente el Derecho, ya que en el último momento, el juez se ve obligado a conectar Derecho y Moral, ámbitos tenazmente separados por los puristas. El razonamiento jurídico no puede estar separado del razonamiento moral, y esto ha empujado a algunos autores a calificar la tesis dworkiniana de iusnaturalista. De hecho, –y en palabras de Richard–, «la interpretación del razonamiento jurídico ha sido utilizada por Dworkin para defender una forma de iusnaturalismo en oposición al positivismo de Hart»⁵⁹. Sin embargo, Dworkin no se considera iusnaturalista, no cree en una caja de caudales transcendental, sino que intenta elaborar una tercera vía que se sitúe entre el iusnaturalismo y el positivismo, fundamentada en el modelo reconstructivo de Rawls⁶⁰. Se parte del presupuesto de que el razonamiento moral se caracteriza por la construcción de un conjunto de principios que justifican y dan sentido a nuestras intuiciones. ¿Dónde situar, entonces, los límites del Derecho? Dworkin ofrece esta respuesta: «un principio es un principio de Derecho si figura en la Teoría del Derecho más lógica y mejor fundada que se pueda presentar como justificación de las normas institucionales y sustantivas explícitas»⁶¹. De este modo, elabora una Teoría del Derecho donde la Moral y la Política ocupan un lugar relevante, e incorpora

⁵⁶ Vid. DWORKIN, R., *Los derechos en serio*, op. cit., p. 23.

⁵⁷ RAZ, J., «Legal Principles and the Limits of Law», en *The Yale Law Journal*, 81, 1972, pp. 823 y ss.

⁵⁸ Vid. DWORKIN, R., *Los derechos en serio*, op. cit., p. 116.

⁵⁹ RICHARDS, «Rules, Policies and Neutral Principles», en *Georgia Law Review*, 1977, pp. 1081 y ss.

⁶⁰ Sobre este punto, repárese en la noción de «equilibrio reflexivo» de John RAWLS, *A Theory of Justice*, Cambridge Mass., Harvard University Press, 1972, 3.ª ed., pp. 48-51. Existe versión en castellano, *Teoría de la Justicia* (1971), trad. de M. D. González, México, FCE, 1979.

⁶¹ Vid. DWORKIN, R., *Los derechos en serio*, op. cit., p. 128.

un aparato analítico –el modelo de reconstrucción racional– aplicado al conocimiento y a la crítica del Derecho.

Pero sin duda será su tesis de la respuesta correcta, y su modelo de juez Hércules, lo que más ampollas levante entre sus detractores. Todos los casos difíciles tienen su respuesta correcta, basta con saber conjugar las normas, directrices y principios que conforman el Derecho. El juez Hércules deberá tomar y usar los principios, y como no hay jerarquía entre ellos, son dinámicos y cambiantes, y la aplicación de los principios no es automática sino que exige el razonamiento judicial, el juez deberá poner en una balanza éstos, sopesarlos, e inclinarse por el que más peso tenga. En consecuencia, al juez se le exigirá la búsqueda de criterios y la elaboración de teorías que justifiquen su decisión.

La Teoría del Derecho, para Dworkin, tiene, pues, la función de reducir la incerteza del Derecho. Posee una dimensión descriptiva, que ayudará a conocer el Derecho vigente, y una dimensión prescriptiva, auxiliar indispensable para el juez. Sólo con la teoría se podrán resolver los casos difíciles, y servirá para que el juez pueda decidir con fundamento racional, ya que formará parte del Derecho también⁶².

No obstante, Dworkin es consciente de la posibilidad de reconstruir distintas teorías que avalen a su vez respuestas diferentes. Ante esta situación, Dworkin recomienda acogerse a la teoría que mejor justifique y explique el Derecho histórico y el Derecho vigente; esto es, la teoría mejor elaborada y más coherente.

Pero, ¿cómo saber que una teoría es mejor que otra, sin caer en el riesgo de «absolutizar» una teoría como la mejor frente a la otra? Ante esta pregunta, Dworkin no encuentra respuesta.

¿Acaso este juez Hércules omnisciente –tal y como lo plantea MacCormick⁶³ en «Taking the Rights Thesis Seriously»– no se transforma en el Dios absoluto o en la Razón a usanza del iusnaturalismo? El tener que decidir sobre la respuesta correcta probablemente exige un criterio absoluto de evaluación de las teorías, y esta absolutización no surge de la utilización del modelo de reconstrucción sino de una hipotética ordenación valorativa en términos absolutos. Esto ha motivado, entre otras razones, la calificación de Dworkin y de su teoría como neo-iusnaturalista.

Ahora bien, la seguridad dworkiniana basada en el mito del juez Hércules –el jurista íntegro que valora a la vez el Derecho y la

⁶² Este aspecto ha sido muy criticado por las corrientes positivistas, pues considerar que la Teoría del Derecho pueda formar parte constitutiva del Derecho es casi una «blasfemia» para éstas. En cualquier caso, y tal y como se plantea Calsamiglia, «¿No es posible demostrar que las teorías jurídicas se utilizan para resolver casos difíciles?», «Prólogo» a DWORKIN, R., *Los derechos en serio*, *op. cit.*, p. 16.

⁶³ MACCORMICK, N., «Taking the Rights Thesis Seriously», en su libro *Legal Rights and Social Democracy*, Oxford, Clarendon Press, 1982, p. 136.

