RELATIVISMO ETICO Y DISCRECIONALIDAD JUDICIAL

[ETHICAL RELATIVISM AND JUDICIAL DISCRETION]

Luis MARTÍNEZ-ROLDÁN

Sumario: 1. Objetivismo y relativismo filosófico, 2. La difícil profesión del juez, 3. De la objetividad de la ley a "la objetividad del derecho o a la subjetividad de los jueces", 4. El juez y la ley, 5. El Derecho en cuanto realidad objetiva, 6. El Derecho en cuanto realidad subjetiva, 6.1. Primera variante: Los jueces crean derecho cuando se alejan del significado "natural" de los textos normativos, 6.2. Segunda variante: El juez solamente crea derecho cuando crea la norma general, 6.3. Tercera variante: El Derecho es un conjunto de normas generales e individuales y los jueces crean Derecho porque crean normas individuales, 6.4. Cuarta variante: Los jueces decidiendo el significado de los textos normativos crean todo el Derecho, 7. Reflexión final.

Contents: 1. Philosophical objectivism and relativism, 2. Being a judge: a difficult profession, 3. Legal objectivity and "The objectivity of Law or the subjectivity of judges", 4. Judges and laws, 5. Laws as an objective reality, 6. Laws as a subjective reality, 6.1. First variant: Judges make Laws when they distance themselves from normative texts' "natural" meaning, 6.2. Second variant: Judges only create Laws when creating the general norm, 6.3. Third variant: Laws are general and individual norms are whole and judges create Laws because they create individual norms, 6.4. Fourth variant: judges, when deciding a normative text's meaning create laws, 7. A final reflection.

1. OBJETIVISMO Y RELATIVISMO FILOSÓFICO

El absolutismo filosófico viene defendiendo la existencia de una realidad absoluta, objetiva e independiente del conocimiento humano, de tal manera que éste solamente será verdadero cuando se adapte perfectamente a esa realidad. Se trataría de la idea de verdad como correspondencia o como *"adequatio rei et intellectus"*.

Por el contrario, según el relativismo la realidad solo existe dentro de los límites del conocimiento, es decir, que la realidad como objeto de conocimiento depende del sujeto cognoscente. De tal manera que el hombre con su lenguaje, con sus conceptos y con sus sentimientos configura ese

mundo en el que vive y que pretende conocer. Así el conocimiento no solo es receptor de lo real, sino también su constructor.

No creo que esta contraposición entre "objetividad" y "subjetividad" sea excluyente, y tal vez por eso, si no concretamos o matizamos, es muy difícil inclinarse hacia uno u otro lado; y hasta pienso que ambas posturas son perfectamente compatibles. Es perfectamente compatible la existencia de una realidad que objetivamente es de una determinada manera, con "mi realidad" que es la que yo he podido llegar a captar con esa red de categorías lógicas y no tan lógicas de las que dispongo, y que es la única realidad que cuenta para mi y en la que yo he de desarrollar mi vida.

Esto que acabo de decir es absolutamente cierto en un mundo empírico o material y sería más discutible en un mundo ético o valorativo. En el mundo empírico independientemente de la configuración de la "realidad subjetiva" –que, insisto, es la única que existe para mí– hay una "realidad objetiva" que es muy tozuda y que, en la mayoría de los casos, terminará imponiéndose. Esta realidad servirá como criterio de verdad o de falsedad de nuestros juicios o proposiciones. La cuestión es si en el mundo ético o valorativo ¿existe esa "realidad objetiva" o solamente hay "pura subjetividad"?

Kelsen, que se declara relativista, dice que el relativismo filosófico "insiste en separar claramente la realidad y el valor, y establece una diferencia entre proposiciones acerca de la realidad y juicios de valor auténticos, que no se basan, en último término, en el conocimiento racional de la realidad, sino en las fuerzas emotivas de la conciencia humana, en los deseos y temores humanos. Los juicios de valor solo se refieren a valores relativos"[1].

Kelsen aplaude el lado positivo del relativismo que, efectivamente, no es irracionalidad ni arbitrariedad sino interés por conseguir la verdad, y a la vez también es conciencia de la limitación humana en esa búsqueda de la verdad, de ahí la idea fundamental que late en todo el relativismo, que es la tolerancia y por consiguiente la pluralidad. Pero no condena, como tampoco lo hacen Ross, Vernengo u Oppenheim[2], entre otros, el lado negativo al mantener la no veracidad racional de los juicios de valor, y la

1. KELSEN, H. *¿Qué es la justicia?,* Ariel, Barcelona, 1992, p. 115.

2. Vid. VERNENGO, R. J., "Problemas abiertos en la Filosofía del Derecho", en la Revista *Doxa,* 1 (1984), pp. 253 y ss.; y OPPENHEIM, F. E., voz <justicia>, en BOBBIO/MATTEUCCI, *Diccionario de Política*, Siglo XX, Madrid, 1982, pp. 875 y ss.; y ROSS, A., *Sobre el Derecho y la Justicia,* Editorial Universitaria de Buenos Aires, 1994, pp. 267 y ss.

imposibilidad de demostrar en este plano que algo es más válido o más invalido que su contrario.

Yo no comparto este irracionalismo valorativo y, en contra de aquel principio, incuestionable para algunos, como por ejemplo para Kelsen, de separación lógica entre el "ser" y el "deber ser", pienso que la "realidad objetiva" puede servir a la inteligencia para descubrir la "objetividad" del mundo de los valores. Aunque también es cierto que en la realidad valorativa hay un nivel básico y fundamental de objetividad y otro nivel más inseguro, más discutible, más subjetivo o más relativo; por eso estoy de acuerdo con quienes entienden que en este tema todo esfuerzo está justificado y toda cautela será siempre poca[3].

El conocimiento de la realidad objetiva me sirve para saber qué es lo que favorece y qué es lo que perjudica a esa realidad, en definitiva me sirve para saber qué es lo bueno y qué es lo malo para esa realidad. De tal manera que si yo quiero mantener esa realidad en circunstancias óptimas deberé conseguir todo aquello que la favorece. Una "objetividad" me lleva a otra "objetividad".

No creo que incurramos en ningún tipo de falacia o de petición de principio, ya que si descubrimos la realidad de la persona humana en cuanto ser autónomo, con toda la dignidad que le es inherente derivada de la racionalidad y de la libertad, entonces descubriremos la bondad y la objetividad de todos aquellos valores que benefician su desarrollo como pueden ser el valor de la vida, el valor del honor y de la intimidad, el valor de la autonomía, etc. y en definitiva todos aquellos valores básicos y fundamentales que vienen recogidos en nuestra Constitución.

Ese "descubrir" es algo histórico y como tal está fundamentado sobre el desarrollo del ser, del pensar y del valorar de la persona, que de forma en gran medida consensuada o intersubjetiva nos sirve para la interpretación que entendemos objetiva de la realidad. Pero por mucho que ese "descubrir" esté incardinado en unas coordenadas históricas no quiere decir que se convierta en un "construir" con dependencia directa del sujeto cognoscente.

El problema no es tanto el discutir la confirmación y la objetividad de esos valores que cada sociedad recoge en su Constitución o en sus leyes, el problema está en esa otra zona o nivel, al que hemos hecho referencia, que es más indeterminada, más incierta o, como diría Hart, que se halla en una

3. Cfr. DÍAZ, E., *Sociología y Filosofía del Derecho,* Taurus, Madrid, 1992, pp. 38-39.

zona de penumbra, donde ya no prima tanto la seguridad como la equidad y la justicia. Esta zona vendría constituida por aquellos aspectos que no son determinados ni determinables de forma objetiva y que precisan una valoración subjetiva del interprete tanto a la hora de dotar de contenido material a ciertos principios o criterios valorativos, como a la hora de fijar la dimensión intencional o finalista de la conducta y del supuesto de hecho de la norma y su sentido actual de justicia.

Este es el campo principal de actuación del derecho, en el que la dificultad es mayor y donde todo parece más inseguro y más discutible. Y es en esta zona donde cobra total sentido la figura del juez, como persona institucionalmente legitimada y obligada a decidir, y es donde también cobra perfecto sentido la interpretación en su dimensión más propia, es decir, menos técnica y más ideológico-valorativa.

