

Creación y aplicación en la decisión judicial (*)

Por ALFONSO RUIZ MIGUEL

Madrid

1. MUERTE Y RESURRECCIÓN DE LA TEORÍA DE LA SUBSUNCIÓN

La vieja oposición entre la teoría logicista y la teoría creativista de la decisión judicial presenta una alternativa demasiado tajante que obliga a elegir sin matices en un asunto cuya complejidad los exige. Podría haber sido de esperar que tras los excesos de la teoría silogística de la escuela de la exégesis y sus continuadores y los excesos opuestos de las distintas escuelas judicialistas, se hubiera alcanzado ya un cierto equilibrio, quizá por obra de la teoría kelseniana de la sentencia como norma jurídica particular. Pero la mucha tinta derramada no ha impedido que la cuestión siga planteándose en términos tan radicales como siempre, pues el debate ha continuado sin reposo y el fuego todavía admite más leña. La que aquí voy a echar se encuentra en una vía intermedia entre la rígida alternativa y no pretende descubrir grandes cosas sino ordenar la compleja materia. Para ello intentaré dar a cada uno lo que es suyo mediante la distinción entre una aproximación lógico-lingüística al problema y una aproximación sociológica. Y puesto que el debate entre «aplicativistas» y «creativistas» está lejos de ser meramente académico y plantea inquietantes preguntas de carácter político, intentaré cumplir también con el obligado compromiso del filósofo para con las exigencias de cada día, haciendo algunas propuestas normativas sobre el sistema judicial español.

En España, la teoría tradicional de la decisión judicial ha sido sin lugar a dudas de tipo más logicista que creativista, siendo muy probablemente su modelo básico la teoría de la subsunción. Como es sabido, la sentencia es para ésta un sencillo razonamiento silogístico en el que los hechos funcionan como premisa menor que se subsume en la premisa mayor formada por la norma general y que da lugar a una simple conclusión jurídica denominada «fallo».

(*) Han ayudado a mejorar este artículo, y quiero agradecerlo especialmente, las observaciones de mis compañeros del departamento de Filosofía del Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid.

Tal teoría puede caracterizarse esquemáticamente por dos notas: en primer lugar, tiende a ver la decisión judicial como un acto de conocimiento más que como un acto de voluntad y, en tal sentido, a negar que una sentencia sea propiamente un mandato o norma jurídica; en segundo lugar, tiende a ver la decisión judicial como un acto cognoscitivo de carácter lógico-deductivo más que de otro tipo, incluido desde luego el conocimiento empírico. No me parece posible calibrar cuál es actualmente la influencia de esta teoría en la práctica jurídica española. Por aproximación, parece claro que el dogma de que los jueces aplican pero no crean Derecho ha venido siendo apoyado por el origen teórico-político de la teoría de la subsunción, que no es otro que la división de poderes, y por su más obvia consecuencia procesal, como es la obligación de redactar las sentencias conforme a la fórmula silogística de «Resultandos», «Considerandos» y «Fallo». Pero es también posible que esos soportes se encuentren compensados por la ideología que hace del juez un artífice de la justicia y la equidad y por la novedosa función de complementación del Derecho atribuida a la jurisprudencia por la reforma de 1974 del título preliminar del código civil. En todo caso, quizá no sea desencaminado sospechar como hipótesis de trabajo que una importante parte de los operadores jurídicos y judiciales se adhieren a un modelo más próximo al tradicional que al modelo alternativo.

Evidentemente, el que la teoría de la subsunción sea tradicional por sí mismo no dice nada en su contra ni sirve para darla por muerta sin más. Más aún, cuando parecía ya pasada a la historia de la filosofía jurídica vuelven algunos de sus rasgos fundamentales en teorías que se presentan en ruptura con lo que poco antes parecía nuevo. Aduzco a título de ejemplo de esta revitalización de la doctrina aplicativista las teorías de Alchourrón y Bulygin por una parte y la de Ronald Dworkin por otra. Los teóricos argentinos han rescatado el racionalismo tradicional en la interpretación jurídica por la nueva vía de «desmecanizar» la deducción silogística: una cosa es que la interpretación de la ciencia o de la práctica jurídica sea de carácter deductivo, vienen a decir, y otra diferente es que se trate de una actividad meramente mecánica, ya que ni siquiera las operaciones lógico-matemáticas son mecánicas salvo en los pocos casos en que existen procedimientos efectivos para resolver unívocamente un problema. Estas ajustadas observaciones no hacen más que repetir con lenguaje actual la antigua convicción de que lo difícil en un silogismo no es obtener la conclusión, sino justificar las premisas, pero no veo claro que de ahí se deduzca la tesis de que la ciencia jurídica no es prescriptiva y de que la labor judicial es más aplicativa que creativa (1). Bien podría ser ese el caso, aunque ahora sólo me interesa desta-

(1) Cfr. ALCHOURRÓN, Carlos E. y BULYGIN, Eugenio, *Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas y sociales* (ed. orig. en inglés, 1971), Buenos Aires, Ed. Astrea de Rodolfo Depalma, 1974, pp. 133-137 y 239.

car cómo Alchourrón y Bulygin se inclinan hacia una teoría de la interpretación jurídica —y de la decisión judicial por extensión— que cumple con las dos notas de la teoría de la subsunción: la interpretación es fundamentalmente actividad cognoscitiva y lógico-deductiva. Por su parte, la visión de Dworkin de la decisión judicial —que está en el centro de toda su construcción jurídica— contiene un punto coincidente con la anterior, pero va bastante más lejos en sus intenciones. El punto de coincidencia se encuentra en la aceptación de que la decisión judicial es una aplicación del Derecho que no tiene carácter mecánico, sino que implica una discreción en el sentido débil de que es preciso discernir racionalmente (2). Las consecuencias de este punto de partida son numerosas aunque aquí sólo interesan algunas: para el teórico anglo-americano el juez nunca introduce ni debe introducir pautas propias, puesto que incluso en los casos difíciles emprende y debe emprender la tarea «hercúlea» de descubrir los principios más coherentes y racionales en el marco del ordenamiento jurídico de que se trate y tomar la única decisión correcta posible sin crear nuevas pautas retroactivamente (3). En esta teoría es más explícito que en la de Alchourrón y Bulygin que la decisión judicial es una actividad cognoscitiva y racional que —después de la compleja búsqueda de los principios— aplica una vez más un criterio deductivamente.

Por ir acotando los términos de la discusión, la teoría de la subsunción no puede pretender referirse a la decisión judicial como *producto* sino a la decisión judicial como *actividad* (4), es decir, no puede negar que una sentencia sea una «decisión» que como tal tiene carácter prescriptivo al menos para un caso concreto: si la decisión en cuanto tal es —por utilizar la terminología tradicional— un acto de voluntad y no de conocimiento, sería en todo caso la actividad que la precede la única que podría considerarse cognoscitiva y deductiva. Por otro lado, también me parece obvio que la decisión judicial en cuanto actividad tiende a formularse externamente como si fuera un proceso cognoscitivo de carácter deductivo, pero eso no prueba en absoluto que la realidad coincida con la apariencia. Por tanto, la pregunta aquí relevante no es cómo los jueces expresan externamente sus decisiones ni qué dicen y creen hacer cuando sentencian, sino cómo deciden

(2) Cfr. DWORKIN, Ronald M., «The Model of Rules I» (1967), en *Taking Rights Seriously*, 2.ª ed., London, Duckworth, 1981, cap. 2, § 5 (debería ser el § 4, pero hay un error de numeración desde el § 2), hay trad. cast., como «¿Es el Derecho un sistema de reglas?», en DWORKIN, R. M. (ed.), *Filosofía del Derecho*, México, Fondo de Cultura Económica, 1980, pp. 101-117.

(3) Cfr. *ibidem*, *passim*, así como «The Model of Rules II» (1972) y «Hard Cases» (1975), ambos en *Taking... cit.*, cap. 3, § 4 y cap. 4, respectivamente, y «Political Judges and the Rule of Law», *Proceedings of the British Academy*, LXIV, 1978, esp. §§ 1 y 4.

(4) Para una exposición detallada sobre un término como «interpretación», también aquejado de una homonimia del tipo «proceso-producto», ver TARELLO, Giovanni, *L'interpretazione della legge*, Milano, Giuffrè, 1980, § 6.

realmente. Se trata de saber lo que los jueces hacen antes de plasmar su decisión, independientemente de lo que digan o crean que hacen. Sólo que la pregunta de cómo los jueces adoptan realmente sus decisiones es ambigua porque puede referirse tanto al modo lógico de sentenciar como al modo efectivo o empírico. En el primer sentido, el estudio del proceso de la decisión judicial atiende a los pasos que son lógicamente necesarios para sentenciar, dada la estructura del lenguaje jurídico: lo que así se obtendrá es un modelo lógico-lingüístico de la decisión judicial. En el segundo sentido, el estudio del proceso de la decisión judicial atiende a los motivos personales o sociales que inducen al juez a decidir una cosa u otra: lo que así se obtiene es un modelo psicológico o sociológico de la decisión judicial (5). Mientras que la teoría de la subsunción pretende ser sobre todo un modelo lógico-lingüístico, la conocida afirmación de Alf Ross de que los jueces primero toman su decisión y luego la visten mediante una fachada de justificación podría ser un ejemplo en germen de un modelo psicológico (6). Por lo que respecta a la ulterior pregunta de cómo deberían decidir los jueces, no desde un punto de vista lógico, sino desde un punto de vista ideológico —es decir, jurídico, ético o político—, es claro que para intentar responderla conviene tener en cuenta tanto los aspectos lógicos como los empíricos. Pero los tres problemas son conceptualmente diferentes y los trataré por separado.