Moral—, que nos conduce a la idea de la existencia objetiva de una única respuesta correcta sobre las demás, merece una breve reflexión. Como ha denunciado Prieto Sanchís, en Dworkin se produce así una analogía entre Derecho y Moral que impide la valiosa función crítica que toda posición moral abierta tiene sobre el funcionamiento del Derecho positivo. La perspectiva de un Derecho moralizado y una Moral juridificada no parece ser un buen ideal: «El Derecho, en primer lugar, corre el riesgo del totalitarismo si intenta imponer siempre como solución pública respaldada por la fuerza la que considera mejor solución moral, y ello sin contar el encubrimiento de la discrecionalidad bajo el manto protector del Derecho. Y la moral, en segundo término, corre el riesgo de esclerotizarse por un excesivo contacto con las instituciones y los procedimientos; e incluso corre el riesgo de perder su valiosa función crítica desde el momento en que alguien pueda pensar en serio que las decisiones jurídicas constituyen siempre la mejor expresión de la moralidad»⁶⁴.

Sin embargo, Dworkin insiste en la interpenetración de Derecho y Moral —«la fusión del Derecho constitucional y la teoría de la ética»⁶⁵—, y reclama un activismo del Tribunal Supremo norteamericano, que paradójicamente choca con su insistencia en la no creación de los jueces. ¿Cómo conjugar ambas dimensiones?, ¿de qué fuente proceden las pautas que debe seguir el juez? De las concepciones y conceptos constitucionales. Pero, ¿qué tipo de principios justifican que el juez resuelva un caso difícil sin aplicar la ley? No valen todos los principios, sino sólo aquellos que expresen derechos morales básicos, y que, en consecuencia, protejan derechos naturales individuales previos⁶⁶. La teoría dworkiniana continúa haciendo aguas tanto por su distinción entre concepciones y conceptos, como por su extremada confianza en el carácter igualitario del juez.

En cualquier caso, las premisas aceptadas por Dworkin, así como las aceptadas por los hermeneutas y retóricos, conducen a una afirmación diáfana: que por muy Hércules que sea el juez, por muy racional que sea su precomprensión o los instrumentos hermenéuticos que utiliza, por muy alto que sea el consenso que generan sus decisiones, esto únicamente viene a retrasar el insuprimible momento subjetivo e ideológico de la decisión judicial⁶⁷. Además, ante la posibilidad

⁶⁴ Vid. PRIETO SANCHÍS, L., «Cuatro preguntas a propósito de Dworkin», *Revista de Ciencias Sociales*, núm. 38, 1993, p. 98.

⁶⁵ Vid. DWORKIN, R., *Los derechos en serio*, op. cit., p. 233.

⁶⁶ Para Dworkin, la concepción de los derechos exige al intérprete elevarse más allá del Derecho positivo, valorando los derechos individuales previos a toda legislación. En este sentido, supera la «tesis del Derecho escrito», donde la argumentación judicial se agota en el propio texto codificado. Para una información más completa, véase el artículo de DWORKIN, R., «Political Judges and the Rules of Law», en *The Proceedings of the British Academy*, vol. 64, Londres, 1978, pp. 259 y ss.

⁶⁷ Vid. PRIETO SANCHÍS, L., *Ideología e interpretación jurídica*, op. cit., p. 70.

—admitida por Dworkin⁶⁸, y también por Perelman⁶⁹— de que el Derecho institucional pueda entrar en conflicto con los derechos morales básicos, y sus respuestas de que el juez debe mentir⁷⁰, pone aún más al descubierto la realidad de la creatividad judicial.

Vistas así las cosas, y sin perjuicio de reconocer la gran contribución que el pensamiento aporético y las teorías de la argumentación jurídica han realizado en la tarea de desentrañar el complejo proceso del razonamiento jurídico, creo que su intento de justificar la actividad del jurista manteniéndolo en esa imagen de técnico neutral, puede terminar oscureciendo la naturaleza de su actividad y llevarlo a un enmascaramiento de la misma. De esta manera, en primer lugar, se produce una apariencia de falsa legitimidad de la decisión jurídica cuando en realidad ésta descansa, en última instancia sobre factores políticos y sociales y, en segundo lugar, la mistificación metodológica sirve de facto para disfrazar la enorme discrecionalidad existente. Haciendo mías las palabras de Prieto Sanchís: «La alternativa al primer positivismo jurídico empeñado en estirar las posibilidades de la lógica tanto como fuese necesario para amparar al científico del Derecho, no es, a mi juicio, diseñar una nueva lógica, llámese tópica, retórica o hermenéutica, dirigida a justificar de otro modo idénticos resultados. Desde esta perspectiva, es preferible una teoría descriptiva que, tras mostrar la realidad de las cosas, enfrente al jurista a su propia responsabilidad»⁷¹. Si se reconoce la función creadora del juez dentro del margen de discrecionalidad que permite el cumplimiento de los valores, principios y normas que forman el ordenamiento jurídico, aceptando que no puede invocarse un Derecho superior, se admite la

⁶⁸ Esta admisión, por parte de la Teoría de Dworkin, de que una prescripción jurídica pueda ir en contra de un principio moral, contradice su propia tesis de la relación necesaria entre Derecho y Moral. Numerosos autores han afrontado dicha inconsistencia teórica, desde HART—su antecesor en la cátedra y principal crítico—, en «El nuevo desafío al positivismo jurídico», *op. cit.*, pp. 15 y ss., hasta G. CARRIÓ, *Dworkin y el positivismo jurídico*, Universidad Nacional Autónoma de México, 1981, pp. 25 y ss.

⁶⁹ Ante el dilema de qué razonamiento jurídico emplear cuando las soluciones dogmáticas resultan «contra justicia», Perelman sugiere la utilización de ficciones, esto es, una calificación de los hechos contraria a la realidad, pero que sirva para evitar una injusticia inaceptable. PERELMAN, Ch., *La lógica jurídica y la nueva retórica*, *op. cit.*, p. 345.

⁷⁰ «Si el juez decide que las razones derivadas de los derechos morales básicos son tan fuertes que le imponen la obligación moral de hacer todo lo que pueda por apoyar esos derechos, entonces es posible que deba mentir, porque se verá privado de toda eficacia a menos que se entienda que, en su condición de magistrado, dice que los derechos jurídicos son diferentes de lo que él cree que son. Naturalmente, podría evitar la mentira si renuncia, cosa que ordinariamente servirá de muy poco, o si permanece en su cargo esperando, contra toda esperanza, que su recurso, basado en razones morales, tenga el mismo efecto práctico que habría tenido una mentira»; *vid. DWORKIN, R., Los derechos en serio*, *op. cit.*, p. 451.