Esta es la problemática del juez, ya que, como señala Taruffo[4], "la identificación de la 'premisa de derecho' de la decisión es con frecuencia una operación compleja en la que el juez realiza elecciones hermenéuticas orientadas por cánones interpretativos pero también realiza juicios de valor de naturaleza diversa sobre la base de opciones éticas, políticas, económicas e, incluso en ocasiones, estéticas, a partir de su propia percepción de los problemas individuales y sociales. En esta operación el juez dispone de un poder discrecional muy amplio".

Es aquí donde cobra sentido ese concepto tan fundamental en la aplicación del derecho que es la discrecionalidad judicial. Pero debemos tener en cuenta que esta discrecionalidad tampoco es irracionalidad ni arbitrariedad, es simplemente la libertad que tiene el juez para elegir entre diferentes opciones, todas ellas válidas dentro del marco de la norma[5], o la libertad de poder crear una norma en ausencia de la misma, o incluso la libertad de poder decidir en contra de lo dispuesto en la norma.

En cualquier caso la decisión debe ser racional y de alguna forma controlable desde unos criterios valorativos que el juez ha de explicitar, aunque no cabe duda que en la decisión parece que se añade a la objetividad de la norma un elemento de relativismo y de subjetividad importante. Relativismo y subjetivismo que nos llevan a un pluralismo decisional al que de alguna forma venimos acostumbrados, pues vemos normal que en el

4. TARUFFO, M., "Jueces y política: de la subordinación a la dialéctica", recogido en *Isonomia*, 22 (abril 2005), pp. 14-15.

5. Vid. LIFANTE VIDAL, I., "Dos conceptos de discrecionalidad jurídica", en *Doxa,* 25 (2002), pp. 413-439.

abierto proceso judicial haya fallos distintos sobre un mismo caso. Disparidad que no desaparece por imposición de la objetividad recogida en la norma, sino por la imposición de la voluntad jerárquicamente superior que pone fin al proceso y convierte el problema en "*res iudicata*", sin que eso signifique que esa voluntad sea irracional.

No obstante esta subjetividad se vería muy aminorada si el juez tuviera en cuenta que a la hora de decidir no debe ser interprete de su propia conciencia, ni de la conciencia de ninguna persona en concreto por muy especialista que pueda ser en una determinada disciplina como puede ser la Etica[6], sino que ha de ajustarse a la conciencia mayoritaria de la sociedad, o *por lo menos de esa franja de la sociedad que tiene al derecho como común forma de vida*; y ello no solo porque el ordenamiento jurídico le obliga a tener en cuenta la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas las normas, sino porque esta aceptación intersubjetiva de la que nos habla Popper tal vez sea *el único indicio de racionalidad en cuestiones tan problemáticas y difíciles.*

2. La difícil profesión de juez

En cualquier caso, para esta compleja función se necesitan profesionales muy cualificados que sean capaces de transmitir seguridad y confianza al ciudadano. Hoy día a nadie le extraña que se diga que la sociedad tiene una gran desconfianza en los jueces; basta escuchar o leer los distintos medios de comunicación para darse cuenta de que algunos jueces no gozan de la honestidad, ni de la prudencia, ni de la preparación científica o técnica, ni de un conjunto de valores necesarios para aplicar correctamente el Derecho. Esta es una de las causas, aunque hay otras muchas y más importantes, por las que uno de cada dos españoles opinan que la justicia funciona mal. Aunque también hay que decir de forma muy clara que la valoración que hacen quienes han utilizado la justicia es bastante más favorable que la imagen que de ella tiene la población general. Y sobre todo conviene seña-

6. Hace unos años la Audiencia Nacional admitió, a propuesta de la defensa del Sr. Reizabal, un informe pericial elaborado por un especialista en ética –el catedrático Javier Sádaba– en el que se dictaminaba a cerca de la corrección ética y moral de la conducta del Sr. Reizabal que había mediado con ETA para el pago del "impuesto revolucionario" por parte del empresario extorsionado Miguel Jaureguiberri. Informe que yo analice en un breve artículo titulado "Los jueces y la ética", recogido en la Revista *Tribuna Jurídica,* 2 (Oviedo 1993), pp. 23 y ss.

lar que dos de cada tres españoles entienden que "con todos sus defectos e imperfecciones la justicia constituye la garantía última de defensa de la democracia y de las libertades"[7].

Pero aún admitiendo todo esto, también es muy cierto que no hay confianza en la judicatura, y que no es muy buena la imagen que hoy tienen los ciudadanos acerca de los jueces. Tal vez por ello, aunque no solo, nuestra Constitución en su artículo 120.3 dice que "las sentencias serán siempre motivadas y se pronunciarán en audiencia pública".

Posiblemente el listón con el que medimos la figura del juez esté muy alto y sea muy exigente. Según MacCormick[8] son muchas las virtudes que han de adornar la figura de un buen juez: conocimiento del derecho vigente, capacidad argumentativa, buen juicio, perspicacia, prudencia, altura de miras, sentido de la justicia, humanidad, compasión, valentía etc. Y hasta, como le sucede al profesor Atienza comentando el pensamiento de MacCormick, se nos podían ocurrir algunas más para cerrar el retrato de ese juez imparcial, competente y honorable[9].

Es totalmente cierto que en cualquier época o circunstancia la sociedad espera y exige del juez el comportamiento más exquisito y correcto tanto en el plano jurídico como en el plano ético o en el plano humano y social, pues en definitiva es quien ha de administrar justicia.

Soy consciente de que es muy difícil llegar a alcanzar ese modelo de juez que todos deseamos, pero tampoco creo que sea conveniente mitificar la figura del juez hasta llegar a deshumanizarla y sobre todo a divinizarla. En este sentido, dudo de la conveniencia de hacer un retrato robot del juez a base de estigmatizaciones sociales que convierten en culturalmente inaceptables para la judicatura a quienes tienen una "vida sexual no ortodoxa", a la "jueza bailanta", al "juez homosexual", y hasta "el juez que se tiñe el pelo" etc. Por todo ello no comparto la pretensión de Calamandrei y de algunos otros, pues aunque el juez, en todo caso, tiene que ser y parecer un ejemplo de virtud[10], sin embargo no es fácil analizar las interrelaciones

7. TOHARIA CORTÉS, J. J., *La justicia ante el espejo: 25 años de estudio de opinión del CGPJ,* Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2005, p. 58.

8. MACCORMICK, N., *Legal Reasoning and legal Theory,* Oxford Ubiversity Press, 1978.

9. Cfr. ATIENZA, M., "Virtudes judiciales, sobre la selección y formación de los jueces en el Estado de Derecho", recogido en el libro de CARBONELL, M. y otros, *Jueces y Derecho. Problemas Contemporáneos,* Editorial Porrua, Mexico, 2004, p. 21.

10. Cfr. CALAMANDREI, P., *Elogio de los jueces escrito por un abogado,* Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1956, pp. 261-262 y 302 y ss. Y cfr. MALEM SEÑA, J. F. "¿Pueden las malas personas ser buenos jueces?", recogido en la obra compilada por CARBONELL,

entre "vida privada" y "función judicial". Por un lado los jueces toman decisiones importantes para la sociedad, y por ello los individuos "tienen derecho a saber si padecen alguna enfermedad invalidante, si consumen algún tipo de drogas, si las amistades que frecuentan pueden significar un obstáculo para el desempeño de sus funciones o si su ideología afectará a su juicio de un modo acusado. Tienen derecho a saber, en fin, en manos de quien están depositadas sus vidas y sus haciendas"[11]. Pero, por otro lado, también es cierto que "el juez, como cualquier otro funcionario público, es también un ciudadano, y que el desvelamiento de su intimidad ha de ser lo menos invasivo posible, dejando intocadas aquellas áreas de privacidad que carecen de significación para la función pública"[12].

Sin embargo, y a pesar de lo difícil que es alcanzar ese modelo de juez, y a pesar de la desconfianza que los jueces vienen generando, llama la atención que, por experiencias legislativas desagradables que nos ha tocado vivir, hoy día nos hayamos ido alejando de la objetividad de la ley y hayamos depositado todo el derecho en manos de la subjetividad de sus Señorías, dando lugar al fenómeno del denominado "protagonismo judicial", que convierte al juez en único garante del derecho justo.

Esta concepción señala el abandono consumado del positivismo legalista y la pérdida de la creencia en la omnipotencia del legislador estatal. Atrás quedan aquellos tiempos en los que mediante la ley se pretendía introducir un importante factor de racionalidad en los fallos judiciales y se buscaba eliminar el arbitrio incontrolable que caracterizaba a muchas decisiones judiciales. Hoy día, por el contrario, se pretende eliminar la irracionalidad y la injusticia de la ley acudiendo a los jueces. Parece que es posible anular normas que son consideradas moralmente injustas, y parece que es posible proceder como si esas leyes nunca hubieran existido.