2. PARA UN MODELO LÓGICO-LINGÜÍSTICO DE LA DECISIÓN JUDICIAL

Para analizar más cómoda y ampliamente el proceso lógico de la decisión judicial debe adoptarse como punto de referencia el momento en el que más elementos de juicio entran a la consideración del juez. Por aludir al Derecho español, puede tomarse como ejemplo el proceso de la decisión a adoptar tras la «vista» de un juicio de menor cuantía en primera instancia, que es muy similar a sus equivalentes en los procedimientos administrativo o laboral e incluso a la decisión del proceso penal tras el juicio oral (7). Adelantando el esquema, ese proceso lógico puede divi-

(5) Reelaboro así una distinción que puede verse pormenorizada en WRÓBLEWSKI, Jerzy, «L'interprétation en droit: théorie et idéologie», *Archives de Philosophie du Droit*, n. 17 («L'interprétation dans le droit»), 1972, pp. 55-63.

(6) Cfr. Ross, Alf, *On Law and Justice*, London, Stevens and Sons Limited, 1957, § XXX, trad. cast. de G. Carrió, *Sobre el Derecho y la justicia*, Buenos Aires, Eudeba, 1963, p. 146; deba añadir que la teoría de la interpretación de Ross es más compleja y matizada que esa expeditiva fórmula: para mayores precisiones, ver *ibidem*, § XXVIII, así como HIERRO, Liborio L., *El realismo jurídico escandinavo. Una teoría empirista del Derecho*, Valencia, Fernando Torres, Editor, 1981, § 8.3.4.

(7) Sobre este epígrafe es útil en general como visión interna de un juez español, RODRÍGUEZ-AGUILERA, Cesáreo, *La sentencia*, Barcelona, Bosch, 1974.

dirse en cinco fases: 1.^a, calificación previa del punto controvertido y de los límites jurídicos y fácticos del caso; 2.^a, selección, evaluación y descripción de los hechos; 3.^a, búsqueda y selección del criterio jurídico aplicable al caso; 4.^a, atribución de significado preciso al criterio elegido; y 5.^a, aplicación del criterio a los hechos estimados probados. Conviene insistir en que se trata de un proceso en sentido lógico y no empírico, porque ello implica dos precisiones: en primer término, que el orden anterior es conceptual y no genético, de modo que no pretende describir los pasos psicológicos que el juez da en la práctica; en segundo término, que la propia distinción de las cinco fases es también conceptual y no empírica, por lo que en la práctica puede ser difícil separar tajantemente algunos de esos pasos. Por lo demás, el que éste sea el proceso lógico de un determinado tipo básico de decisión judicial no excluye necesariamente que lo pueda ser de otro tipo de decisiones judiciales menos complejas —como las providencias o los autos— o más vinculadas a elementos establecidos por el tribunal inferior —según tiende a ocurrir respecto a los hechos probados en las decisiones de apelación y casación—. Por último, debo advertir que en el análisis de las cinco fases del proceso de la decisión judicial que ahora intentaré, doy por supuestos numerosos temas de teoría general del Derecho que a pesar de no ser del todo pacíficos es irremediable mencionar sin poder entrar aquí en su detallada justificación.

1.^a La calificación previa del punto controvertido y de los límites jurídicos y fácticos del caso es una labor que puede pasar inadvertida en los litigios fáciles pero que no por eso deja de realizarse aun de modo simple. Incluso, no es una actividad tan sencilla desde un punto de vista lógico como pudiera parecer al primer vistazo: en esta fase se analiza *a priori* si se trata de un caso jurídico y, si lo es, de qué tipo de caso se trata. Lo que el juez debe hacer —o lo que debe dar por supuesto si se trata de un caso fácil— es situarse ante el caso considerando cuál es el marco normativo hipotético de los hechos jurídicamente relevantes *a priori*. Esta tarea es compleja en cuanto que en este momento no es posible deslindar radicalmente la cuestión fáctica de la cuestión jurídica, pues por un lado esta calificación de los hechos exige utilizar criterios de relevancia que vienen suministrados por el Derecho y por otro lado la propia juridicidad del caso ha de calibrarse en relación con los hechos posibles. Además, la tarea es compleja también en el sentido ulterior de que la propia operación de establecer la relevancia de los hechos y la juridicidad del caso implica un proceso interpretativo nada elemental, como respectivamente se verá al comentar la segunda y la tercera fase del proceso de la decisión judicial. Por ahora cabe destacar cómo esta primera toma de contacto del juez con el caso tiene mucho de interpretativa y contiene momentos valorativos, pues es una tarea de proposición de premisas provisionales para la que no

existen predeterminaciones lógicas ni empíricas. Y el que existan predeterminaciones de sentido común o ampliamente aceptables ni es forzoso en todos los casos ni, sobre todo, desmiente la complejidad lógica de la operación.

2.^a La selección, evaluación y «descripción» de los hechos —el tradicional momento de valoración de la prueba— es también una tarea lógicamente compleja que no tiene carácter de comprobación empírica en sentido estricto ni, como es obvio, de conclusión deductiva. En esta fase el juez (sea profesional o lego) debe establecer qué hechos jurídicamente relevantes han ocurrido «verdadamente». Ahora bien, aunque el ideal es que la verdad a establecer coincida con la verdad «real», lo que se obtiene en todo caso es una «verdad jurídica» que puede adecuarse o no a la realidad. Las diferencias entre ambos tipos de verdad son diversas tanto si se atiende al sustantivo «verdad» como si se atiende al adjetivo «jurídica». En cuanto al sustantivo, dos pueden ser las diferencias fundamentales si se entiende por «verdad real» la propia de las ciencias naturales: en primer lugar, mientras que en la verdad jurídica existe una mediación lingüística entre los hechos y el lenguaje del juez —que no puede captar directamente la realidad sino a través de documentos, testigos, confesiones, peritos, etc.—, la verdad científica no exige siempre esa mediación y la relación entre hechos y lenguaje tiende a ser más directa (8); en segundo lugar, mientras que la verdad real se obtiene en buena parte mediante la observación y la comprobación de los hechos, la verdad jurídica se alcanza mediante un proceso de interpretación sometida a pautas normativas no sólo en el sentido ya dicho de que el análisis de los hechos se hace en función de modelos fácticos previstos en normas jurídicas (los llamados «supuestos de hecho»), sino también en el sentido de que los hechos se captan e interpretan a la luz de criterios normativos culturales no forzosamente jurídicos (es casi obligada la referencia al «verstehen» weberiano), como las máximas de experiencia, las reglas del sentido común o las presuposiciones sobre el «sentido interno» de las acciones humanas (9). En cuanto al adjetivo «jurídico», también

(8) Esta comparación es meramente indicativa, pues está llena de problemas: la verdad jurídica se parece a la verdad histórica (para una comparación entre la labor del juez y la del historiador, ver DÍEZ-PICAZO, Luis, *Experiencias jurídicas y teoría del Derecho*, Barcelona, Ariel, 1973, pp. 215-216) o a la que obtenemos todos los días leyendo el periódico; no es pertinente detenerse aquí a comparar ese tipo de conocimientos con los de las ciencias naturales, aunque sea oportuno recordar que se ha llegado a sostener que la verdad jurídica es una de las principales formas de poder que configuran el saber en general (cfr. FOUCAULT, Michel, *La verdad y las formas jurídicas*, Barcelona, Gedisa, 1980); desde un paradigma metodológico más cercano al empirismo, baste decir que parece posible mantener la distinción entre verdad jurídica y verdad científica por el criterio de que mientras aquélla exige una teoría de la verdad como coherencia entre proposiciones lingüísticas, ésta admite —aunque no lo exija completamente— una teoría de la verdad como correspondencia entre hechos y lenguaje.

(9) Para un mayor desarrollo de este punto cfr. VERNENGO, Roberto J.,

pueden señalarse otras dos diferencias: en primer lugar, en lo relativo al procedimiento de obtención, el establecimiento de los hechos en un juicio puede estar sometido a reglas procesales acerca de la mayor o menor validez de determinadas pruebas; y aunque en los sistemas modernos la institución de la libre apreciación de la prueba tienda precisamente a acercar la verdad jurídica a la real, no deja de haber excepciones al principio, como por ejemplo la relevancia en todo caso del documento auténtico; en segundo lugar, en lo relativo a las consecuencias, los «resultandos» de hechos probados tienden a ser irrevisables por tribunales superiores, con lo que la verdad jurídica adquiere una santidad —la «santidad de la cosa juzgada»— que salvo excepciones limita la ulterior búsqueda de la verdad real. Así pues, ni la deducción lógica ni la verificación o la falsificación empíricas juegan tan gran papel en el establecimiento de los hechos en la sentencia como otros factores normativos y valorativos.