⁷¹ *Vid. PRIETO SANCHÍS, L., «Un punto de vista sobre la Filosofía del Derecho», op. cit.*, p. 600.

responsabilidad política del juez. Por ello, la tarea de una Filosofía como Teoría crítica es la de mostrar el verdadero carácter de su actividad, obligándolo de esta forma a asumir su propia responsabilidad como titular de un poder de decisión.

En este sentido, sí creemos que los problemas relativos a la interpretación jurídica y a la función jurisdiccional representan uno de los temas estrella a que debe responder todo proyecto de política jurídica; al igual que constituyen la principal cantera de pruebas de una Teoría del Derecho. No se trata sólo de que la última palabra de Filosofía del Derecho sea una cuestión de Filosofía política. Lo que sucede más bien es que ambas reflexiones aparecen superpuestas, entrelazadas, de modo que la opción ideológica o política depende en buena medida de la concepción del Derecho que se mantenga y, a su vez, la construcción de una Teoría del Derecho se conecta al modelo que se postule como óptimo para regular la posición y el papel de los llamados operadores jurídicos.

Pues bien, frente al corporativismo metodológico y a otras soluciones ideológicas, el positivismo jurídico –entendemos– garantiza un mínimo de seguridad jurídica y el control político general de los agentes que aplican el Derecho al estar sometidos a fuentes de producción normativa que se legitiman democráticamente y, por otro lado, permite prescindir de los mitos y las falsas seguridades de la metodología tradicional. Ahora bien, este reconocimiento supone, primero, aceptar que dentro de ese margen de indeterminación normativa, la decisión jurídica es una decisión humana y no una operación mecánica o susceptible de alcanzar un ideal absoluto de predefinición a partir de una metodología hermenéutica o argumentativa sofisticada⁷².

Si los fundamentos últimos de la decisión jurídica consisten en criterios valorativos, políticos, económicos, sociales,... hay que llamarlos por su nombre y reconocer que la decisión jurídica descansa en fundamentos políticos y sociales, esto es, que se abre a espacios no científico-jurídicos.

Pero esto no significa el abandono de la decisión judicial a la arbitrariedad y a la discrecionalidad. Hay que evitar, y ahora más que nunca, el desbarre decisionista y trabajar por una hermenéutica controlada. Partiendo del reconocimiento de cierta actividad creadora del juez, aunque ubicado su trabajo interpretativo dentro del ordenamiento jurídico, y de su responsabilidad política, hay que canalizar esfuerzos por buscar formas de control democrático de la actividad judicial.

⁷² Cfr. CALVO GARCÍA, M., *Los fundamentos del método jurídico. Una revisión crítica*, op. cit., p. 281. Es en este punto donde MacCormick da entrada al razonamiento práctico en la línea de las teorías de la argumentación racional, para cerrar de un modo «seguro», incluso abriendo espacios importantes a la moral en el ámbito del Derecho, los agujeros del sistema de reglas. Cfr. MACCORMICK, N., «Reconstruction after Deconstruction: A Response to CLS», *Oxford J. L. S.*, núm. 10, 1990, p. 555.

Las limitaciones del control epistemológico racional judicial exigen el reforzamiento de otros vínculos sociales, dentro del organigrama del orden constitucional. Se trataría en cierta manera de conjugar ciertas aportaciones hermenéuticas y retóricas con las posiciones del normativismo realista.

Y es que la lógica deductiva no es el único mecanismo de control de la racionalidad de las decisiones judiciales –*justificación interna*–. La lógica deductiva es necesaria, pero insuficiente, al suministrar sólo criterios formales, no contemplar la analogía, y no determinar la decisión del juez, entre otras razones. Hay otra manera de concebir la argumentación que no supone la negación de la concepción lógica, sino su integración en un esquema más amplio. Consiste, en la línea de Atienza⁷³, en ver la argumentación como un acto de lenguaje complejo que sólo cabe realizar en situaciones determinadas; en el contexto de un diálogo (con otro o con uno mismo) y aceptando que el problema ha de resolverse por medios lingüísticos. Se trata, en definitiva, de proponer un modelo que permita construir racionalmente el proceso de argumentación en un caso difícil: identificando en primer lugar, cuál es el problema a resolver⁷⁴ y si éste surge por un exceso o un defecto de información⁷⁵; y buscando, por último, cuáles son los criterios de la «*justificación externa*» –criterios de la razón práctica– que determinan un interpretación de la ley frente a otra, o una versión de los hechos frente a otra.

Y esto es así, debido al *enorme protagonismo que los jueces* disfrutan en la actualidad no sólo como intérpretes finales de la legitimidad de los actos de poder, sino también resolviendo cuestiones variadas, novedosas y cruciales que se presentan en nuestros días. De la misma manera que controla los excesos de los otros dos poderes, como garante final del sistema democrático por razones sistémicas al estilo de Ferrajoli, debe decidir sobre un cambio de sexo, sobre la concesión de un amparo, o sobre el carácter contaminante de una determinada actividad. El modelo de juez Hércules propuesto por Dworkin, se parece ahora más que a un hombre de ley, a un verdadero ingeniero social

⁷³ ATIENZA, M., «¿Qué puede hacer la teoría por la práctica judicial?», *La crisis del Derecho y sus alternativas*, op. cit., p. 255.