Señal de que los jueces son mejores, es decir, ofrecen más confianza que las leyes, y señal de que las leyes, que en ocasiones pueden ser muy malas, pueden ser corregidas mediante la acción de los jueces.

Para algunos este protagonismo judicial de los últimos años es visto como una especie de "gobierno de los jueces" o como una "politización de

M. y otros, *Jueces y Derecho. Problemas Contemporaneos,* Editorial Porrua, Mexico, 2004, pp. 31-56.

11. MALEM SEÑA, J. F., "La vida privada de los jueces" recogido en MALEM, J., OROZCO, J., y VAZQUEZ, R., *La función judicial. Etica y Democracia,* Gedisa, Barcelona, 2003, p. 164.

12. MALEM SEÑA, J. F., "La vida privada de los jueces", *op. cit.,* p. 168.

la justicia"; para otros es más bien el soporte de la democracia representativa y un elemento corrector de los demás poderes constitucionales.

No cabe duda de que estar en manos de la ley o estar en manos de los jueces tiene sus pros y sus contras y eso es precisamente lo que quiero analizar brevemente en este trabajo.

3. De la objetividad de la ley a "la objetividad del derecho o a la subjetividad de los jueces"

La Revolución Francesa, revolución de la burguesía, marca el fin del antiguo régimen absolutista y el comienzo del Estado de Derecho con la instauración de los regímenes liberales que intentan poner en práctica los ideales de la Ilustración. Las notas definitorias de todo Estado de Derecho han sido el imperio de la ley (como expresión de la voluntad general), la separación de poderes (legislativo, ejecutivo y judicial), la legalidad de la administración, y sobre todo la protección y garantía de los Derechos Fundamentales.

La ley se erige en el centro de toda la vida política y social. Todo el poder gira en torno a la ley, la ley es el criterio objetivo de racionalidad, de bondad y de justicia. La ley nos proporciona el valor más importante en sociedad: la seguridad. Se desconfía de todo menos de la ley. Y la mayor garantía es que todos (el Poder, la Administración, los jueces etc.) se sometan a la ley, pues, según Voltaire, la libertad consiste en depender tan solo de la ley. La ley debe ser abstracta y general, pero única, sencilla y fácil. La ley es objetiva y los jueces son los primeros servidores y esclavos de la ley y deben limitarse a aplicar las leyes de forma lógico-matemática y neutra.

Actualmente las cosas han cambiado: la ley ya no siempre es racional, buena y justa. Sigue teniendo un gran poder pero, en ciertos casos, para mal, pues en determinados momentos históricos ha sido crasamente injusta atentando a la moralidad más elemental del individuo y de la sociedad. En el mejor de los casos hoy día la ley es un acto de conformación política, planteada a corto plazo y negociada en el conflicto contrapuesto de intereses. La confianza que antes nos brindaba se ha convertido en verdadera desconfianza.

Por otra parte se ha hecho evidente que el juez nunca se ha correspondido con esa imagen que nos daba Montesquieu, que lo entendía como mera boca que pronuncia las palabras de la ley, mediante un mecanismo

de pura subsunción lógica y neutra, sino que el juez tiene un papel mucho más activo.

Debido a esa desconfianza frente a la ley, se cambia de la *"objetividad de la ley"* a la *"objetividad del Derecho"*, que ya no se identifica con la ley, sino con la justicia, y quien ha de realizar esa justicia, incluso en contra de la ley, es el juez. Pero el derecho en su integridad sigue siendo objetivo y sigue proporcionando, como mantiene Dworkin, una única solución correcta a cada caso, y efectivamente quien tiene que encontrar esa solución es el juez.

Quien no defienda esa objetividad del derecho, quien no participe de esa "respuesta única" para cada caso, puede entender que la desconfianza en la ley nos puede llevar a la *subjetividad del juez*. Así se puede entender a Ernest Forsthoff cuando nos dice que "hoy es el propio juez quien decide apoyándose en el derecho, sobre cuando está el mismo sujeto a la ley y cuando deja de estarlo"[13]. Se ha ido pasando del Estado de Derecho (Estado de la ley) al Estado Judicial (título del libro aparecido en 1957 del jurista austriaco René Marcic), o del Estado de Derecho al Estado de la justicia (en palabras de Ernest Forsthoff).

En cualquier caso este es el tránsito producido por la experiencia histórica entre la Constitución de Weimar de 1919, según la cual "los derechos fundamentales valían en el ámbito de la ley" y la ley fundamental de Bonn de mayo de 1949 en la que "las leyes solo valen en el ámbito de los derechos fundamentales".

En esta misma línea hay que situar el artículo 103 de nuestra Constitución que dice "La Administración pública sirve con objetividad los intereses generales y actúa de acuerdo con los principios de eficacia, jerarquía, descentralización, desconcentración y coordinación, con sometimiento pleno a la ley y al Derecho".

La Ley Fundamental de Bonn y nuestras Constituciones otorgan el papel de control de la ley al Juez, frente a los otros dos llamados poderes del Estado: el legislativo y el ejecutivo. La función de control sufre un extraordinario aumento, y este aumento de la función de control significa un incremento acentuado del poder del juez y, necesariamente, una disminución proporcional del poder legislativo y del ejecutivo. De esta forma se reconoce la competencia de todos los tribunales para un control material de las leyes con arreglo a la Constitución.

13. Citado por BACHOF, O., *Jueces y Constitución,* Taurus, Madrid, 1963, p. 16.

Así las cosas es lógico que nos surjan una serie de preguntas, que sin duda están teniendo un gran interés: ¿El juez ha invadido las competencias que el Estado de Derecho venía atribuyendo al poder legislativo? ¿El juez al aplicar las leyes crea derecho? ¿Nos encontramos en manos de sus Señorías? ¿El proceder del juez responde a los postulados del relativismo filosófico?

La cuestión me parece lo suficientemente compleja como para que haya sido objeto de estudio por parte de la doctrina, y lo suficientemente interesante como para que nosotros reflexionemos sobre ella.

4. El juez y la ley

El problema del juez ante la norma puede ser doble. Primero, de choque, de confrontación entre el contenido claro de la norma y la conciencia del juez. Es decir, el choque entre la objetividad axiológica del legislador plasmada en la norma y la subjetividad axiológica del juez. Y en segundo lugar de intromisión, es decir, cuando la objetividad de la norma, en sentido concreto, no se puede determinar sin la necesaria interpretación subjetiva llevada a cabo desde la valoración del supuesto de hecho.

En el primer caso se da una tensión fuerte entre las normas y la conciencia, entre el tribunal de la ley y el tribunal de la conciencia y por tanto entre la seguridad jurídica y la justicia[14]. En el segundo supuesto puede que no haya enfrentamiento entre la conciencia y las normas, pero la conciencia cierra y completa el significado de la norma, con lo que la conciencia tiene una fuerza creadora importante, y lo que sí puede haber es una confrontación entre las distintas conciencias juzgadoras.

Tensión que hoy día parece inclinarse hacia la subjetividad del juez, pues por un lado parece que la conciencia no es algo que el juez pueda colgar en el perchero, y por otro lado existen principios éticos –personalmente no tengo claro si también jurídicos o hasta que punto jurídicos– más fuertes que las disposiciones jurídicas, de tal manera que si éstas los contradicen carecerán de validez[15].

14. Esto nos recuerda el título de aquel artículo de Javier Muguerza "el tribunal de la conciencia y la conciencia del tribunal (una reflexión ético-jurídica sobre la ley y la conciencia)" en *Doxa,* nº 15-16, vol. II (1994), aunque él lo utiliza en un sentido diferente.

15. Vid. Fernández García, E., "Los jueces buenos y los buenos jueces" recogido en *Derechos y libertades,* 19 (junio 2008), pp. 17-35, sobre todo la pp. 20 y ss.

En esta posible confrontación juega un papel sin duda importante el lenguaje en general y en concreto el lenguaje jurídico, pues todo se encuentra dentro de una estructura lingüística, y todo es "significado del lenguaje".