3.^a La búsqueda y selección del criterio jurídico aplicable al caso abre el complejo capítulo de la interpretación jurídica. En un sentido amplio, la interpretación del Derecho comienza cuando se pretende situar un determinado conjunto de hechos dentro de una determinada normativa jurídica. Por más que el caso sea sencillo, la operación de búsqueda y selección de la norma o criterio aplicable no sólo tampoco es automática sino que en algunos casos es tremendamente difícil y compleja. No es deductiva porque ni el pretendido «sistema» jurídico es finito y consistente ni todas las reglas de derivación para pasar de los «axiomas» a las consecuencias tienen carácter lógico (10). Hilando un poco más grueso, es posible que en determinados casos y materias la operación de búsqueda de criterio se parezca a un proceso deductivo, sea gracias a la simplicidad o habitualidad del caso, sea gracias a la sistemática de la normativa o de la doctrina «científica». Con todo, independientemente de las disputas entre los juristas —que a veces impugnan la sistemática legal—, en los casos difíciles se plantean inevitablemente arduos problemas de identidad normativa. La tesis de la unidad del Derecho, mantenida desde Kelsen hasta Hart, presupone la existencia de criterios estables para la determinación de la pertenencia de las normas al sistema jurídico.

La interpretación jurídica, México, Universidad Nacional Autónoma de México, 1977, cap. II, esp. pp. 22-30 (del mismo es útil también *La interpretación literal de la ley y sus problemas*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1971); por cierto que esta característica de la verdad jurídica —propia también de la mayoría de las ciencias humanas— ha sido detalladamente descrita en otros términos por Foucault en *Moi, Pierre Rivière, ayant égorgé ma mère, ma soeur et mon frère...*, París, Gallimard-Julliard, 1973 (agradezco esta última observación a Julián Sauquillo, que ha tratado la cuestión en «Sistemas de dispersión» y «matrices jurídico-políticas» en Michel Foucault (*Una contribución al análisis de la formación del discurso*), memoria de licenciatura presentada en la facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid en junio de 1983 (inédita), pp. 72-75 y 277-280).

(10) Cfr. VERNENGO, R., *La interpretación jurídica*, cit., pp. 49-55.

Sin embargo, ni la norma fundamental kelseniana ni la regla de reconocimiento hartiana resuelven todos los problemas de identidad normativa: no es posible detenerse aquí en el análisis detallado de ambas teorías, pero por tomar como contraste la más empírica regla de reconocimiento baste decir que ésta es más compleja e indeterminada de lo que sugiere Hart (11). En efecto, tres problemas sistemáticos permanecen a pesar de las soluciones legales, judiciales y doctrinales: las lagunas, las antinomias y las redundancias normativas. Los tres constituyen importantes huecos en la presunción de racionalidad del legislador y hacen necesariamente creativa la labor de búsqueda de los criterios a utilizar en el caso. En el fondo, una crítica como ésta viene a coincidir con la sustancia de las objeciones de Dworkin a la regla de reconocimiento (12), aunque no obliga a asumir su construcción alternativa del Derecho como conjunto unitario desde el punto de vista del contenido (13).

(11) Aunque Hart admite que la regla de reconocimiento es compleja en los sistemas jurídicos modernos, no parece pensar que sea tan compleja en condiciones normales como para que algunas de sus prescripciones sean oscuras, dudosas, contradictorias y, en suma, indeterminadas; de su tratamiento del problema de la incertidumbre en la regla de reconocimiento más bien parece deducirse que contempla el supuesto como algo excepcional y momentáneo: cfr. *The Concept of Law*, Oxford, Clarendon, Press, 1961, caps. V, § 3, y VII, § 4, hay trad. cast. de G. Carrió, *El concepto de Derecho*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1968, reimpresión, México, Editora Nacional, 1980.

(12) Dworkin piensa que o bien la regla de reconocimiento establece unos criterios formales, pero entonces no puede servir para identificar los principios judiciales porque éstos no son reducibles a criterios claros o bien tiene carácter material y se identifica con esos principios, pero entonces la innumerabilidad de los criterios de validez impediría determinar claramente la pertenencia de las normas al Derecho: cfr. «The Model of Rules I», cit., en *Taking...*, cit., cap. 2, § 6 (que debería ser § 5: ver *supra*, nota 3).

(13) En la teoría dworkiniana todo sistema jurídico contiene, además de normas, principios aceptados (aunque no siempre usados) por los jueces que les permiten encontrar en todo caso un criterio preexistente; así, esta construcción va todavía más lejos que el positivismo kelseniano o hartiano en la tesis de la unidad del Derecho, ya no meramente formal —la unidad del Derecho por su estructura—, sino material, es decir, por los contenidos: cfr. DWORKIN, R. M., «The Model of Rules II», cit., en *Taking...*, cit., cap. 3, §§ 24. No es momento de discutir en detalle esta teoría, que en mi opinión es menos cercana del iusnaturalismo que de la tradición positivista alemana: con los debidos matices, no me parece descabellado decir que la teoría de Dworkin parece una trasposición a la teoría jurídica general y al Derecho constitucional de algunos de los métodos interpretativos de la jurisprudencia conceptualista y no en vano puede haber incluso similitudes entre sus puntos de vista y los de Josef Esser (de éste ver *Grundsatz und Norm in der Richtertlichen Fortbildung des Privatrechts*, Tübingen, 1956, trad. cast., *Principio y norma en la elaboración jurisprudencial del Derecho privado*, Barcelona, Bosch, 1961); por lo demás, baste decir que, al igual que esas corrientes, la *pars construens* de la concepción de Dworkin puede ser criticable por presuponer que el Derecho tiene una coherencia y plenitud que la propia teoría se encarga previamente de poner; con todo, un análisis más pormenorizado exigiría distinguir entre lo que esta teoría tiene de descriptivo y lo que tiene de normativo.

4.^a La atribución de un significado preciso al criterio elegido; sea preexistente en el Derecho o establecido *ad hoc* por el juez, cierra el capítulo de la interpretación normativa en el sentido habitual entre los juristas de «interpretación» como, transmisión de un mensaje desde el emisor hasta el receptor de un lenguaje dado, en este caso del lenguaje jurídico. Se trata de una tarea de comprensión lingüística que no es empírica ni plenamente objetiva, sino que da juego a la utilización de la retórica por la sencilla razón de que el lenguaje jurídico es un lenguaje natural y, como tal, presenta el problema de la multivocidad significativa. Por ordenar aquí también la materia brevemente, baste decir que la ambigüedad y, lo que es más común, la vaguedad del lenguaje jurídico (14) no sólo afectan a las normas jurídicas de conducta, sino también a las normas de organización que suministran los criterios interpretativos del Derecho: todos los criterios de interpretación que una larga tradición ha ido decantando son vagos y algunos de ellos son además ambiguos: así, el de la interpretación sistemática, que puede referirse tanto al sistema jurídico global como al lugar concreto de la norma o interpretación por *sedes materiae* (15). Para mayor complicación, la búsqueda y selección del criterio interpretativo adecuado se enfrenta a todos los problemas que se acaban de ver en el número anterior, pues puede haber lagunas o redundancias o —lo que suele ser más común y hasta casi inevitable— antinomias entre ellos (16). Al menos en todos estos casos la interpretación judicial no puede ser aplicativa porque exige una *adjudicación* de significado al criterio elegido sin que tal operación pueda ser adecuadamente descrita como el *descubrimiento* de un sentido preexistente (17).

5.^a Por fin, la aplicación del criterio a los hechos estimados probados es, efectivamente, una operación deductiva de la que se extrae lógicamente el fallo, es decir, la decisión como producto. No hay que desdeñar la importancia de esta última fase porque tiene consecuencias jurídicas cuando la sentencia puede ser revisada por razones de incongruencia interna. Sin embargo, sería tam-

(14) Sobre ello, cfr. CARRIÓ, Genaro, R., *Notas sobre Derecho y lenguaje*, 2.^a ed., Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1979, pp. 26-36 (un texto divulgativo útil más reciente y en línea similar en GÓMEZ, Astrid y BRUERA, Olga María, *Análisis del lenguaje jurídico*, Buenos Aires, Editorial de Belgrano, 1982, capítulos II y IV-V); sobre el fenómeno del cambio de técnica legislativa del XIX a hoy —con la actual introducción de terminologías científicas variadas, numerosas y, sobre todo, ajenas al lenguaje jurídico consolidado— en relación con este problema de la multivocidad lingüística, son muy interesantes las observaciones de IRTI, Natalino, *L'età della decodificazione*, Milano, Giuffrè, 1979, pp. 16-18.

(15) Cfr. VERNENGO, R., *La interpretación jurídica*, cit., cap. IV.

(16) Cfr. WRÓBLEWSKI, J., «l'interpretation...», cit., pp. 59-62 y 65-68; un ejemplo bien próximo de tales problemas lo da el batiburrillo de criterios interpretativos del artículo 3.º1 de nuestro Código civil, que permite interpretaciones diversas y hasta contradictorias.