⁷⁴ Tal y como MacCormick destacó en 1978, estos problemas que resolver podrían ser de cuatro tipos: *problemas de relevancia*, al tener dudas sobre la norma aplicable; *problemas de interpretación*, al dudar sobre cómo debía de entenderse la norma aplicable al caso; *problemas de prueba*, al no tener certeza de si el hecho en cuestión ha tenido lugar; y por último, *problemas de calificación*, al plantear serias dudas sobre si el hecho –no discutido– cae o no dentro del concepto recogido en el supuesto de hecho o en la consecuencia jurídica de la norma. MACCORMICK, N., *Legal Reasoning and Legal Theory*, Oxford, Clarendon Press, 1978.

⁷⁵ Si el problema se manifiesta por escasez de información, la forma de argumentar será la analogía en sus tres versiones: *a pari* o *a simili*, *a contrario*, y *a fortiori*. Si el problema en cuestión surge por exceso de información, la forma de argumentar será la *reductio ab absurdum*.

como lo calificaría Ost⁷⁶. A su vez, la *complejidad social*⁷⁷ que implica una progresiva dificultad de comprensión y predicción de las variables del comportamiento social, junto a la *complejidad epistemológica*⁷⁸ que significa la imposibilidad de los agentes de neutralizar las distorsiones que genera su actividad cognoscente, nos obliga a aceptar la máxima de Kaufmann⁷⁹ de que el conocimiento del Derecho tiene algo de conformación del Derecho. Pero, vayamos por partes.

El imperio de la ley se revitaliza al tener que compaginar ésta con los principios y valores jurídicos fundamentales que, a su vez, el imperio de la justicia y la sociedad demandan. Se exige el abandono del legalismo estrecho, al estilo kelseniano, y se reclama una visión de la ley, más amplia, en clave constitucional.

De este modo, autores como Neil MacCormick han reivindicado el «legalismo» como una virtud frente a aquellos que lo consideran como un vicio⁸⁰; y entiende que las actuaciones del poder deberán subordinarse al Derecho como sistema de reglas. No obstante, su defensa del legalismo no debe ser confundida como una vuelta al «literalismo» en la interpretación jurídica, sino como «una posición ética y política sobre el Derecho»⁸¹. También ha reivindicado la funcionalidad del «principio de legalidad» para la protección de libertades individuales en una sociedad pluralista, Joseph Raz⁸². Para este autor⁸³, el «principio de legalidad» debe ser entendido como un factor

⁷⁶ OST, F., «Júpiter, Hércules y Hermes: tres modelos de jueces», *Doxa*, núm. 14, 1993.

⁷⁷ ZOLO, D., «Democracia y complejidad. Un enfoque realista», *Nueva Visión*, Buenos Aires, 1994, p. 20.

⁷⁸ En palabras de Danilo Zolo: «Los agentes pueden tener en cuenta críticamente —esto es, reflexivamente— la situación de circularidad en que se encuentran, pero no pueden desprenderse de su propia perspectiva histórica y social o liberarse de las desviaciones de la comunidad científica, cultura o civilización a la que pertenecen y que influyen en la percepción de sí mismos. No pueden conocerse objetivamente, pero tampoco pueden, siquiera, conocer objetivamente su medio ambiente, dado que ellos mismos lo alteran al proyectar en él sus propias inclinaciones cuando interactúan con él haciéndolo objeto de su cognición»; *ibídem*, p. 22.

⁷⁹ KAUFMANN, A., «Teoría de la justicia. Un ensayo histórico-problemático», *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, núm. 25, Granada, 1985.

⁸⁰ De este modo resume Kairys la posición de los CLS con respecto al método jurídico formalista. Este método orientado en principio a determinar normas, hechos o resultados, sólo proporciona «una extensa y conflictiva gama de esterilizadas racionalizaciones para que los tribunales puedan elegir entre ellas». Pero, en el momento de tener que decidir entre ellas, «juicios sociales y políticos sobre la sustancia, las partes y el contexto del caso guían tales elecciones, incluso cuando éstos no son explícita o inconscientemente el fundamento de la decisión»; *vid.* KAIRYS, «Introducción», en *The Politics of Law. A Progressive Critique*, 2.^a ed., p. 4. Cfr. CALVO GARCÍA, M., *Los fundamentos del método jurídico*, *op. cit.*, p. 278.

⁸¹ *Vid.* MACCORMICK, N., «Reconstruction after Deconstruction: A response to CLS», *Oxford J. L. S.*, núm. 10, 1990, p. 541.

⁸² RAZ, J., «The Politics of the Rule of Law», *Ratio Juris*, 3/3, 1990, pp. 331-339.

⁸³ Raz, aun partiendo de las tesis del positivismo jurídico, como MacCormick, se ha alejado progresivamente del formalismo positivista. Cfr. RAZ, J., «On the Autonomy of Legal Reasoning», *Ratio Juris*, 6/1, 1993, pp. 1-15.

ligado a la cultura democrática de una comunidad, como una especie de cultura de la legalidad y no como una cuestión estrictamente normativa.

Pero, a su vez, el juez no puede ignorar, junto al marco legislativo constitucional, los intereses y razones de todos aquellos que pueden participar teóricamente –y participan en la práctica, aunque virtualmente– en el proceso de argumentación jurídica. Nos referimos al pueblo soberano del que emana la justicia, y quien legitima a los jueces y magistrados, en el poder de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado. En este sentido entendemos que junto al marco de legalidad constitucional, en el que el proceso interpretativo debe insertarse, resulta necesario el desarrollo de garantías formales y procedimentales que, en cierto modo, compensen su falta de representatividad democrática. En esas garantías reside el segundo fundamento de la legitimidad del Derecho judicial.