Comparto con G. Carrió[16] que el lenguaje es la más rica y compleja herramienta de comunicación entre los hombres. La textura del lenguaje es abierta, y sería una pura ilusión pensar que los usos de las palabras con los que nominamos la realidad están totalmente determinados. Tiene cantidad de giros y matices dependiendo del contexto, del tono y de otras muchas circunstancias del hablante. Sirve tanto para dirigir, para valorar, para expresar emociones o para que Miguel de Unamuno describa la austeridad y la dureza de los campos de Castilla, o para que Pedro Salinas exprese enternecedores versos de amor. Y sobre todo hay que ser consciente de que el lenguaje es la herramienta con la que denominamos nuestro mundo, de tal manera que como señalaba Wittgenstein, "los límites de mi lenguaje son los límites de mi mundo".

Sin embargo, y aunque parezca paradójico, a pesar de su riqueza y de su complejidad, en muchas ocasiones resulta ser un medio vago, ambiguo, impreciso, y en definitiva pobre al no ser capaz de expresar toda la riqueza de la vida cargada de sentimientos, de vivencias, de valores y de valoraciones sobre distintas circunstancias incapaces de ser pensadas y precisadas con anterioridad a la aparición del hecho circunstancial.

Debido a esa ambigüedad o a esa imprecisión, en cantidad de ocasiones hemos dudado acerca de lo que nuestro interlocutor nos ha dicho, nos ha mandado o ha querido expresar con esas palabras que pueden ser entendidas de maneras tan diversas.

Pues bien, el Derecho es lenguaje, pero además es un leguaje especial que se suele decir que no pretende informar ni describir nada, que no tiene un significado objetivo e independiente del hablante y en definitiva que no pretende comunicar verdades teóricas, sino más bien dirigir el comportamiento humano desde una escala de valores. Sin embargo todo esto es cierto solo hasta cierto punto, pues parece claro que el lenguaje jurídico también informa, pero informa acerca de cual es la directiva dirigida a los demás, acerca de los valores en los que se sustenta esa directiva, acerca de una jerarquización de los valores: del valor vida frente al valor autonomía

16. R. CARRIÓ G., *Notas sobre Derecho y lenguaje,* Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1976, pp. 35 y ss.

y libertad de la persona; o del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen frente a la libertad de expresión etc.

Gran parte de la dificultad de todo esto está en el hecho de que el derecho es lenguaje y entonces debemos afrontar el problema de diferenciar entre el lenguaje objeto y el metalenguaje, que siendo, o pudiendo ser, aparentemente iguales sin embargo son algo completamente distinto. Es la distinción que tantos quebraderos de cabeza dio en su momento a Hans Kelsen o a Alf Ross, y nos sigue dando hoy día a otros muchos.

La "formulación normativa"[17] sería el enunciado o descripción de la norma dada por el legislador, y la norma sería el sentido o significado de esa formulación. En otro plano tenemos la proposición jurídica, que es un medio lógico epistemológico, dada por el científico, para enunciar bien la "formulación normativa" y así describir mejor una norma, que por lo tanto puede ser verdadera o falsa, y nunca válida ni inválida. La norma jurídica es dada por el legislador y en consecuencia es imperativa, válida o inválida etc.

Se trata, pues, de un lenguaje difícil, especial y muy especializado, con una jerga muy característica, muy tecnificada y en ocasiones latinizada. Mediante el cual se regulan problemas de gran dificultad y donde no tenemos la certeza que nos puede proporcionar la contrastación empírica.

Pensando sobre todo en la certeza y en la seguridad del ciudadano, se ha venido criticando este tecnicismo del lenguaje jurídico por entender que las leyes deben ser inteligibles para todos, también para el trabajador y el campesino, sin advertir, tal vez, que esas leyes inmediatamente comprensibles para el ciudadano facilitan a los Tribunales una más caprichosa y menos predecible aplicación.

Alfonso García Figueroa nos recuerda una experiencia de Lon Fuller: "Durante una visita a Polonia en mayo de 1961 el ministro de justicia le dijo que en los primeros días del régimen comunista se habían hecho serios esfuerzos para redactar leyes tan claras que fueran inteligibles para el trabajador y el campesino... luego se descubrió que la elaboración de leyes inmediatamente comprensibles para el ciudadano comportaba un coste ocul-

17. Denomino "formulación normativa" a las expresiones lingüísticas usadas por la autoridad y "normas" a sus contenidos semánticos o significados, tal como hace NAVARRO, P., "Acerca de la inevitabilidad de la interpretación", recogido en *Isonimia, Revista de Teoría y Filosofía del Derecho,* 22 (abril 2005), pp. 99-122. Las "proposiciones jurídicas" serían las expresiones lingüísticas usadas por el científico para describir bien las "formulaciones normativas" y significar mejor las "normas".

to en el hecho de que hizo su aplicación por los tribunales más caprichosa y menos predecible"[18]. Y es que no debemos olvidar que la complejidad de las cuestiones jurídicas y las garantías de los derechos requieren un rigor conceptual que exige al legislador una terminología precisa y a los juristas en general una formación específica.

No obstante las leyes, en cuanto producto del legislador, distan mucho de ser la premisa mayor que el juez utiliza en su razonamiento de cara a solucionar el caso concreto. No solo por el carácter general y abstracto de la ley entendida en su sentido más clásico, sino también porque el sentido de justicia de la ley puede no estar cerrado o puede no coincidir con el sentido de justicia del juez[19]. Yo creo que en ambos casos el legislador contempla modelos estándar de casos y conductas que distan mucho de la decisión justa, primero porque el legislador es incapaz de imaginar la riqueza y los distintos matices de la vida, y en segundo lugar porque la ley puede, en algunos casos, servir más a intereses materiales que a la idea de justicia.

No hay duda de que la norma jurídica, si no es contemplada a la vista y en función del caso particular, es algo que dice muy poco, que no está cerrado, sino que más bien tiene una textura maleable y abierta. Vista esa norma desde la complejidad del caso, se podrá ir concretando su significado, aunque seguro que todavía encontramos en ella distintas zonas de penumbra al no contemplar muchos aspectos del caso concreto. Y ello porque la interpretación de una norma si no esta orientada y ligada a un caso es un girar en el vacío carente de sentido, pues a partir del caso el interprete procede a interrogar al Derecho y a buscar las reglas para darle una respuesta[20]. Como indica el profesor Juan Igartua[21], "incurriríamos en un error si consideramos que el derecho (las normas) y el hecho funcionan au-

18. García Figueroa, A. "Palabras, palabras, palabras... de lo que el Derecho les dice a los jueces", en *Jueces para la Democracia,* 36 (1999), pp. 58-66, sobre todo la p. 58.

19. Tengamos en cuenta que en el moderno Estado social la ley "ha pasado a primer plano como acto de conformación política orientado a un fin, como una medida determinada para superar una situación totalmente concreta y, por ello, planteada a corto plazo y negociada a menudo en el conflicto de grupos contrapuestos de intereses". Bachof, O., *Jueces y Constitución*, Taurus, Madrid, 1963, p. 42.

20. Cfr. Luis Prieto Sanchís en su intervención en la Mesa Redonda sobre Jurisdicción y Sistema Jurídico, recogida por Pérez Bermejo, J.M. y Rodilla, M.A., *Jurisdicción, Interpretación y Sistema Jurídico (Actas del XII Seminario Italo-español de Teoría del Derecho),* Ediciones Universidad de Salamanca, Salamanca 2007, p. 252.

21. Igartua, J., "La moral en la justificación de las decisiones judiciales", recogido en el libro *Jueces y Derecho. Problemas contemporáneos,* Editorial Porrua, Mexico, 2004, p. 94.

tónomamente en el razonamiento judicial". Solo cuando tenemos el hecho podemos descubrir el derecho: *Da mihi factum dabo tibi ius.*

La primera cuestión que a nosotros nos interesa es la de si la "formulación normativa" tiene que ser interpretada para poder expresar algún significado, es decir, si la "formulación normativa" antes de ser interpretada no tiene significado alguno. Dicho de otra manera, si las normas jurídicas son anteriores a los enunciados interpretativos, es decir, anteriores a la interpretación de la proposición o, por el contrario, son el resultado de procesos de interpretación de las disposiciones jurídicas creadas por el legislador.

Ricardo Guastini[22] defiende que la norma no es el objeto de la interpretación, sino el producto de la actividad interpretativa. Si la norma es el significado de la "formulación normativa", entonces las normas jurídicas son el resultado de la actividad interpretativa realizada sobre la proposición. Para Guastini el significado de las palabras se presta a un uso múltiple y puede darse el caso de que el significado que le atribuye el hablante no coincida con el significado que le atribuyen los oyentes, por eso las normas son el resultado de la interpretación[23].