(17) Sobre la diferencia entre «descubrir» y «adjudicar» un sentido ver CARRIÓ, G. R., *Notas...*, cit., pp. 56-58.

bién inconveniente exagerar la trascendencia de esta fase deductiva, que no es más que la formulación final de lo que se va a presentar formalmente como decisión silogística. La razón fundamental para matizar el alcance de esta fase está en que se trata de una sola parte de todo un complejo proceso que no tiene en conjunto carácter deductivo. La demostración más palmaria de ello está en la experiencia de los cambios de doctrina jurisprudencial, que se efectúan mediante sentencias tan silogísticas externamente como las que establecen la doctrina revisada, sin que exista más variación en las normas o en los hechos considerados que la nueva interpretación de unas u otros que obliga a cambiar el fallo. Así pues, lo que la teoría de la subsunción describe no es el proceso lógico de la decisión judicial, sino su fase final solamente: la facilidad con la que aquí puede tomarse la parte por el todo creo que proviene de que esta última fase proporciona ya lo que podría denominarse el «contexto de justificación» de la decisión judicial. Pero como la teoría contemporánea de la ciencia viene asumiendo, existe también un «contexto de descubrimiento» en el que cabe la intuición, los prejuicios, la casualidad y la invención. Si mi análisis del proceso lógico de la decisión judicial se sostiene, lo que pone de manifiesto es que aquello que puede ocurrir en la elaboración de teorías científicas no puede dejar de ocurrir en la toma de decisiones judiciales. Más aún, para no echar en ríu revuelto el parangón entre el quehacer del científico y el quehacer del juez, conviene añadir que éste último no sólo implica valoraciones, sino que tiene como puntos de partida y de llegada prescripciones que también contienen valoraciones: dicho de otro modo, mientras el silogismo científico es descriptivo, el silogismo judicial sería una clase de silogismo práctico.

Las argumentaciones precedentes pueden servir para situar en sus justos términos a la teoría de la subsunción y para afrontar el problema de hasta qué punto la decisión judicial es aplicativa o creativa. La consecuencia más relevante que puede extraerse es que el hecho de que la decisión judicial aparezca externamente como silogística no prejuzga en absoluto el hecho de que ésta cree o aplique Derecho. Para responder a este problema conviene añadir que hay por lo menos cuatro significados diferentes de la expresión «creación judicial de Derecho»: 1) creación formal: cuando la sentencia se considera un mandato —o, en la terminología kalseniana, una norma particular—, cada decisión judicial es un acto jurídico tan nuevo como una ley o una concesión administrativa y produce un cambio en la situación o relación de las personas que han sido partes en el proceso; la decisión judicial es formalmente creativa de Derecho por el simple hecho de tratarse de una decisión: en el esquema que he seguido, este sentido de «creación judicial» está implícito en la idea de la decisión judicial como producto; 2) creación material para un caso concreto por especificación de criterios jurídicos abstractos preexistentes: se-

gún la conocida tesis de Kelsen, el proceso dinámico de producción normativa es a la vez aplicativo y creativo porque las normas inferiores siguen criterios establecidos en normas superiores, pero a la vez deben especificar alguno de sus distintos significados posibles: en mi esquema, este tipo de creación judicial de un criterio material viene mostrado en la cuarta fase del proceso de la decisión judicial; 3) creación material para un caso concreto por inexistencia de criterios jurídicos abstractos preexistentes: es lo que ocurre en los casos difíciles, representados en mi esquema dentro de la tercera fase para los problemas de insuficiencia del lenguaje jurídico (lagunas, antinomias y redundancias) y dentro de la cuarta fase para los problemas de multivocidad en los que la decisión judicial «adjudica» un significado al criterio elegido; 4) creación material de criterios jurídicos abstractos: ocurre cuando una determinada sentencia que crea Derecho en el sentido anterior funciona además como precedente a seguir en casos posteriores similares: no es un supuesto justificado en mi esquema porque no es un tipo de creación que pueda atribuirse a razones lógico-lingüísticas, sino típicamente jurídicas, como es la obligación tácita o expresa de estar a lo decidido por determinados tribunales.

Los dos primeros sentidos de «creación judicial del Derecho» son triviales y cuando se hacen las debidas precisiones pueden ser también descritos como manifestaciones de la aplicación del Derecho preexistente. En ambos casos se trata de una creación de Derecho en *sentido débil* que no es ni mucho menos comparable a la creación jurídica de tipo legislativo. Ese sentido débil puede ser descrito mediante la teoría de la subsunción cuando el silogismo no se identifica con un proceso mecánico. En cambio, en los otros dos significados sí hay creación de Derecho en un *sentido fuerte* comparable a la creación legislativa, la cual no siempre es abstracta y general (18). En realidad, las dos formas de creación

(18) Para determinar la existencia de creación judicial en sentido fuerte me parece preferible este criterio de la ausencia de regulación previa al utilizado por Gregorio Peces-Barba en un reciente artículo con el que por lo demás coincido plenamente. Según Peces Barba, los jueces crean Derecho en cuatro casos: a) al emitir una sentencia en cuanto que ésta es una norma singular; b) al controlar la legalidad de las disposiciones reglamentarias en el procedimiento contencioso-administrativo en cuanto que tal control «supone una producción normativa de carácter general en el caso de declarar, de acuerdo con su competencia, la ilegalidad de una norma reglamentaria general»; c) al controlar la constitucionalidad de las leyes por parte del Tribunal Constitucional por la misma razón que en el caso anterior, y d) al emitir normas generales por parte de los tribunales con jurisdicción final a través de la jurisprudencia (cfr. «La creación judicial del Derecho desde la teoría del ordenamiento jurídico», *Poder judicial* (Revista del Consejo General del Poder Judicial), n. 6, marzo, 1983, pp. 22-23); en mi opinión, el caso a) no es creación judicial en sentido fuerte, los casos b) y c) identifican la creación de normas con la anulación de normas cuando puede haber supuestos de ese carácter que no son creativos en sentido fuerte (por ejemplo, las sentencias que anulan reglamentos en reproducción de una doctrina anteriormente asentada) y supuestos en los que no hay anulación que sí son creativos (por

judicial propiamente dichas son en cierto aspecto alternativas, pues dan soluciones diferentes al mismo problema: cuando faltan criterios preexistentes, la decisión judicial ha de ser necesariamente creativa en uno de los dos sentidos, de modo que cuanto menor validez jurídica se otorgue al precedente, mayor será el número de decisiones creativas para casos concretos y viceversa. Esta es la razón por la que en la medida en que realmente el sistema jurídico anglosajón se diferencie del europeo-continental por dar mayor importancia jurídica al precedente judicial, los jueces continentales no son por esa causa ni más ni menos creativos o libres en sentido fuerte que los anglosajones (19): la diferencia provendrá de la mayor o menor vinculación a criterios preexistentes, sean legales o judiciales, y deberá establecerse empíricamente. Si todo esto es así, la distinción entre un sentido débil y un sentido fuerte en la creación judicial del Derecho es una distinción tajante también por razones de método: mientras la creación en sentido débil puede ser reconocida en cualquier Derecho y en toda decisión judicial por quienes estén de acuerdo en el uso de los términos de referencia, la creación judicial en sentido fuerte ha de reconocerse también mediante contrastaciones empíricas sobre un determinado momento y sector de un Derecho dado. O, por decirlo de otra manera, el punto de vista para observar el primer tipo de creación judicial es meramente formal y el punto de vista para observar el segundo es material. Como el núcleo importante de la disputa entre doctrinas aplicativistas y doctrinas creativistas de la decisión judicial gira en torno al sentido fuerte de «creación jurídica», las páginas que siguen se refieren sólo a este último.

3. ALGUNAS CONSIDERACIONES SOCIOLÓGICAS

El modelo lógico-lingüístico del proceso de la decisión judicial alude genéricamente a algunas limitaciones lógicamente necesarias y no puede ser interpretado como constatación empírica de que la llamada aplicación del Derecho es una actividad libremente creativa al modo de las actividades artísticas. Sería precipitado extraer de él la conclusión de que puesto que las valoraciones son inevitables desde un punto de vista lógico-lingüístico, la interpretación y la realización del Derecho son en la práctica no sólo va-

ejemplo, cuando se mantiene la validez de una norma general, pero con una interpretación extraña o inesperada); por fin, el caso d) presupone que el problema de la jerarquía normativa de determinadas sentencias está relacionado con la creación judicial del Derecho cuando me parece preferible considerar que se trata de dos cuestiones diferentes, puesto que no todas las decisiones de tribunales con jurisdicción final son creativas en sentido fuerte (y las que lo son no establecen siempre normas generales, típicamente cuando tales tribunales no están unificados). Más adelante vuelvo sobre la justificación sociológica del criterio que propongo.

(19) Prueba de ello es que la teoría aplicativista (o declarativa) de las decisiones judiciales ha sido tan influyente, por ejemplo, en Inglaterra como en el continente europeo: cfr. CROSS, Rupert, *Precedent in English Law*, 3.ª ed., Oxford, Clarendon Press, 1977, pp. 26-33.

riables e imprevisibles, sino incluso subjetivas y arbitrarias. No es que no pueda darse tal cosa, pero una observación general de tipo sociológico —y de sentido común— ha de reconocer que esos casos pueden ser cuantitativamente una excepción más o menos esporádica a la regla de que buena parte de las decisiones judiciales tienden a ser en la práctica repetitivas y relativamente previsibles: supuesta una sociedad estable e integrada en conjunto, tiene razón Lawrence Friedman cuando dice que el sistema jurídico «no puede tolerar más que un pequeño número de reyes-filósofos» (20). Ahora bien, sin llegar a los extremos del famoso juez Magnaud, quizá los sistemas jurídicos son capaces de soportar importantes segmentos de variabilidad judicial gracias al mecanismo que la sociología funcionalista ha denominado de «aislamiento» de la observabilidad de los actores sociales (21): aplicado al subsistema judicial, ese mecanismo podría explicar la relativa opacidad entre las distintas conductas profesionales de éstos a pesar del importante grado de control centralizado que supone la posibilidad jurídica de recurrir a tribunales superiores. Es una vez más una cuestión de comprobación y cuantificación, pero puede asumirse genéricamente que no todos los asuntos en los que la decisión de instancia es atípica son efectivamente recurridos. Por lo demás, la uniformidad judicial no está del todo garantizada con la jurisdicción centralizada, bien porque la centralización no sea perfecta, bien porque existan variaciones dentro del mismo tribunal con jurisdicción final.