Sin embargo, los caracteres de independencia, imparcialidad, publicidad, oralidad, motivación..., elementos, todos ellos, que definen y justifican a unos especiales órganos de producción normativa, no eximen de responsabilidad al juez. Y esto es así, porque en un Estado Constitucional, también los jueces han de rendir cuentas de su actuación. El juez deberá motivar⁸⁴ sus decisiones *justificándolas* que no sólo explicando el proceso que le ha llevado a éstas, porque así legitimará su poder a través del ejercicio adecuado del mismo. Deberá decidir entre alternativas de acción determinadas y según pautas previamente establecidas o (excepcionalmente) que él mismo contribuye a establecer. Se trata de un segundo nivel de justificación, la justificación externa de la decisión judicial. En definitiva, el poder del juez –y en un Estado de Derecho– es y debe ser un poder limitado y controlado. Esto nos impulsa a sugerir un reforzamiento de los vínculos sociales en una doble dimensión: en una dimensión epistemológica y en una dimensión institucional.

Dentro de esta primera dimensión –la *epistemológica*–, y superando a su vez los modelos tradicionales formalistas y facticistas de Ciencia jurídica, nos acogemos a las posturas de aquellos autores que, como el profesor Saavedra⁸⁵, parten de la asunción de una visión política del Derecho por parte de los operadores jurídicos; reclaman una «resocialización» de las categorías e instituciones jurídicas dogmáticas; así como proponen la justificación consensualmente racional, argumentativa e idealmente democrática, de las decisiones judiciales.

⁸⁴ No debemos incurrir en el error de pensar que sólo el juez debe motivar sus decisiones. También el legislador deberá hacerlo en las exposiciones de motivos. Sin embargo, el hecho de que el legislador esté legitimado –al ser elegido directa o indirectamente– por el Pueblo, frente al juez que carece de esta legitimación elegible, hace que el poder de éste se justifique a través del ejercicio adecuado del mismo.

⁸⁵ SAAVEDRA, M., *Interpretación del Derecho y crítica jurídica*, Distribuciones Fontamara, México, 1994.

Frente al famoso juez Hércules, entendemos que quizás nuestro modelo de juez debería parecerse más al juez Hermes, propuesto por Ost, dios de la comunicación y la intermediación, personaje humilde y secundario, «olvidado en beneficio de la continuidad del juego»⁸⁶ democrático. Porque, textualmente, «¿No es tiempo de pensar el Derecho como circulación incesante de sentido, más que como discurso de verdad? ¿No es tiempo de advertir la pluralidad y la diversidad de los actores que juegan sobre la escena jurídica y contribuyen, cada uno a su manera a “aplicar el Derecho”? Habría que llegar a mostrar cómo el orden jurídico se nutre del desorden periférico, o incluso interno, y reproduce a su vez desorden. Habría que pensar una autonomía que sea al mismo tiempo heteronomía. Habría que añadir un entrelazamiento incesante de la fuerza y la justicia. En una palabra, es en la Teoría del Derecho como circulación de sentido en la que hay que centrarse. Un sentido sobre el cual nadie, ni el juez ni el legislador, tiene privilegio... La circulación de sentido jurídico opera en el espacio público y nadie podría, sin violencia o ilusión, pretender acapararlo. Hay Derecho antes de los juristas y lo habrá todavía después de ellos»⁸⁷.

Y es que, en este sentido, el Derecho sería considerado como algo más⁸⁸ que una norma, o que un hecho. El Derecho sería entendido como un discurso, un proceso social de creación de sentido, una práctica social discursiva, lingüística y social, que permitiría explicar mejor los problemas tradicionales de la realidad jurídica, así como otros nuevos: la necesidad de un Derecho plural, poroso, reflexivo, o incluso flexible... Esto permitiría, en palabras de Carcova, «rescatar la normatividad, sin hipertrofiar su papel; la autoproducción operacional del Derecho, sin reducirlo a meras predicciones de los jueces; incorporar las dimensiones de la socialidad y con ello, las cuestiones de la ideología y el poder, tanto como las de la legitimación sustancial, sin abandonar la especificidad teórica que le es propia»⁸⁹.

De este modo, podría tenerse en cuenta y resolverse, a su vez, la tensión entre los distintos criterios rectores de la actividad jurisdiccio-

⁸⁶ OST, F., «Júpiter, Hércules y Hermes: tres modelos de jueces», *op. cit.*, pp. 180 y ss.

⁸⁷ *Ibidem*.

⁸⁸ Alan Hunt, desde la orilla británico-marxista de los CLS, afirma que: «El campo de las relaciones jurídicas no es autónomo y está marcado por la penetración de relaciones extra-jurídicas. Durante largo tiempo, el estudio de la decisión judicial ha estado preocupado por la búsqueda de formas discursivas que no son simplemente variaciones del razonamiento jurídico, sino que derivan su significación y su capacidad legitimadora de otras formas de relación social de las cuales surgen»; *vid.* HUNT, A., «The Critique of Law: What is “Critical” about Critical Legal Theory», en FITZPATRICK, P. & HUNT, A. (eds.), *Critical Legal Studies*, Basil Blackwell, Oxford, 1987, pp. 17-18.

⁸⁹ CARCOVA, C. M., «Los jueces en la encrucijada: entre el decisionismo y la hermenéutica controlada», *Jueces para la Democracia*, núm. 24, nov./1995, p. 36.

nal en el Estado de Derecho: el imperio de la ley, el imperio de la justicia y el imperio de la sociedad. Pero, ¿cómo podríamos conseguir la armonía de estas tres dimensiones en el proceso interpretativo asumido por el juez?

Partiendo de la existencia de varios niveles en la estructura del discurso jurídico —el primero constituido por las normas, el segundo por las interpretaciones técnicas de éstas por parte de los operadores del Derecho, y el tercero, conformado por la visión de los ciudadanos—, éstos deben ser condensados circunstancialmente en la decisión judicial. En ésta, a su vez, confluirán elementos cognitivos, volitivos y sociales del juez que deberán también ser aceptados como premisas para afrontar la emisión de una solución judicial controlada. Por consiguiente, se trataría incluso de recuperar el pensamiento kantiano, y poner de actualidad las tres máximas del entendimiento común humano. «1.^a Pensar por sí mismo. 2.^a Pensar en el lugar de cada otro. 3.^a Pensar siempre de acuerdo consigo mismo»⁹⁰. El juez debería «cotejar» su propio juicio con otros juicios (no tanto reales, como posibles), poniéndose en el lugar de todos los otros, haciendo abstracción de las limitaciones que dependen de forma casual de su propio juicio. Deberá separar la sensación y quedarse con las características formales de la propia representación.