Ruiz Manero, por el contrario, dice que "nunca ha entendido por qué los enunciados emitidos por el interprete son portadores de significado y esto no ocurre con los enunciados emitidos por las autoridades normativas, es decir, con las disposiciones jurídicas"[24]. Para Ruiz Manero los legisladores emiten normas y no meros enunciados o formulaciones normativas.

Por mi parte, estoy totalmente de acuerdo con Ruiz Manero, pues tampoco entiendo qué es una "formulación normativa" que no describa o enuncie ningún tipo de significado normativo. Sería un "*flatus vocis*",

22. Aunque Ricardo Guastini en su intervención en la Mesa Redonda sobre Jurisdicción y Sistema jurídico, recogida en PÉREZ BERMEJO, J.M. y RODILLA, M.A. (eds.), *Jurisdicción, Interpretación y Sistema Jurídico. (Actas del XII Seminario Italo-Español de Teoría del Derecho),* Ediciones Universidad de Salamanca 2007, pp. 225 y ss. y en concreto en la p. 227 dice: "Si concebimos el derecho como un conjunto de significados (y no de textos como Rafael Hernández Marín), entonces el derecho ciertamente es una variable dependiente de la interpretación. En este punto el realismo extremo tiene razón. Pero no podemos decir que el derecho está creado por los intérpretes, y solo por ellos: porque no existe interpretación sin un texto que interpretar. Entonces el derecho surge de la combinación de legislación (en sentido material) –producción de textos– y de interpretación –producción de significados–".

23. Cfr. GUASTINI, R., *Il diritto come linguaggio,* Giapichelli, Torino, 2001, p. 129.

24. RUIZ MANERO, J. en su intervención en la Mesa Redonda sobre Jurisdicción y Sistema Jurídico, recogida en PÉREZ BERMEJO, J.M. y RODILLA, M.A. (eds.), *Jurisdicción, Interpretación y Sistema Jurídico. (Actas del XII Seminario Italo-Español de Teoría del Derecho),* Ediciones Universidad de Salamanca 2007, p. 244.

meras palabras, un hablar por hablar sin decir nada, en definitiva no sería una "formulación normativa".

Por lo tanto yo comparto con Ruiz Manero que los enunciados o proposiciones emitidas por el científico o por el legislador en plan descriptivo son portadores de significado y en consecuencia que el legislador "*prima facie*" emite normas, pero se trata de un significado que se corresponde con un caso tipo que el legislador se imaginó, y en consecuencia ese significado debe ser pulido para poder actuar como premisa mayor del razonamiento del juez, y será pulido mediante la interpretación cuando aparezca el caso concreto y en función de ese caso concreto.

Este es el problema, saber si mediante el lenguaje normativo el legislador comunica algo cierto, cerrado y concreto, o si por el contrario, lo que se comunica debe ser concretado necesariamente mediante una interpretación que el destinatario haga en función de la experiencia a la que se debe aplicar.

Dentro de esta compleja problemática, esta es la cuestión que nos importa, es decir, en el mundo del Derecho, ¿los jueces cuando deciden se limitan a aplicar criterios normativos sin ninguna otra actividad creadora, o, por el contrario, cuando deciden crean Derecho? Si se admite que los jueces crean Derecho se está cuestionando el clásico principio de la "división de poderes", al estar invadiendo el poder judicial la esfera del poder legislativo.

Pero ¿cualquier actividad interpretativa o valorativa del juez a la hora de decidir se puede decir que sea actividad creadora de Derecho? En definitiva ¿qué quiere decir crear Derecho? Todas estas cuestiones merecen una pequeña reflexión.

Ciertamente las respuestas a estos interrogantes pueden ser muy variadas. Desde quienes entienden, como es el caso de los realistas, que los jueces son los verdaderos creadores del derecho y que en consecuencia gozan siempre de absoluta discrecionalidad, hasta quienes, como es el caso de Dworkin, niegan toda discrecionalidad y defienden la "única respuesta correcta", pasando por quienes mantienen una posición más moderada y admiten este poder creador solo en los llamados casos difíciles. Veamos las dos posturas más relevantes al respecto y entorno a las cuales giran todas las demás.

5. El Derecho en cuanto realidad objetiva

El Derecho son las normas generales, o las normas generales más los principios y los valores, que son creadas por el legislador, pero en cual-

quier caso son esquemas objetivados que los jueces se limitan a aplicar a los casos particulares. Predomina, pues, la *objetividad de la ley* y la *objetividad del derecho*.

Quienes identifican el derecho con la ley hablaran de la objetividad de la ley. Esta postura se ha caracterizado por una tajante distinción entre la creación del Derecho por parte del legislador y la aplicación del Derecho por los tribunales de justicia. Se apoya en las teorías defendidas por la Ilustración, con los principios de la división de poderes y de la soberanía popular.

El que las normas generales solucionen todos los casos y lo hagan en forma coherente parece ser una condición necesaria para poder exigir del juez que se limite a la mera aplicación de esas normas, sin introducir modificaciones o cambios en las normas generales. Tan persistente es esta idea que en los órdenes jurídicos modernos que tienen su origen en la codificación napoleónica se da por supuesto que el derecho es siempre completo y coherente en el sentido de que proporciona una respuesta y solo una respuesta a todo problema jurídico. Esto lo prueban las exigencias impuestas a los jueces por la legislación positiva de muchos países.

Todo este planteamiento da por supuesto que la ley encarna el criterio objetivo de racionalidad y de justicia, y por lo tanto todos, los primeros los jueces, deben de someterse a la ley. Para Voltaire los jueces han de ser los primeros esclavos de la ley y no los árbitros. Han de dejar de ser un órgano político para convertirse en un órgano meramente lógico que, como decía Beccaría, realiza un silogismo perfecto: la premisa mayor debe ser la ley general; la menor la acción conforme o no con la ley, y la consecuencia, la libertad o la pena.

Por eso se entendía que el poder del hombre era injusto y tiránico, y que el poder legítimo estaba siempre dentro de la ley, pero no de cualquier ley sino solo de aquella que respondiese a la estructura simple y clara de la razón.

Por todo ello si la solución al conflicto está clara, la ley debe ser única, sencilla, redactada de forma concluyente y fácil de entender, pues no hay cosa más peligrosa, tal como decía Beccaría, que aquel axioma común de que es necesario consultar el espíritu de la ley.

Parece que el lenguaje normativo transmite significados definidos y cerrados, y de esta forma los jueces deciden los casos delictivos simplemente colocando sobre ellos la plantilla legislativa, es decir, tal como vienen regulados por el ordenamiento jurídico.

Esta forma de entender las leyes y el proceso de aplicación daría lugar a un modelo de "juez cierto y satisfecho"[25], en palabras de Diciotti, en cuanto que las leyes tendrían un significado suficientemente cierto y determinado para ser aplicado de forma cómoda y sin problemas, con lo que los resultados de tal aplicación serían totalmente seguros y además justos y satisfactorios.

El discurrir histórico de la ley ha hecho que la concepción positivista se haya visto sometida a una compleja e integral crítica que acusa su planteamiento ideológico-estatista, su incapacidad descriptiva, su irracional confianza legislativa, y su irresponsable desatención a las cuestiones valorativas y de justicia[26].

Por eso desde una concepción muy distinta de la ley, y mucho mas actual, llegaríamos a lo que podríamos llamar la *objetividad del derecho,* que mantienen algunas tendencias doctrinales, como es el caso principalmente de la corriente Dworkiana, y en cierto sentido también de la corriente del neoconstitucionalismo, con autores como Zagrebelski, desde donde también se niega el poder creador del juez.

Es curioso que estas corrientes que acabamos de señalar, que defienden la "objetividad del derecho", otorgan un papel preponderante al juez, pero no para "construir" nada, sino para "descubrir" el derecho.

El derecho no es solo un cuerpo de reglas establecidas a lo largo del tiempo, sino también un conjunto de directrices económicas o políticas, y sobre todo un conjunto de principios y valores morales que están en la base de todas esas reglas y que con ellas conforman un marco de objetividad. Para descubrir esos principios es preciso desarrollar una teoría integral y omnicomprensiva del derecho que nos conduzca a la única solución correcta. Para llevar a cabo esta labor se precisa, en primer lugar, de un conocimiento detallado de todas las normas que integran el derecho de una comunidad, así como de sus conexiones e implicaciones, y de los complejos principios de moralidad política que las están sustentando, y, en segundo lugar, también son necesarias una serie de cualidades intelectuales sobrehumanas para poder discernir y argumentar en busca de esa solución correcta, que según Dworkin, la hay y solamente es una.