El punto de vista sociológico puede suministrar un marco general para la discusión sobre la mayor o menor limitación existente en la capacidad creativa de Derecho por vía judicial. La pregunta básica en este punto es qué función cumplen los jueces en una sociedad desarrollada respecto al cambio y la conservación de las pautas de comportamiento vigentes en ella. Si términos como «cambio» y «conservación» se emplean en su significado sociológico, es decir, sin prejuzgar la deseabilidad o indeseabilidad de uno u otro, los dos modelos extremos sobre la función judicial son el del juez-técnico y el del juez-político. En el primer modelo se priman los aspectos conservativos de la función judicial, pues el juez actúa como mero transmisor y ejecutor de decisiones políticas que, vestidas de jurídicas, son ajenas a él. En el segundo modelo se destacan los aspectos transformadores de la labor ju-

(20) Cfr. FRIEDMAN, Lawrence M., *The Legal System. A Social Science Perspective*, New York, Russell Sage Foundation, 1975, trad. italiana, por la que cito, *Il sistema giuridico nella prospettiva delle scienze sociali*, Bologna, Il Mulino, 1978, p. 360.

(21) Cfr. PARSONS, Talcott, *The Social System*, 3.^a ed., New York, The Free Press of Glencoe, 1959, trad. cast., por la que cito, *El sistema social*, 2.^a ed., Madrid, Alianza Ed., 1982, pp. 290-291; así como MERTON, Robert K., *Social Theory and Social Structure*, 3.^a ed., New York, The Free Press, 1968, trad. cast., por la que cito, *Teoría y estructura sociales*, 2.^a ed., México, Fondo de Cultura Económica, 1980, pp. 457-460.

dicial, pues el juez actúa como impulsor y conformador de una nueva realidad social. Y por cierto que cabe insistir en que ni la conservación ni el cambio tienen en principio color ideológico alguno porque, al fin y al cabo, tan lejanos del modelo del juez-técnico han estado los defensores comunistas italianos del uso alternativo del Derecho como cierta literatura española evacuada en discursos semioficiales de la época franquista (22). Por ahora se trata de intentar analizar solamente el modelo de lo que los jueces son y no de lo que deberían ser.

El modelo del juez-técnico destaca la función subordinada de las decisiones judiciales respecto de la actividad política según una visión formalista del Derecho que acentúa el valor ideológico tanto del principio de legalidad como de la seguridad y el cálculo que teóricamente otorgan las reglas de tipo general y abstracto. Este tiende a ser el punto de vista de la sociología funcionalista desde que Max Weber considerara a los jueces del Estado legal-racional como expertos burócratas (23). En este aspecto, la teoría weberiana no es sólo parangonable a la concepción de Kelsen del Derecho como estructura jerarquizada desde las normas más abstractas hasta las más concretas, sino también con la caracterización del juez propia del positivismo jurídico del XIX, en último término procedente de la versión habitual de la teoría de la división de poderes de Montesquieu. Este modelo puede ser una acertada descripción sociológica de parte de la labor judicial, pero no de la otra parte —mayor o menor según los casos— en que las normas generales y abstractas no funcionan como fines dados ante los que el juez sólo debe suministrar técnicamente los medios. Ciertamente, incluso respecto a esa parte en la que no hay criterios preexistentes se puede seguir defendiendo la vigencia del modelo del juez-técnico, pero en este caso se utiliza el término «técnico» no en el sentido preciso de *experto* que aplica medios a fines dados, sino en el más genérico de *profesional* que domina técnicas no accesibles al lego. Cercana a esta última versión puede hallarse la idea de Ronald Dworkin de que los jueces no crean Derecho retroactivamente aunque sean activos en el reconocimiento de deter-

(22) Así, es significativo, entre otros semejantes, el discurso para la apertura de tribunales del año 1972, leído por el entonces presidente del Tribunal Supremo, Francisco Ruiz-Jarabo y Barquero, en donde se delinea en último término un modelo más próximo al del juez-político que al del juez-técnico: «es así, digo, con una jurisprudencia decididamente liberada de la esclavitud del iuspositivismo y del superado dogma de la subsunción lógica, como podremos conseguir que el Derecho, en su más elevado y expresivo sentido, con su fuerza incontenible y vivificadora, constituya el verdadero regulador de la normal convivencia de los ciudadanos...» (*Administración de justicia, desarrollo económico-social y planificación*, Madrid, Secretaría Técnica de la Presidencia del Tribunal Supremo, 1972, p. 85).

(23) Puede verse en castellano un breve desarrollo de esta concepción en WEBER, Max, «Formas racionales e irracionales de administración de justicia», en AUBERT, Vilhelm (ed.), *Sociología del Derecho*, Caracas, Editorial Tiempo Nuevo, 1971, pp. 159-166.

minados derechos morales de los individuos frente al Estado (24). Es posible también que a esta misma versión, aunque desde otros presupuestos, se adhiriera una parte de la magistratura española que no suscribe una imagen totalmente formalista de la función judicial (25).

Por su parte, el modelo del otro extremo, el juez-político, subraya la función autónoma de las decisiones judiciales como ejercicio de un poder social —y político en cuanto que éstas son manifestaciones del aparato estatal— que tiende a modificar los sentidos de las leyes y a influir directamente en la organización de la sociedad. El valor ideológico primado en este modelo es el de la justicia concreta como corrección o revisión de la rigidez o la inadecuación de las leyes abstractas. Pero como la justicia es el valor jurídico más amplio y ambiguo —no en vano el propio «*dura lex sed lex*» es uno de los muchos criterios de justicia— el modelo del juez-político admite tantas versiones como la propia idea de justicia. En lo que el modelo tiene de descriptivo, ha sido defendido por los partidarios de una tópica jurisprudencial o de una hermenéutica existencial que destaca el carácter «sapiencial» de la función judicial frente a la insuficiencia del legalismo y del sistematismo o logicismo jurídico (26). El ideal platónico del filósofo rey y su correspondiente imagen de una justicia racional y objetiva parecen estar detrás de esta entronización del juez como sabio y como político. Por su parte, desde muy diferentes presupuestos ideológicos, el uso alternativo del Derecho ha insistido en el carácter inevitablemente político del Derecho y de su aplicación judicial para proponer una politización comprometida de los jueces en un proceso de extensión de la democracia a espacios hoy

(24) Cfr., respectivamente, DWORKIN, R. M., «Hard Cases», cit. y «Constitutional Cases» (1972), ambos en *Taking...*, cit., cap. 4, § 2.B y cap. 5, §§ 3 y 5.

(25) Es significativo que ya en la encuesta que Toharia hizo a los jueces españoles en 1971-72, más de la mitad de los entrevistados caracterizase al juez ideal por el sentido de la equidad y por la flexibilidad y la capacidad de evaluación de las consecuencias sociales de las interpretaciones judiciales frente a un cinco por ciento que mencionaba el respeto a los aspectos formales; no obstante, en la opinión de los entrevistados sobre el modelo medio del juez español real, el porcentaje bajaba al 33-38 por 100 en los primeros rasgos y subía casi al 20 por 100 en el segundo: cfr. TOHARIA, José-Juan, *El juez español. Un análisis sociológico*, Madrid, Tecnos, 1975, pp. 107 y 115. De todas formas, conviene precisar que al opinar sobre la posible implantación del jurado en España, el 45,2 por 100 de los jueces entrevistados que la veían con desconfianza justificaban su negativa en que «juzgar es una función técnica y no popular» (cfr. *ibidem* p. 217).

(26) En la doctrina jurídica española, siempre más influida por el pensamiento alemán o italiano que por el anglosajón, son bien conocidos los libros de ESSER, J., *Principio y norma...*, cit., y de VIEHWEG, Theodor, *Topik und Jurisprudenz*, München, Beck, 1953, trad. cast. de Díez-Picazo con prólogo de García de Enterría, *Tópico y jurisprudencia*, Madrid, Taurus, 1964; más recientemente —y desde la filosofía del Derecho— viene a situarse en una línea próxima a estos puntos de vista OLLERO, Andrés, *Interpretación del Derecho y positivismo legalista*, Madrid, Edersa, 1982 (ver especialmente, caps. 8 a 15).

por hoy inéditos para ella (27). Aquí la propuesta del juez como político «activo» se relaciona con el ideal del organizador social que asume la imagen de la justicia de clase para la transformación radical de lo dado.

En el límite, tanto el modelo del juez-técnico como el del juez-político son tipos ideales que no sirven para describir adecuadamente los hechos. El modelo del juez-político parece poner los deseos sobre la realidad, pues cuando el término «político» se usa en un sentido preciso para indicar la función de gestión social, las diferencias entre el juez y el político son bien claras en los trazos gruesos: mientras el juez tiende a estar subordinado a criterios que suele tomar como pautas rígidas entre las que elige, el político no está tan sujeto a ese tipo de pautas como a un conjunto de demandas en competencia ante las que actúa como impulsor activo y relativamente libre. Incluso cuando el político resuelve mediante compromiso, su función es más arbitral que judicial. En cambio, el juez no ejerce funciones arbitrales salvo en muy concretos momentos y sectores jurídicos (de los que puede ser ejemplo la actuación del Tribunal Supremo norteamericano frente al «New Deal» de Roosevelt y en buena parte la de nuestro Tribunal Constitucional). En definitiva, las funciones sociales del político y del juez pretenden cubrir respectivamente las diferentes expectativas de globalizar las demandas sociales en un programa amplio de leyes y medidas generales y de responder a diversas demandas concretas e individualizadas a medida que se van presentando (28).