Para conseguir articular estas tres máximas podríamos partir de las aportaciones de la hermenéutica alemana y, en concreto, de su círculo intelectual. Sabemos que comprender es interpretar, y que uno comprende en tanto que interpreta lo que ve, y viceversa. «El problema de la interpretación es que implica siempre un compromiso personal del intérprete»⁹¹. Éste no puede separarse de su comprensión previa, de su «precomprensión». Sin embargo, estos prejuicios no tienen por qué ser vistos en su dimensión negativa, sino también «como algo positivo, porque no hay forma de entender una cosa si no es insertándola en un bagaje de conocimientos previos que permiten que esa cosa despliegue todo el sentido que encierra»⁹².

El juez contrastará, con una mentalidad abierta, su idea inicial con otros parámetros: fin de la norma, experiencia, hecho concreto. Entablará un diálogo con el propio texto, intentando evitar la pobreza y la parcialidad del entendimiento; pero siempre estará sometido al orden establecido por el sistema jurídico⁹³, por muy en desacuerdo que esté

⁹⁰ KANT, I., «Respuesta a la pregunta: ¿Qué es la Ilustración?», en AA.VV., *¿Qué es la Ilustración?*, Tecnos, Madrid, 1993, 3.^a edición, p. 26.

⁹¹ SAAVEDRA, M., «Interpretación judicial del Derecho y Democracia», *Travesías*, núm. 1, 1996, p. 238.

⁹² *Ibidem*.

⁹³ Aquí reside una importante diferencia entre el planteamiento defendido por nosotros, y el de la hermenéutica alemana de Gadamer o Esser. Para éstos, la decisión del juez no estará basada en la ley, pero tampoco en su concepción personal. ¿Dónde se halla la fuente material de las decisiones? En la naturaleza de las cosas o en la convicción general. Se trata, en definitiva, de auténticos postulados objetivos de justicia,

con el texto jurídico. Las garantías institucionales, las reglas y técnicas de la interpretación y los recursos metodológicos en general, cercenarán los amagos de subjetividad judicial en detrimento de la objetividad del texto jurídico. Pero, entendemos que el criterio de la aceptabilidad del resultado⁹⁴ por el conjunto de la comunidad socio-jurídica, debe ser el test determinante del equilibrio legalidad, justicia y sociedad.

Ello implica, en consecuencia, proseguir la práctica discursiva, esta vez con otros sujetos que participan del proceso de la argumentación jurídica. Nos referimos a los sujetos afectados por el caso en concreto, al conjunto de la ciudadanía en general, y a los expertos jurídicos. Y al final, la conjugación de las reglas lógicas⁹⁵ –deducibilidad, universalidad, consistencia y coherencia– y las reglas dialógicas⁹⁶ –reflejo en el ámbito jurídico del criterio de legitimidad moral– darán lugar a la elaboración y emisión del fallo del juez, pensado siempre desde sí mismo. Y es que, como decíamos anteriormente, ya se hable de la aportación de buenas razones que puedan convencer a un auditorio universal como sugería Perelman⁹⁷, o de la aceptación hipotética por todos de éstas en una situación ideal de diálogo, como proponía Apel o Habermas, o de su aceptación por un «auditorio particular ideal» según la teoría de Aarnio⁹⁸, lo cierto es que en última instancia decide el juez, al tiempo que la racionalidad de la argumentación depende de un juicio hipotético y subjetivo. No obstante, entendemos que la constatación –aunque sea hipotética– de que la decisión judicial supera la prueba de «la aceptabilidad del resultado» garantiza el acercamiento de los parámetros de legalidad, justicia y sociedad, reivindicados por nosotros como horizonte epistemológico hermenéutico.

Pero esta triple conjugación no puede llevarse a cabo si no es conectando el discurso jurisprudencial normativo con la sociedad, y con los intereses y valores que ésta legitima. Los prácticos del Derecho deberían desinhibirse de la obsesión por afirmar una coherencia absoluta «legal-formalista» del proceso interpretativo, y centrarse

de carácter racional y prepositivo, y no criterios de política jurídica. Por el contrario, nuestra posición parte del marco legislativo y su límite también reposa en él. Somos conscientes de que nos movemos en el ámbito de la política jurídica, pero no exoneramos al juez de su propia responsabilidad.

⁹⁴ Recordemos que la expectativa de consenso es tomada también por la hermenéutica de Esser, como un último expediente para el control judicial. Se trata de una «sana sensibilidad moral o como conciencia moral de todos aquellos que piensan en modo racional y justo», ESSER, J., *Precomprensione e scelta del metodo nel processo di individuazione del Diritto* (1972), *op. cit.*, pp. 136-137. La remisión al pensamiento retórico o dialéctico resulta patente; y es precisamente este pensamiento el origen de la nueva retórica de Perelman, clave en la Escuela de Bruselas.

⁹⁵ MACCORMICK, N., *Legal Reasoning and Legal Theory*, *op. cit.*

⁹⁶ ALEXY, R., *Teoría de la argumentación jurídica. La teoría del discurso racional como teoría de la fundamentación jurídica*, *op. cit.*

⁹⁷ PERELMAN, Ch., *La lógica jurídica y la nueva retórica*, *op. cit.*

⁹⁸ AARNIO, A., *Lo racional como razonable*, *op. cit.*, p. 284.