25. Vid. Diciotti, E., "Vagheza del diritto e controversia giuridiche sul significato", *Analisi e Diritto*, Giappichelli Editore, Torino, 1999.

26. Cfr. Suárez Llanos, M. L., "Iuspositivismo excluyente VS. Positivismo crítico no inclusivo", pp. 497-519, principalmente la p. 497. recogido en *El positivismo jurídico a examen. Estudios en homenaje a José Delgado Pinto,* Universidad de Salamanca, 2006.

La función del juez no es crear absolutamente nada, sino simplemente descubrir[27].

Podriamos decir que así piensan todos aquellos que entienden que en el Reglamento de futbol se contemplan "faltas fuera del área" y "faltas dentro del área" que llamamos "penaltis", y que los árbitros lo único que hacen es cantarlas "tal como son".

6. El Derecho en cuanto realidad subjetiva

Es ésta la tesis que concede un papel preponderante al juez en la construcción y configuración del Derecho, y en consecuencia afirma que, de alguna manera, los jueces sí crean Derecho al aplicarlo.

Hoy día la doctrina en general entiende que la postura de la *objetividad de la ley* es falsa e ideológica, en cuanto que el juez a la hora de aplicar las leyes necesariamente tiene que interpretarlas, y para interpretarlas es imprescindible la valoración del caso particular, exteriorizando toda una forma de vida tanto en el plano antropológico, psicológico, ético, valorativo o ideológico etc. La conclusión es que en el fallo judicial no solo hay un aspecto de aplicación de unas normas, sino que también hay un importante aspecto de creación.

Por otra parte en cuanto a la *objetividad del derecho* entendido como un entramado de normas, principios y valores, el problema no es que sea falso, el problema es la dificultad enorme de descubrir esa objetividad y el papel importante que sin duda juega la subjetividad del juez en la reconstrucción de esa *objetividad.*

Pero de aquí no se puede concluir que todo el mundo entienda que los jueces cuando deciden "estén creando Derecho" en sentido fuerte, pues la expresión "crear Derecho" es una expresión tan ambigua que puede hacer referencia a cosas muy distintas. Decir que los jueces crean Derecho, si no se precisa en que sentido y de que forma no es decir nada interesante.

Para abordar esta cuestión, creo que podría ser de interés detenerse en las distintas opciones que R, Guastini contempla y con las que configura un mapa bastante completo del problema de la fuerza creadora de los jueces,

27. Vid. Dworkin, R., *El imperio de la justicia,* trad. De C. Ferrari, Gedisa, Barcelona 1988; y Delgado Pinto, J., "La noción de integridad en la teoría del Derecho de R. Dworkin: Análisis y valoración", en *Derechos y Libertades,* 11 (2002), pp. 15-43.

independientemente de que podamos estar o no de acuerdo con la solución que él propone para cada caso. Ricardo Guastini dice que la tesis de que los jueces sí crean derecho se encuentra dentro de la doctrina bajo cuatro variantes[28]:

6.1. Primera Variante: *Los jueces crean derecho cuando se alejan del significado "natural" de los textos normativos.*

A veces los jueces asignan a una disposición un significado que no encaja dentro del marco de significados posibles, es decir, del significado natural del texto. Esto parece que es una actividad de "creación", en sentido fuerte de una norma.

No obstante hay quienes, como el mismo Ricardo Guastini, no están de acuerdo con esta postura porque entienden que ello supondría presuponer que los textos normativos siempre tienen un significado claro, intrínseco y objetivo, cuando esto no es así, por lo tanto, dicen, si partimos de que los textos jurídicos, al menos potencialmente, son equívocos y vagos, nos llevaría a negar por falsa dicha afirmación.

A mi juicio los textos normativos no tienen siempre un significado claro, preciso y objetivo, pero sí *tienen un campo claro de referencia* y moverse dentro de él supone una cierta y razonable discrecionalidad. Pero cuando el juez se sale de ese margen, más o menos amplio, de equivocidad y vaguedad, es decir, de ese "significado natural" del texto, y le asigna a una disposición un significado que no encaja dentro del marco de significados posibles, entonces estamos ante una fuerte discrecionalidad, o ante una "actividad creadora".

Comprendo que a veces los márgenes entre el "significado natural" y el "significado no natural" del texto pueden ser difusos y aquí es donde podría surgir el problema. Si un árbitro sanciona con penalti una falta cometida en el medio del campo y por lo tanto fuera del área parece que se está saliendo voluntariamente del "significado natural" del reglamento, y entonces más que discrecionalidad habría arbitrariedad, sin embargo, si sanciona con penalti una falta cometida fuera del área pero cometida junto a la raya podría entenderse como un error judicial asumible o como una cierta discrecionalidad interpretativa, ya que entra dentro del margen de error tal vez permisible del juez.

28. GUASTINI, R., *op. cit.*, pp. 225 y ss.

Sin embargo tan fuera del área es la falta que está a medio metro de la raya como la que está a veinticinco metros, y el poder moverla, aunque nada más sea un palmo, para dentro o para fuera implica *un importante poder creador del juez.*

6.2. Segunda variante: *El juez solamente crea derecho cuando crea la norma general*

Ya no es cuestión de interpretar los textos normativos y salirse de su "significado natural", sino que es cuestión más bien de crear la norma general en aquellos casos en los que no existe. Esto sucede siempre que el juez, teniendo obligación de fallar, se encuentra con que el Derecho no regula un determinado caso, es decir, hay una laguna. Esta es la postura mantenida entre otros por Bulygin.

Este supuesto no sería admisible para quienes consideran que el Derecho es necesariamente completo y por tanto no tiene lagunas. Esta es la postura de Kelsen para quien el juez no tiene discrecionalidad alguna a la hora de crear la norma general. La discrecionalidad del juez, según Kelsen, se daría a la hora de crear sentencias conformes o contrarias a la ley (normas individuales), en base a lo que él llama "regla alternativa", o a la hora de elegir entre las distintas interpretaciones conformes o posibles de la norma[29]. Su principal argumento es que "todo lo que no está prohibido está permitido", en la línea de la teoría del "espacio jurídico vacío" de Bergbohm o de la "norma general exclusiva" de Zitelmann, completada por Bobbio con su "norma general inclusiva"[30]

Esta es la postura de Ruiz Manero[31], compartida por Fernando Atria, que entienden que aunque haya lagunas no hay ningún tipo de discrecionalidad

29. Cfr. BULYGIN, E., "Los jueces ¿crean derecho?", en *La función judicial. Etica y Democracia,* compilado por Belem, J. y otros, Gedisa, Barcelona, 2003, pp. 21-36.

30. Vid. BOBBIO, N., *Teoría General del Derecho,* Debate, Madrid, 1991. ZITELMANN, E., "Las Lagunas del derecho", en RGLJ, 140 (1992). BERGBOHM, K., *Jurisprudenz und Rechtsphilosophie,* Leipzig, 1982.

31. Cfr. RUIZ MANERO, J., *Jurisdicción y Normas,* Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1990, pp. 37 y ss. Ver También "Algunas concepciones del Derecho y sus lagunas", recogido en ATRIA, F. y otros, *Lagunas en el Derecho,* Marcial Pons, Madrid, 2005. En esta misma obra hay también dos interesantes artículos de F. Atria titulados "Creación y aplicación del Derecho: Entre formalismo y escepticismo" y "Replica: Entre jueces y activistas disfrazados de jueces".

por parte de los jueces. Para ellos en el caso de que no exista una norma específica que los obligue a condenar, están obligados a rechazar la demanda. Es decir, si el Derecho no dice nada para el caso genérico, el juez debe rechazar la demanda. Luego el juez no tiene discrecionalidad, solo habría discrecionalidad en el caso de *laguna axiológica*, es decir, cuando hay una solución normativa al caso, pero el juez entiende que es injusta o inadecuada.

En cambio, para Bulygin[32] el argumento de Kelsen es un argumento falaz, basado en la falta de distinción entre normas y proposiciones normativas, por un lado, y entre diferentes sentidos del término permitido. Una cosa es estar permitido por una norma permisiva que expresamente autoriza una determinada conducta, y otra muy distinta es simplemente no estar prohibido.

Por otra parte, Bulygin entiende que toda norma individual se justifica en una norma general, y cuando el caso genérico no está solucionado por ninguna norma general, el juez tiene que crear una norma general para solucionarlo.