(27) Cfr. AA.VV., *L'uso alternativo del diritto*, a cura di Pietro Barcellona, vol. I, *Scienza giuridica e analisi marxista* y vol. II, *Ortodossia giuridica e pratica politica*, Bari, Laterza, 1973; en la literatura castellana es útil para precisar mi genérica descripción de esta corriente, LÓPEZ CALERA, Nicolás, SAAVEDRA LÓPEZ, Modesto y ANDRÉS IBÁÑEZ, Perfecto, *Sobre el uso alternativo del Derecho*, Valencia, Fernando Torres, Editor, 1978; véanse también en castellano los análisis internos de BARCELONA, Pietro, y COTURRI, Giuseppe, *El Estado y los juristas*, trad. de Juan-Ramón Capella, Barcelona, Ed. Fontanella, 1976, especialmente el cap. II, así como los análisis más externos de TREVES, Renato, *El juez y la sociedad. Una investigación sociológica sobre la administración de justicia en Italia*, escrito preliminar de Elías Díaz, trad. cast. de Francisco J. Laporta y Angel Zaragoza, revisión y anotaciones de Luis Mosquera, Madrid, Edicusa, 1974, cap. VI (este libro tiene además interés para muchos de los temas aquí tocados y muestra una línea de investigaciones sociológicas sobre la administración de justicia que merecería la pena emprender en España).

(28) De esta diferencia sociológica de funciones puede proceder la distinción de Dworkin entre «principles» y «policies», que en su teoría queda transformada en categoría jurídica tajante y básica (cfr. «Hard Cases», cit., en *Taking...*, cit., cap. 4, § 2.A.); con independencia de la justificación de esta teoría como propuesta normativa —que debería probar su posibilidad—, como descripción de lo que los jueces hacen parece demasiado rígida: en un importante libro sobre el tema se aduce como «objeción fundamental» a esta teoría dworkiniana que «su división política del poder es inadecuada para muchos países, notablemente para Inglaterra» (BELL, John, *Policy Arguments in Judicial Decisions*, Oxford, Clarendon Press, 1983, p. 224; por cierto

En esta línea es aceptable la descripción del juez como experto burócrata hecha por Lawrence Friedman, que ha puesto de relieve la falta de legitimación de los jueces, autoasumida por ellos mismos, para introducir cambios jurídicos bruscos de manera autónoma; sin embargo, el sociólogo del Derecho norteamericano no se adhiere a un modelo extremo de juez-técnico, pues tras el reconocimiento de que la legitimidad «primaria» se encuentra en la ley añade que la legitimidad «secundaria» del juez se expresa también a través de fórmulas de razonamiento judicial que siempre dejan márgenes de libertad y creatividad (29). Y es precisamente en esos márgenes en donde se entrecruzan los dos modelos del juez: en su sentido más amplio, el término «político» alude a la implicación social de todo hombre, que en el juez es especialmente relevante por su posición social y porque cuando se enfrenta a exigencias politizadas o no resueltas con anterioridad debe decidir necesariamente —quiera o no quiera— teniendo en cuenta aspectos directamente políticos. En los intersticios del Derecho, en donde las normas abstractas no dan criterios, e incluso cuando sus criterios son rechazables, el juez no puede o no quiere cumplir el modelo dominante en su función de juez-técnico y comienza a realizar el modelo del juez-político.

Ese margen en el que el juez no funciona como técnico coincide con los supuestos de creación judicial del Derecho en sentido fuerte a que antes me referí. No parece fácil cuantificar sociológicamente el grado en el que los jueces actúan más o menos marginalmente como políticos en sus decisiones, pero desde una consideración pragmática —es decir, sociológica— de las características del lenguaje jurídico pueden distinguirse dos supuestos en los que se constata la inexistencia de criterio preexistente (30): a) cuando

que lamento no haber podido utilizar más ampliamente este libro en el texto —ya redactado cuando llega a mis manos—, cuya tesis principal es coincidente con la que aquí mantengo).

(29) Cfr. FRIEDMAN, L. M., *El sistema...*, cit., pp. 389 y ss.; de manera semejante, Bell adopta un modelo de la función judicial que denomina del «interstitial legislator», según el cual los jueces adoptan decisiones políticamente creativas en los casos difíciles, y analiza críticamente el «consensus model» (para el que la función creativa de los jueces se mantiene dentro de los valores mayoritarios en la sociedad) y el «rights model» (el de Dworкин): cfr. BELL, J., *Policy Arguments...*, cit., esp. cap. I-II y VII-IX.

(30) La relevancia del criterio de la inexistencia de pautas jurídicas previas ha sido reconocida por Joseph Raz en un interesante estudio sobre las funciones del Derecho: dentro de la distinción entre funciones sociales directas primarias del Derecho y funciones sociales directas secundarias, incluye en las primeras la de resolver conflictos no regulados (junto a las de prevenir la conducta indeseable, conceder facilidades para los acuerdos privados y suministrar servicios) y en las segundas la de simple aplicación del Derecho (cfr. RAZ, J., «On the Function of Law», en AA.VV., *Oxford Essays in Jurisprudence (Second Series)*, ed. por A. W. B. Simpson, Oxford, Clarendon Press, 1973, pp. 289-297; con una mayor insistencia en la creación judicial de reglas generales o precedentes, este mismo es el criterio de BELL, J., *Policy Arguments...*, cit., cap. I, § B.

se produce un cambio en una interpretación judicial asentada sin que exista variación anterior de las normas relevantes, y b) cuando ha habido una variación normativa y la interpretación judicial resuelve un caso en un sentido inesperado o discutible. En el primer caso estamos ante lo que en sentido estricto se denomina «caso difícil», que puede producirse por variación de las circunstancias sociales y suele justificarse en una multivocidad o insuficiencia del lenguaje jurídico que se toma como punto de partida de la interpretación judicial. Este último aspecto me parece significativo porque en los casos difíciles se aprovechan los defectos potenciales del lenguaje jurídico, estableciendo, por así decirlo, una insuficiencia o multivocidad «sobrevenida». Ello es una característica pragmática de los lenguajes naturales e indica que sólo después del cambio de criterio judicial y no antes puede hablarse con todo rigor de «caso difícil», puesto que la vaguedad, la laguna o la antinomia aparecen como problemas jurídicamente relevantes cuando son reconocidos por un órgano del ordenamiento que los intenta resolver.

En cuanto al segundo supuesto, el de la decisión discutible, plantea el problema de discriminar entre las interpretaciones de normas que se mantienen dentro del significado usual y esperado, que no pueden considerarse creación jurídica en sentido fuerte, y las interpretaciones que se apartan de él. El punto de referencia tradicional para discriminarlos ha venido dado por la distinción entre la interpretación literal y otros tipos de interpretación como la restrictiva, la extensiva, la analógica o la *contra legem*, pero dentro de una concepción realista verbal que presupone la existencia de un significado objetivo y único del lenguaje interpretado. En reacción frente a este punto de vista se ha podido decir que la interpretación *contra legem* no es tanto contraria a la ley como a otra interpretación de la ley (31). En mi opinión, una consideración pragmática del uso del lenguaje jurídico que pueda servir para investigar fácticamente el grado de creación judicial en sentido fuerte debe evitar no sólo el objetivismo realista, sino también el escepticismo absoluto que toma toda interpretación por creación de nuevos significados. Si las insuficiencias y multivocidades del lenguaje jurídico impiden mantener la idea del significado objetivo que serviría para distinguir la aplicación de la creación judicial, tampoco deben exagerarse las dificultades de la comunicación lingüística hasta creer que la existencia de lagunas o de ambigüedades en el Derecho impida decir que hay decisiones judiciales que aplican y se adecúan a criterios abstractos preexistentes: si todo el lenguaje natural fuera insuficiente y multívoco también lo sería el lenguaje en el que se denuncian esas deficiencias y sería imposible comunicar la dificultad de la comunicación. Así pues, desde este enfoque pragmático, el punto de referencia que me parece más útil para contrastar el paso de la aplicación judicial

(31) Cfr. WRÓBLEWSKI, J., «L'interprétation...», cit., p. 69.

a la creación en sentido fuerte es el de la interpretación usual entre la comunidad de los juristas (que no se identifica necesariamente con la interpretación en el lenguaje usual).