—como afirma López Calera— «en una afirmación universalizante de los derechos y libertades de todos los seres humanos sin distinción alguna o incluso más allá de la condición de ciudadanía»⁹⁹. Se trataría, en definitiva, de algo ya propuesto por Ferrajoli¹⁰⁰, y enunciado por nosotros al comienzo de este trabajo, el abandono de la sola dimensión formal y legalista del Derecho y la recuperación de la sujeción *sustancial* del Derecho que retoma al individuo y el respeto de los derechos y libertades fundamentales. El 9.1¹⁰¹ y el 9.2¹⁰² de la Constitución se dan la mano para conseguir el objetivo final que es el compromiso y la protección de los derechos humanos, individuales y colectivos.

Defendemos «un Derecho radicalmente democrático, un Derecho que no se convierta en el curso de su manipulación en lo contrario de lo que, formalmente, sirve a su justificación: el valor de la libertad y de la igualdad»¹⁰³. Al lado de la racionalidad jurídica formal, incluida la racionalidad práctica, habría que dejar paso a la razonabilidad para la equidad. En la aplicación del Derecho no sólo se tiene necesidad de la razón, sino también de los sentimientos, de las pasiones.

Y en ese sentido, creemos que el juez debe atender no sólo a la producción de Derecho, sino también a la producción de justicia. Deberá tener en cuenta los valores y principios reconocidos en el ordenamiento jurídico, pero también los efectos sociales de su aplicación, teniendo como límite los derechos fundamentales y libertades reconocidas. Las promesas sustanciales del orden democrático actúan como objetivo, pero también como límite de su despliegue hermenéutico.

Del mismo modo, «La invocación al Estado constitucional de Derecho —tal y como advirtiera E. Díaz— de ningún modo puede servir como pretexto para puentear, saltar, al Estado legislativo de Derecho, ni puede por tanto valer como disfraz ideológico para un reductivo Estado judicial de Derecho, poco acorde con la legalidad (...) y la democrática legitimidad (...)»¹⁰⁴. La soberanía nacional no debe sus-

⁹⁹ LÓPEZ CALERA, N. M., «¿Ha muerto el uso alternativo del Derecho?», *Claves*, núm. 72, mayo de 1997, p. 34.

¹⁰⁰ «Las condiciones sustanciales de la validez, y de manera especial las de la validez constitucional, consisten normalmente en el respeto de los valores como la igualdad, la libertad, las garantías de los derechos de los ciudadanos cuya lesión produce una antinomia, es decir, un conflicto entre normas de contenido o significado incompatible»; *vid.* FERRAJOLI, L., *Derecho y Razón*, *op. cit.*, p. 874.

¹⁰¹ «Los ciudadanos y los poderes públicos están sujetos a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico».

¹⁰² «Corresponde a los poderes públicos promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas; remover los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud y facilitar la participación de todos los ciudadanos en la vida política, económica, cultural y social».

¹⁰³ SAAVEDRA, M., *Interpretación del Derecho y crítica jurídica*, *op. cit.*, p. 10.

¹⁰⁴ DÍAZ, E., «Filosofía del Derecho: legalidad-legitimidad», *Boletín informativo de la Fundación Juan March*, enero 1999, p. 13.

tituirse por la soberanía constitucional, ni puede servir para sustraer de la ciudadanía el debate y el reconocimiento de sus derechos, libertades y necesidades. El Estado de Derecho es Estado constitucional, legislativo y hasta judicial de Derecho, y las exigencias éticas y sociales de la ciudadanía deben ser reconocidas y garantizadas por el Estado de Derecho en su conjunto –por sus normas jurídicas, su Constitución, sus leyes, sus decisiones administrativas y judiciales– incorporando un contenido concorde con la protección y efectiva realización de los derechos fundamentales. Y, porque ciertamente, y tal como el artículo 16 de la Declaración de los derechos del hombre y del ciudadano de 1789 rezaba: «Toda sociedad en la cual no esté asegurada la garantía de los derechos ni determinada la separación de poderes, no tiene Constitución».

Pero los vínculos sociales pueden ser también reforzados en una segunda dimensión: la *dimensión institucional*. Es cierto, tal y como en su día anunciaron Perfecto Andrés Ibáñez y Claudio Movilla, que quizás lo más significativo de la institución judicial en el marco de la división de poderes haya sido el hecho de su colocación fuera del alcance directo de los mecanismos de expresión de la Soberanía Popular, y su confinamiento en el área de influencia del ejecutivo¹⁰⁵. La independencia de los jueces, más que entenderse como tal frente a los centros de decisión de la propia organización judicial, se ha caracterizado en buena parte de los casos como separación de la sociedad civil, como cuerpo separado de toda forma de control democrático y popular¹⁰⁶. Sin embargo, y en tanto que se reconoce el margen de subjetividad judicial en el que se encuentra inmerso el proceso interpretativo y decisorio, la sociedad no puede dejar de exigir una estructura judicial cercana a ella, y en consecuencia, una aproximación del juez a las necesidades e intereses de la comunidad. Al fin y al cabo es el pueblo quien legitima al poder judicial, –único poder, por otra parte, calificado como tal por la Constitución–, y éste debe estar presente en la institución misma encargada de tomar decisiones, no sólo mediante garantías procesales. Se trata de tener en cuenta el «punto de vista externo»¹⁰⁷ de la sociedad de forma sustancial, así como la crítica de la jurisdicción por parte de la opinión pública.

Y es en este sentido donde se encajan todas las propuestas de democratización de la institución judicial. La Constitución prevé dos vías de participación popular en la administración de justicia: el jurado y la llamada acción popular. Si la segunda, –artículo 125 CE– consistente en la posibilidad de un ciudadano de constituirse en parte acusadora de un proceso penal, ha servido para entablar o sostener

¹⁰⁵ ANDRÉS, P., y MOVILLA, C. L., *El Poder judicial*, Tecnos, Madrid, 1986, p. 28.

¹⁰⁶ BERGALLI, R., *Estado democrático y cuestión judicial*, Ed. Depalma, 1984.