Bien es cierto que teniendo en cuenta la "norma general exclusiva" y la "norma general inclusiva" es difícil encontrase en este supuesto, *aunque parece claro que en los supuestos en los que haya que acudir a la "norma general inclusiva" (en definitiva a la analogía) aumenta de forma importante "la capacidad creadora" de los jueces.*

Por último hay que recordar que para algunos, como Ricardo Guastini[33], las lagunas no existen antes de la interpretación e independientemente de ella, pues la interpretación puede evitar lagunas y exactamente igual puede crearlas. Luego los jueces crean Derecho incluso en ausencia de lagunas, porque la existencia o ausencia de lagunas depende de los jueces.

Es cierto que la interpretación puede evitar lagunas y exactamente igual puede crearlas, pero también es cierto que si entendemos, con Ruiz Manero, entre otros, que los enunciados o proposiciones emitidos por el legislador son portadores de significado, es decir, de normas, también puede haber lagunas al margen de cualquier tipo de interpretación, y que el juez tiene el deber inexcusable de resolver en cualquier caso, con lo que es indudable su actividad creadora.

32. Cfr. BULYGIN, E., "Los jueces ¿crean derecho?", *op. cit.*, p. 28, y ALCHURRÓN, C. E. y BULYGIN, E., *Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas y sociales,* Astrea, Buenos Aires 1974, pp. 180 y ss.

33. Cfr. GUASTINI, R. en su intervención en la Mesa Redonda del XII Seminario Italo-Español de Teoría del Derecho celebrado en Salamanca, recogida en la obra de PÉREZ BERMEJO, J.M. y RODILLA, M.A., *op. cit.*, p. 226.

6.3. Tercera variante: *El Derecho es un conjunto de normas generales e individuales y los jueces crean Derecho porque crean normas individuales*

El margen abierto y hasta cierto punto equívoco de la norma general tiene que ser cerrado y concretado por el juez a la vista del caso particular. En la sentencia se concretan una serie de elementos que en la norma general no se mencionan o solo son mencionados de forma abstracta. Kelsen señala que, del abanico de posibles interpretaciones del texto normativo el juez, mediante un acto de voluntad y no de razón (yo creo que también es un acto de razón), ha de escoger una de ellas que figurará como norma individual o sentencia.

Parece que la razón la sitúa solamente en la interpretación científica que, en sentido kelseniano, consiste en determinar todos los significados expresados por una disposición, y tal vez por este sentido racional no parece una actividad creadora en ningún caso. Pero la interpretación auténtica en sentido kelseniano es elegir un significado determinado (una norma expresa) descartando otros significados posibles, y esto ya puede ser una actividad creadora, aunque sea en un sentido más o menos fuerte.

Si la norma individual dictada por el juez está fundada en una norma general creada por el legislador, y es un razonamiento lógico deductivo de la misma, parece un poco exagerado hablar de "creación del Derecho". Efectivamente toda decisión judicial o sentencia es deducida mediante un razonamiento lógico-deductivo a partir de unas premisas, es decir, a partir de una norma y de un supuesto de hecho. Este razonamiento deductivo, tal como entiende Bulygin, no es creación. Pero también hay que tener en cuenta *que esa norma o premisa mayor debe ser en algunos casos creada y en otros concretada* mediante una interpretación que tendrá un carácter mayor o menor de creación en función del caso particular. Pero en ese caso estaríamos en el supuesto de la segunda variante que ya hemos analizado y en el que el poder creador del juez parecía indudable.

6.4. Cuarta variante: *los jueces decidiendo el significado de los textos normativos crean todo el Derecho*

Ricardo Guastini[34] hace mención a una triple distinción de gran interés en este tema. Habla de *disposiciones*, que serían las reglas o proposiciones

34. Cfr. GUASTINI, R., *op. cit.*, p. 228.

kelsenianas, es decir, cada enunciado de las fuentes formales del Derecho, de *norma expresa,* que serían cada uno de los significados de una disposición, y de *norma implícita,* que sería todo significado que no puede encuadrarse dentro de los significados de una disposición.

Teniendo esto en cuenta hay parte de la doctrina y sobre todo algunos juristas americanos del siglo XX que entienden que el Derecho no es un conjunto de textos, es decir, de *disposiciones*, sino de *significados normativos* (normas expresas), pero estos "significados normativos" no existen antes de la interpretación, por lo tanto antes de la labor interpretativa de los jueces no existen significados de los textos normativos, y por lo tanto no existe el derecho. *Todo el derecho es el resultado de la interpretación judicial, y, por tanto, la jurisprudencia es la única verdadera fuente del derecho.* Con lo que la fuerza creadora de derecho por parte de los jueces es absoluta y total.

Si trasladamos todo esto al juego y al arbitraje tendríamos que entender que el reglamento recoge "faltas fuera del área" y "penaltis", pero que hasta que el árbitro no las interpreta, ni son "faltas fuera del área" ni son "penaltis", porque efectivamente "no son nada hasta que el árbitro las canta".

Nosotros ya hemos venido insistiendo, en orden a matizar esta idea de Guastini, que los significados normativos no solo existen con el intérprete, sino que también hay significados normativos en las proposiciones que formula el legislador.

7. Reflexión final

En cualquier caso, según las distintas posturas que hemos analizado, siempre destaca la labor subjetiva y relativa de los jueces creadora del derecho. Bien porque puedan salirse del "significado natural del texto"; bien porque en determinados casos (en presencia de lagunas) puedan crear normas generales; bien porque, mediante la interpretación de la norma general, puedan crear normas individuales creando significados o "normas expresas", o con mayor razón creando "normas implícitas", es decir, cuando los jueces asignan a una disposición un significado que no encaja dentro del marco de los significados posibles, en definitiva, dentro del "significado natural del texto". Y no digamos nada cuando se trata, como sucede muchas veces en el mundo del derecho, no de aplicar reglas sino de aplicar principios que exigen siempre concretización y ponderación etc. Debemos tener en cuenta que la concretización de un principio consiste en despren-

der normas nuevas que se pretenden implícitas, y que mediante la ponderación se establece una clara jerarquización de valores o de principios.

Parece claro que hoy día hemos ido pasando de ese modelo de "juez cierto y satisfecho" a un modelo de "juez incierto" o a un modelo de "juez insatisfecho", de los que nos habla Diciotti, en cuanto que en muchos casos tiene que atribuir a una expresión lingüística un significado diferente al que tendría a primera vista por tratarse de un caso marginal, o por tener que atribuir un significado diferente al entender que los significados normales de la expresión lingüística son injustos o insatisfactorios[35]. En definitiva, que en el Derecho, en el mejor de los casos, hay vaguedad o conlictos normativos o lagunas jurídicas, y, en el peor de los casos, hay la posibilidad de decidir incluso contra el tenor literal de una norma[36].

Pero crear Derecho no es solo "crear normas", sino también "derogarlas", y en este sentido podemos también pensar en la posibilidad que tienen los jueces, mediante el control de constitucionalidad, de declarar inconstitucionales las leyes sancionadas por el Congreso, convirtiéndose así el poder judicial en el "control de controles" del sistema democrático.

Algunos niegan que en todos estos casos se pueda decir que "los jueces crean derecho". Para ellos muchas de estas funciones no son propiamente "creadoras", o no son "creadoras en sentido fuerte", sino más bien en "sentido débil" etc.

En una escala del uno al cien, pienso que la función creadora de los jueces ocupa un alto puesto, en unos casos de manera más o menos disfrazada, simulando un riguroso cumplimiento de la legalidad, y en otros por exigencias de la justicia y para protección de los derechos humanos.

En cualquier caso no es tarea fácil, pero para aclarar el problema nos podría ser útil situarnos en lugar del imputado o del abogado y preguntarnos: ¿depende en cada caso la suerte del procesado del veredicto de los jueces?, ¿depende de los jueces el ser castigado como reo de homicidio o como reo de asesinato o incluso no ser castigado?, ¿depende de los jueces el aplicar una atenuante, una agravante o una eximente? La respuesta es que el fallo judicial depende más de la voluntad del juez (y no estamos pensando en una voluntad arbitraria) que de las mismas leyes. La función

35. Cfr. DICIOTTI, E., *Vaghezza del diritto e controversia giuridiche sul significato,* cit., pp. 135 y ss. Cfr. DEL REAL ALCALÁ, J. A., "La indeterminación de la "estructura del deber" de los jueces en el Estado de Derecho", *Anuario de Filosofía del Derecho,* XXIII (2006), pp. 257 y ss.