Aparte de los anteriores índices, la determinación del grado de creación judicial existente en un ordenamiento jurídico dado puede ser detectada en general mediante otros dos criterios. En primer lugar, el del grado de complejidad normativa, que puede estar relacionado con una acusada complejidad de las actividades sociales —bien por su propia diversidad, bien por la existencia de procesos de cambio social acelerado— o simplemente con aspectos históricos y organizativos del sistema jurídico-político. Así, a diferencia tal vez de la asistematicidad de las leyes en los últimos tiempos del Antiguo Régimen, el actual proceso de «descodificación» que puede observarse en países como Italia y España (32) se debe probablemente no sólo a razones jurídico-políticas, sino también a los factores sociales mencionados. Un segundo criterio indicador de la existencia de decisiones judiciales creativas debe de estar en la conflictividad social y política subyacente a determinados sistemas jurídicos. Aparte del ejemplo típico de la conflictividad sindical, en nuestro país puede ser hoy paradigmático el sector del Derecho constitucional, en donde la inexistencia de interpretaciones precedentes y la conflictividad de algunos temas (derechos y libertades, organización autonómica del Estado) obligan al Tribunal Constitucional a un grado de creación judicial sin precedentes en nuestro Derecho. Ulteriormente, un detector significativo de la conflictividad social global puede ser su reflejo en la propia magistratura, como viene ocurriendo con la tajante división ideológica de los jueces italianos. Estos son ya los confines entre la sociología y la ideología y ellos mismos pueden servir de paso a unas consideraciones conclusivas de carácter normativo.

(32) En Italia ha llamado la atención sobre el fenómeno el civilista Natalino Irti, cuyas agudas observaciones pueden tal vez extenderse a otras ramas jurídicas y países (cfr. *L'età della decodificazione*, cit., esp. cap. I); en España, y para el campo del Derecho penal —sector tradicionalmente codificado y «cientificado» por la dogmática donde los haya, un magistrado siempre atento a los movimientos jurídicos renovadores como Perfecto Andrés Ibáñez ha aludido al mismo fenómeno descodificador (cfr. «Justicia eficaz: qué eficacia y para qué justicia», *Sistema*, n. 53, marzo, 1983, pp. 114-115); por lo demás, en campos como los del Derecho administrativo o laboral ni siquiera puede hablarse con propiedad de «descodificación» cuando no ha habido codificación propiamente dicha. Sin duda la situación de dispersión y de acumulación legislativa es uno de los aspectos más llamativos de los actuales sistemas jurídicos y es improbable que, incluso en un país como el nuestro en el que la Constitución reclama una renovación jurídica consciente, pueda llegar a invertirse esta dirección: aparte de los rasgos sociales que contribuyen a apuntarlo (creciente consumo normativo a demanda de muy diferentes grupos sociales: cfr. IRTI, *L'età...*, cit., pp. 59-73), debe añadirse que la doctrina jurídica no estará en condiciones de ayudar a imprimir un cambio de rumbo en la medida en que siga siendo tributaria de la tradición dogmática construida sobre las categorías de los viejos códigos.

4. ALGUNAS CONSIDERACIONES POLÍTICO-JURÍDICAS

La creatividad judicial del Derecho plantea radicalmente el problema de la politización de las decisiones judiciales y de la ideologización de los jueces. Por decirlo claramente desde el principio, el ideal político desde una óptica democrático-liberal es que los jueces sean en todos los casos técnicos en el sentido estricto de la palabra. En la medida en que los modelos del juez-político son prescriptivos no pueden ocultarse los peligros que encierran. Por un lado, tienden a presuponer una racionalidad pretendidamente objetiva que no procede de la discusión ni de la concurrencia públicas, sino del correspondiente dogma de cada promotor del modelo, desde la salvaguardia de los intereses de la clase universal hasta la confianza en la sabiduría del juez para descubrir la equidad y la justicia de lo concreto. Por otro lado, y en todo caso, quien asuma con todas sus consecuencias el modelo del juez-político debería admitir la elección popular de los jueces —ya no forzosamente «expertos juristas»— y solucionar la quiebra de la división liberal de poderes hasta construir un esquema en el que se resuelvan los conflictos añadidos que la nueva instancia de poder político crearía en sus relaciones con otras instancias también democráticamente elegidas. Ciertamente algunos de estos problemas no dejan de plantearse en menor escala en la medida en que existe un cierto grado de creatividad judicial de Derecho probablemente inevitable. En tal sentido, el modelo del juez-técnico cuenta con unos resortes ideológicos y políticos que conviene analizar con algún detalle. A ese modelo corresponde la imagen constitucional de la independencia y la imparcialidad judiciales, pues al fin y al cabo para que la decisión judicial sea técnica y no política, la función de juzgar ha de encomendarse como misión olímpica —del Olimpo de los dioses más que de los juegos— de estar por encima de las partes, de los conflictos y, en el límite, del bien y del mal.

La ideología de la independencia y la imparcialidad judiciales parece a primera vista contradictoria en sí misma, aunque sólo sea porque el exceso de independencia puede degenerar en irresponsable parcialidad. Ciertamente, en el artículo 117 de nuestra Constitución se hace también una mención a la responsabilidad, pero los principios allí desarrollados son los dos primeros, quizá como tributo a la imagen tradicional de la magistratura en España. De todas formas, la Constitución establece un modelo ideal que no puede suponerse realizado en la práctica judicial y que admite distintas líneas de concreción legislativa en el futuro. Mi intención fundamental en las páginas que siguen es reflexionar sobre la imagen de la magistratura más desde la realidad terrenal que desde el deber jurídico, haciendo algunas indicaciones político-jurídicas que tal vez puedan servir para hacer compatibles los

principios de independencia e imparcialidad judiciales y para ir transformando nuestra realidad judicial. Y por cierto que aunque aquí me ocupo sobre todo de los valores políticos que están o deben estar detrás de la organización y funcionamiento de la magistratura y de algunos de los riesgos que conlleva una inadecuada articulación de esos valores, no ha de olvidarse en absoluto que el más grave problema de nuestra Administración de Justicia está en la insuficiencia de los medios humanos y materiales, que fomenta dos lacras típicas: la corrupción de parte del personal administrativo —de la que el ejemplo más sonoro es el secreto a voces de la «astilla»— y el alto grado de inaplicación judicial del Derecho, que es manifiesto por los numerosos arreglos extrajudiciales de conflictos, por la utilización de los lentos y poco flexibles procesos como vías de crédito barato y hasta por el endémico mal de la diferente justicia para ricos y pobres (33).

La independencia judicial se expresa en dos notas habitualmente atribuidas a la magistratura: la apoliticidad y la inamovilidad. La apoliticidad es sin lugar a dudas una pretensión ideológica imposible de realizar a la letra, pues salvo que escindamos al juez en una parte humana y otra profesional será difícil encontrar verdaderos desinteresados de las cosas públicas, que es el significado más general de lo político. Si acaso, el peligro está en que el juez sea —como decía un chiste, creo que de Mingote— «apolítico de derechas». La tendencia a la apoliticidad tiende a conseguirse en sistemas jurídicos de organización judicial napoleónica como el nuestro tanto por las condiciones de nombramiento como por las condiciones de permanencia en la función judicial. Entre las condiciones de nombramiento, el procedimiento de selección típicamente burocrático es la selección por oposición entre personas recién graduadas, y entre las condiciones de permanencia figuran en lugar prominente las incompatibilidades profesionales y las prohibiciones de afiliación partidista y sindical. Sin embargo, ambas condiciones ofrecen todo lo más una garantía negativa de independencia: aparte de disfunciones como el espíritu de cuerpo y la tendencia al aislamiento social y la endogamia ideológica, lo que de esas condiciones parece surgir en la realidad es un juez más apartidista que apolítico y tendencialmente conformista. Si esto es así, el juez no es independiente del *status quo* presente o

(33) Por apuntar algunas reformas posibles, la corrupción (en la que indudablemente participan procuradores y abogados) quedaría limitada con un simple registro único y fiable de cada escrito; la ineficacia judicial, aparte del aumento de medios humanos y materiales —entre los que la informática no puede seguir siendo una desconocida quizá más temida que bella—, hace precisa una reforma legislativa que unifique y simplifique procedimientos; en cuanto a la diferencia en el trato a ricos y pobres, las obvias dificultades estructurales no deben impedir denunciar la actual inadecuación del código penal y, sobre todo en materias no penales, el sucedáneo de institución caritativa que viene a ser el beneficio de pobreza y su contrapartida en el turno de oficio, ocasión para jóvenes abogados de hacer sus primeras y mal pagadas armas.

—lo que en nuestro país sería peor— del inmediatamente anterior. Merecería la pena estudiar hasta qué punto los sistemas de ascenso a golpes de escalafón no fomentan en exceso el conservadurismo típico de todas las gerontocracias (34).

En cuanto a la otra nota que caracteriza a la independencia judicial, la inamovilidad, se trata de un valor común a la mayoría de los sistemas jurídicos, pero que puede salvaguardarse por distintas vías, desde el nombramiento vitalicio del mundo anglosajón hasta la regulación legal minuciosa de la carrera judicial en otros sistemas. En el nuestro, a la regulación legal se añade la autonomía del propio poder judicial para la aplicación de nombramientos, ascensos, traslados, etc., en los que prima el principio de la aceptación voluntaria por parte del juez. Sin embargo, estas garantías independizan a la magistratura del parlamento y —lo que ha sido históricamente más importante— del gobierno, pero en absoluto de las pautas del propio poder judicial. Esto puede parecer una perogrullada, pero el poder judicial, así, puede tender a actuar como grupo social autónomo y cerrado: y el riesgo de este tipo de grupos está en su separación de la sociedad, lo que adquiere especial gravedad si tienen notable poder. En suma, nunca debe olvidarse que la autonomía puede degenerar en corporativismo.