¹⁰⁷ Esta propuesta, propia de la refundación garantista de Ferrajoli, conecta con buena parte de las tesis alternativistas enarboladas durante los años setenta, y que creemos no han perdido su vigencia y actualidad.

grandes procesos en la historia democrática española; la primera, esto es, la institución del jurado, ha entrado en vigor a duras penas, y no sin críticas y recelos¹⁰⁸. La razón última de este rechazo descansa en la sospecha de intensificación de la lentitud de la justicia. Algunos autores destacan, en este sentido, que la situación creada no puede ser para el ciudadano más decepcionante: primero le ofrecen una justicia lenta e ineficaz; y luego le increpan que no obstaculice ni entorpezca el funcionamiento de la maquinaria de la justicia¹⁰⁹.

No es este el momento para detenernos en este debate, pero sí creemos que medidas como las antes referidas, así como la apertura de la carrera judicial a miembros procedentes de otros ámbitos profesionales, o la elección por el pueblo de algunos de sus miembros, puede acercar la decisión judicial a la sociedad que la legitima. No obstante, somos conscientes del riesgo que implica una proximidad excesiva a la sociedad y a la política; así como del enorme poder de manipulación del que disponen los medios de comunicación¹¹⁰. La opinión pública puede estar mediatizada y no dirimir de manera igual, libre y sin coacción, criterios de justicia. La historia judicial ya nos ha ofrecido algunos ejemplos del peligro de acaparación por parte de los medios de comunicación de las conciencias y la ciudadanía, y la automática violación del principio de presunción de inocencia¹¹¹, en pro de la rentabilidad comercial.

Sin embargo, el psiquismo humano no se deja domesticar al cien por cien por más que el poder —cualquiera que sea— se empeñe en sustraer del control humano el proceso de socialización. Es cierto que los diferentes niveles de control a los que está sometido el ser humano, hacen de la autonomía un duro proyecto, pero no un imposible. Si los elementos culturales, sociales, históricos y económicos configuran y condicionan el contexto de conformación de los distintos sujetos, ante los que poseen un reducido margen de alteración, no ocurre así con los poderes implícitos y explícitos. Los primeros establecen los modelos que determinan a los seres humanos individual y socialmente: el modelo antropológico, el modelo social, el modelo de familia, el modelo de poder... La racionalidad humana permite poner en discusión determinados significados y desvelar su falta de objetividad o de error. Los segundos, el poder explícito, se conoce como lo político o institucional. Hacer política como ciudadanos significa tomar el con-

¹⁰⁸ Y esto es así, pese a las sugerentes palabras de Thomas Jefferson a favor del jurado, al referirse a la organización de los tribunales en su país, en sus «Notas sobre Virginia»: «(...) el sentido común de doce hombres honrados proporciona una probabilidad de decisión justa mayor que el azar de la moneda».

¹⁰⁹ MARTÍNEZ-FRESNEDA, G., «La responsabilidad de los jueces», *Claves*, núm. 2, 1990, p. 29.

¹¹⁰ Al respecto, véanse los artículos de TRUCHE, P., «Le juge et le presse», *Esprit*, núm. 210, mars-avril 1995, pp. 5-12, y GARAPON, A., «Justice et médias: une alchimie douteuse», *op. cit.*, pp. 13-33.

¹¹¹ El desafortunado caso de O. J. Simson es un buen ejemplo de ello.

trol consciente y racional de estos dos últimos niveles. La necesidad de educar para la mayoría de edad, utilizando terminología kantiana, significa potenciar una ciudadanía libre, capaz de revisar una serie de significados que se presentan bajo la etiqueta de lo natural, lo normal, lo objetivo o lo razonable, y esto afecta tanto a la comunidad en general, como a los administradores de la justicia.

En palabras metafóricas kantianas: «Una vez que la naturaleza, bajo esta dura cáscara, ha desarrollado la semilla que cuida con extrema ternura, es decir, la inclinación y vocación al libre pensar; este hecho repercute gradualmente sobre el sentir del pueblo (con lo cual éste se va haciendo cada vez más capaz de la libertad de actuar) y, finalmente, hasta llegar a invadir a los principios del gobierno, que encuentra ya posible tratar al hombre, que es algo más que una máquina, conforme a su dignidad»¹¹². Hablar de democracia en serio significa hablar de ciudadanía libre, no de una sociedad perfecta, sino libre y justa.

Quizás de este modo, educando en libertad y democracia, y conectando la ciudadanía con la institución judicial, se asegure que la racionalidad de las resoluciones judiciales se enriquezca¹¹³ por la aportación de argumentos procedentes de un espacio más amplio que el de la burocracia profesional de los tradicionales jueces de carrera¹¹⁴; y se erradique la maldición del síndrome de Barrabás, consistente en el síntoma morboso de indulgencia de lo más bellaco por el mero hecho de coincidir con lo más popular. Es cierto que ninguna sociedad puede existir sin una definición más o menos concreta de valores sustantivos compartidos, de bienes sociales comunes; pero estos valores no son una mera construcción teórica, sino una creación colectiva del pueblo de quien emana, recordemos, los poderes del Estado.

¹¹² Vid. KANT, I., «Respuesta a la pregunta: ¿Qué es la Ilustración?», *op. cit.*, p. 25.

¹¹³ En este sentido, Joseph Singer afirmaba que: «No hay nada misterioso en la decisión judicial. Lo único que hace que parezca misteriosa es el mito según el cual los jueces tienen una ventaja que los ciudadanos ordinarios no tienen, que les permite decidir sobre conflictos de valores racionalmente: el razonamiento jurídico»; *vid.* SINGER, J., «The Player and the Cards: Nihilism and Legal Theory», *Yale Law Journal*, núm. 94, 1984, p. 65.

¹¹⁴ SAAVEDRA, M., «La legitimidad judicial en la crisis del imperio de la ley», *op. cit.*, p. 9.