36. Cfr. ALEXY, R., *Teoría de la argumentación jurídica,* Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1989 pp. 23 y ss.

judicial es así y defender lo contrario es algo totalmente falso e ideologizado, aunque pueda resultar interesante en orden a defender determinados principios, propios del Estado de Derecho, que hoy día se tambalean, como puede ser el de la división de poderes.

No estaría mal que la administración de justicia reflexionase y se mirase en el espejo del Cuento de Florencio Sánchez[37] sobre la justicia en China. Efectivamente en China, donde la justicia era muy severa, todo el peso y rigor de la ley caía sobre el "vendedor de te" que había osado no postrarse al paso del Príncipe, pero toda la benevolencia era poca, mediante argumentaciones de todo tipo, para los "mandarines" y más aún para los grandes Chambelanes del Imperio.

De ahí el respeto y la reverencia o "casi miedo" que nos infunde el hombre de la toga y el birrete –recordando el título del libro de Quintiliano Saldaña[38]– disfrazado de sacerdote de una religión que debemos acatar, y que mediante un riguroso protocolo, ostenta el más alto poder. Por eso el juez se nos aparece como una figura mitificada y, por lo tanto, separada del común de los mortales.

Ciertamente los jueces no tienen bolsa, ni espada, sino solamente el juicio, pero esto no quiere decir en ningún caso que no tengan poder, y tampoco quiere decir que este poder no pueda ser utilizado en contra de la justicia y de los valores que sustentan el sistema democrático. Todo ello quiere decir que debemos ser muy cuidadosos con la formación y selección de los jueces, en orden a que sean personas con una serie de virtudes o de cualidades importantes, que no se pueden reducir a conocer bien el Derecho, pues también requiere saber interpretar, saber argumentar, ser personas éticamente correctas, y finalmente poseer el equilibrio psicológico necesario que le permita valorar y razonar con cierta normalidad. El profesor Atienza nos dice que "parece razonable que en su mayoría, los jueces españoles sean reclutados mediante un sistema de oposiciones libres al que pueda presentarse cualquier licenciado en Derecho". Pero poco más adelante también dice que "las disciplinas que constituyen el núcleo de la teoría contemporánea del Derecho están prácticamente ausentes de los programas de formación; y no he visto al menos que en los mismos se haga

37. Citado por DALLA VIA, A. en su trabajo "los jueces frente a la política", recogido en *Isonomia. Revista de Teoria y Filosofia del Derecho,* 22 (abril 2005), pp. 19-39, en concreto las pp. 30-32.

38. SALDAÑA, Q. *El hombre de la toga*, Biblioteca Nueva, Madrid, 1927.

mucha referencia a los problemas de *interpretación, de argumentación o de ética jurídica*"[39].

Lo que sí podemos decir, con carácter general, es que el poder "judicial independiente" ofrece más confianza que los demás poderes políticos, y por supuesto, que el mayor peligro proviene de un poder judicial sometido al poder político, pues ello supone la corrupción de todo el sistema.

Desde el punto de vista histórico está claro que la tendencia del poder político siempre ha sido el intentar someter a la magistratura, para hacer que los jueces no sean otra cosa que ejecutores de la voluntad política. Según Michele Taruffo, la historia de la magistratura en los ordenamientos europeos –valga como ejemplo Italia– siempre ha sido "una historia caracterizada por el control directo y penetrante del poder político sobre la magistratura. Los mecanismos que eran utilizados para realizar este control eran muchos y ahora no pueden ser analizados en detalle: basta con mencionar el hecho de que desde el poder político, ejercido por el poder ejecutivo a través de los ministros de justicia, se controlaban los nombramientos de los magistrados, sus carreras e incluso su permanencia en la magistratura"[40].

Este control que el poder político pretende sobre los jueces es una prueba clara del poder que los jueces tienen al aplicar el Derecho. En nuestro ordenamiento el poder político nombra a parte de los jueces para los órganos colegiados jerárquicamente superiores. Nombra a parte del Consejo General del Poder Judicial, que luego propondrá al Rey el nombramiento del Presidente del Tribunal Supremo que será también el Presidente del Consejo; el Gobierno también propone al Rey el nombramiento del Fiscal General del Estado; así mismo el Congreso, el Senado y el Gobierno proponen al Rey los miembros del Tribunal Constitucional etc. Tal vez sea excesivo tildar todo esto de control del poder judicial, pero por lo menos es llamativo que no se dejen todas estas elecciones en manos de la voluntad democrática de los jueces.

En cualquier caso también sería bueno *limitar ese poder judicial* reforzando y reivindicando la objetividad de la ley, haciendo leyes técnicamente buenas, claras, no ambiguas, no lagunosas, no contradictorias etc., y sobre todo no aceptando "que la ley como vehiculo normativo idóneo para la

39. ATIENZA, M., "Virtudes Judiciales. Selección y Formación de los jueces en el Estado de Derecho", recogido en *Claves de Razón Práctica,* 86 (octubre 1998), p. 41 (la cursiva es mía).

40. TARUFFO, M. en su artículo "Jueces y Política: De la subordinación a la dialéctica", recogido en *Isonomía,* 22 (Mexico, abril 2005), p. 10.

satisfacción de nuestras demandas éticas sea arrastrada por esa llamada crisis de la ley y sea ignorada y degradada"[41]. Debemos reforzar la objetividad ética del derecho, apelando a un orden valorativo objetivo, o a lo que Alexy[42] ha venido denominando "valores de la colectividad o de círculos determinados" y para ello insisto en lo ya dicho en este trabajo: el juez no ha de ser solo interprete de su propia conciencia, ni de la de ninguna persona por muy especialista que sea en ética, sino que ha de ser sobre todo interprete de la conciencia mayoritaria de la sociedad, o por lo menos de quienes tienen al derecho como común forma de vida, porque este será el único indicio de racionalidad en cuestiones tan problemáticas y difíciles, pues tal como ha señalado el Presidente del Tribunal Supremo en el solemne acto de apertura de los tribunales el 18 de septiembre de 2006, "el relativismo y el subjetivismo ético pueden ser una fácil tentación para el avance de los totalitarismos y para el uso alternativo, es decir, para la frustración de los fines propios de justicia fijados por el legislador, en beneficio de los ideados por personas, grupos o corporaciones".

41. LAPORTA, J. F., *El imperio de la ley, una visión actual"*, Trotta, Madrid, 2007, p. 167
42. ALEXY, R., *Teoría de la argumentación jurídica,* cit., pp. 30 y ss.

Resumen: *En el mundo ético o valorativo creemos que no son excluyentes ni contrapuestos el plano de la "realidad objetiva" y el de la "conciencia subjetiva". Los valores que la sociedad recoge en su Constitución y en sus leyes son realidades racionales y objetivas, pero para su determinación precisan de un sujeto cognoscente.*

Hoy día nos hemos ido alejando, tal vez demasiado, de la objetividad de la ley y hemos ido decantando todo el derecho en la conciencia valorativa de los jueces. De esta manera se entiende que los jueces crean derecho bien porque puedan alejarse del "significado natural del texto"; bien porque en determinados casos –en presencia de lagunas– puedan crear normas generales; bien porque, mediante la interpretación de la norma general y de los principios, puedan crear normas individuales.

En cualquier caso creo conveniente limitar ese poder judicial, reforzando la objetividad de la ley desde una buena técnica legislativa y desde lo que Alexy ha venido llamando "valores de la colectividad".

Palabras clave: Objetividad, ley, derecho, subjetividad, jueces.

Abstract: *We believe that the "plane of objective reality" and the "plane of subjective conscience" do not exclude each other in the ethical or evaluating world. A society's values that are compiled in a Constitution and its laws are rational and objective realities, but if they are going to be established they need a rational subject.*

We have been moving away -perhaps too much so- from the objectivity of law and we have delegated excessively in the evaluative conscience of a judge. This implies that judges create laws because they can move away from the "natural meaning of the text" in specific cases where legal loopholes exist by either creating general norms or by interpreting general norms and principles to create individual norms.

In any case, I believe it is beneficial to reduce that judicial power by increasing the objectivity of laws through the implementation of good legislative techniques and with what Alexy has called "collective values".

Key words: Objectivity, statute (law), law, subjectivity, judges.

Fecha de recepción: 2009-07-21
Fecha de aceptación: 2009-10-09