Las vías de contrapeso de los anteriores posibles inconvenientes procedentes del exceso de independencia son fundamentalmente dos: la libre crítica y el pluralismo interno. Es casi innecesario fundamentar el derecho a la libre crítica de las decisiones y actuaciones judiciales por parte de la opinión pública —no sólo pero también a través de la prensa—; más bien merece destacarse que este contrapeso choca a su vez con la dificultad de que las extralimitaciones en la libertad de expresión son juzgadas en este caso por alguien muy próximo a la víctima. En cuanto a la apertura al pluralismo ideológico y social, es obtenible mediante un diferente control de los sistemas de acceso a la carrera judicial: por un lado, a través de una ampliación hacia fórmulas de entrada no exclusivamente cooptativas y burocráticas, como la designación parcial por órganos democráticos ajenos al poder judicial de entre personas competentes, según ocurre para el Tribunal Constitucional; por otro lado, mediante una reforma profunda del actual sistema de oposiciones que permita evaluar más la capacidad intelectual y humana que la puramente memorística, por ejemplo

(34) Sobre la influencia de la ideología y de la clase en la administración de justicia, puede verse en castellano un valioso resumen de aproximaciones sociológicas en TREVES, Renato, *Introducción a la sociología del Derecho*, trad. cast. de M. Atienza, Madrid, Taurus, 1976 (ed. orig., 1977), cap. XI, §§ 1-3; coincide casi siempre con mis anotaciones críticas PECES-BARBA, Gregorio, *La Constitución española de 1978. Un estudio de Derecho y política*, en colaboración con Luis Prieto Sanchís, Valencia, Fernando Torres Ed., 1981, pp. 161-164.

introduciendo el sistema de prácticas a prueba antes del primer nombramiento (35).

En cuanto a la imparcialidad judicial, que se supone viene también garantizada por la independencia, consiste básicamente en el exclusivo sometimiento de las decisiones judiciales a la verdad de los hechos y al «imperio de la ley» y en la correspondiente responsabilidad jurídica en caso contrario. Los problemas que plantea la realización concreta del valor de la imparcialidad son diversos. En primer término, como he intentado mostrar páginas atrás, la posible insuficiencia y multivocidad del lenguaje jurídico significa que las interpretaciones del Derecho pueden resultar sesgadas, consciente o inconscientemente, por la procedencia y pertenencia social de los jueces, así como por sus referentes culturales. En segundo lugar, la apreciación de los hechos, gracias al sistema de libre valoración de la prueba, puede ser modificada en casos límite, por ejemplo para soslayar una norma que parece demasiado rigurosa y hasta injusta o para aplicar a toda costa una norma ante hechos realmente no probados (36). Por fin, la exigencia de responsabilidad de los jueces, que en el límite es de carácter criminal —por ejemplo, por delito de prevaricación, casi inédito en nuestro país—, se realiza por los propios jueces, dándose el malhadado caso de que la corporación pueda sentirse «juez y parte».

Estos riesgos son difícilmente conjurables en la práctica, pero hay algunas técnicas que podrían ayudar a limitarlos, desde la apertura al pluralismo ideológico que antes citaba hasta la centralización en un tribunal no procedente sólo de la «carrera» de la revisión interpretativa de los casos difíciles y discutibles y del enjuiciamiento de las infracciones de los jueces: en tal sentido es un paso inicial y positivo el actual control del Tribunal Constitucional sobre las decisiones judiciales en materia de derechos fundamentales y libertades públicas (37). Así mismo, la veracidad

(35) Sobre la importancia de los sistemas de nombramiento de los jueces ha llamado la atención recientemente BELL, J., *Policy Arguments...*, cit., cap. X, § D; cfr. también PECES-BARBA, G., *La Constitución...*, cit., pp. 161-162, en donde se defiende en general el sistema de oposición o concurso-oposición aunque con algunas matizaciones: de todas formas, no me parece inútil precisar que la aplicación a la administración judicial del artículo 103-3 de nuestra Constitución (que se encuentra en el título dedicado al gobierno y la administración y que dice que el acceso a la función pública debe sujetarse a «los principios de mérito y capacidad») sería meramente analógica y plausiblemente menos legítima que la aplicación también analógica del principio de designación entre personas competentes establecido en el artículo 159-2 para el Tribunal Constitucional; en todo caso, ni siquiera el artículo 103-3 obliga a mantener los sistemas de oposiciones tal y como hoy funcionan.

(36) Andrés Ollero ha escrito que «(e)l juez, para servir a la justicia, se ve obligado en ocasiones a falsear los hechos...» (*Interpretación...*, cit., p. 160), pero no puede excluirse *a priori* que —más por la dureza que produce todo hábito profesional que por venalidad— las razones de tal hecho puedan ser otras.

(37) Estoy de acuerdo en que hubiera sido deseable que la Constitución

de los hechos —que ahora tiende a ser controlada mediante la atribución de competencia a tribunales pluripersonales en asuntos importantes— puede ser cuidada a través de la institución del jurado, que ofrece además la ventaja de conectar a la administración de justicia y al pueblo (38). En fin, sería más funcional a la organización de la justicia, incluso como medio de «inspección», que el Ministerio fiscal no se seleccionara por vías similares a las de la magistratura y que —en contra de nuestra tradición y en favor de la anglosajona— dependiera en mayor grado del gobierno que de sus propios órganos autónomos (39).

Concluyendo ya, propuestas como las anteriores —u otras similares o alternativas a debatir— podrían ayudar a limitar los riesgos de las decisiones judiciales que no son meramente técnicas. Ciertamente, en último término la actuación democrática del poder judicial dentro del campo de las decisiones políticas es un problema de responsabilidad en el uso de la libertad que al fin y al cabo reproduce la pregunta última y eterna del *quis custodiet custodes*. En todo caso, tal vez sea útil haber intentado poner de

hubiera previsto expresamente la posibilidad de control de constitucionalidad de la jurisprudencia de los tribunales con jurisdicción final (cfr. en tal sentido PECES-BARBA, *La Constitución...*, cit., pp. 160 y 221-228); sin embargo, este «importante error» quizá no sea tan grave: por un lado, porque en una eventual reforma de la ley orgánica del tribunal constitucional queda abierta la introducción de tal control por la vía de interpretar que tal jurisprudencia contiene «disposiciones normativas con fuerza de ley» que pueden ser recurridas en interés de la Constitución (ver art. 161-1 a) de la Constitución); por otro lado, la actual regulación no impide el control de cualquier decisión judicial respecto de la parte políticamente más importante de nuestra norma superior, es decir, los derechos fundamentales y las libertades públicas, cuya interpretación judicial es revisable por medio del recurso de amparo, que permite un control general «a posteriori» de la jurisprudencia en tales materias. Más todavía, el apartamiento palmario sobre lo decidido en una sola interpretación del tribunal constitucional podría dar lugar a proceder por prevaricación.

(38) Sobre el tema pueden verse las interesantes observaciones de ТОХАРИА, J. J., *El juez español...*, cit., pp. 137-146.

(39) Por cierto que una reforma legislativa que cambiara nuestra tradición en este punto no sería, en mi opinión, contraria al artículo 124 de la Constitución, que establece expresamente el nombramiento del fiscal general del Estado como cargo de la confianza del gobierno; por lo demás, la autonomía del ministerio fiscal también puede degenerar en un corporativismo en absoluto justificado en el argumento constitucional de que los fiscales tienen como una de sus misiones fundamentales la defensa de la legalidad: en el límite, la utilización en este contexto de tal argumento parece presuponer que el gobierno puede prescindir de tal misión y olvida que si así ocurriera, todo funcionario, incluido el ministerio fiscal, estaría obligado a desobedecer (art. 9-1 de la Constitución); en cuanto a las posibles diferencias de criterio en la interpretación de la legalidad entre el gobierno y la fiscalía desde una óptica democrático-liberal no acierto a ver que sea preferible el punto de vista de unos profesionales que son seleccionados sin control democrático alguno frente al punto de vista del gobierno salido de un parlamento elegido popularmente; por fin, la dependencia del gobierno podría también ser funcional para un proceso penal realmente acusatorio en el que las dos partes, el acusado y la sociedad, estén en un plano de igualdad.

relieve que la alternativa entre creación y aplicación judicial no es tan tajante como sugiere la historia doctrinal del problema. La realidad de la disputa procede sin duda de la propia dificultad de establecer dónde acaba el modelo del juez-técnico y dónde comienza a funcionar el modelo del juez-político; y es posible que la falta de matización y el exceso de insistencia en uno solo de los dos modelos se deba también a razones ideológicas. La ideología está tan imbricada en este problema que hasta la mera descripción no deja de afectar a la realidad: así, por el mismo fenómeno por el que las profecías tienden o a autocumplirse o a autorrefutarse, bien podría ocurrir que la insistencia aparente y meramente objetiva en la creatividad judicial fomentara tanto una mayor libertad de los jueces como una mayor responsabilidad, del mismo modo que la insistencia contraria podría fomentar tanto la contención judicial y el legalismo como el encubrimiento ideológico de creaciones jurídicas irresponsables. Pero el teórico cumple con decir su verdad, que aquí ha sido que los jueces *pueden* ser políticamente muy creativos a la vez que *deberían* ser lo menos creativos que fuera posible. Entre uno y otro cabo se encuentran muy difíciles equilibrios jurídicos y sociales, algunos de los cuales he intentado apuntar someramente.

(Octubre 1983)

ALFONSO RUIZ MIGUEL