

«SOMETIDOS ÚNICAMENTE AL IMPERIO DE LA LEY»: UNA INDAGACIÓN SOBRE LA FUNCIÓN JUDICIAL

“SUBJECT SOLELY TO THE RULE OF LAW”: AN ENQUIRY INTO THE JUDICIAL FUNCTION

Manuel FERNÁNDEZ-FONTECHA TORRES
Letrado de las Cortes Generales
<https://orcid.org/0000-0002-9636-054X>

Fecha de recepción del artículo: abril 2022
Fecha de aceptación y versión final: mayo 2022

RESUMEN

El presente trabajo parte de una constatación de la relativa irrelevancia del tratamiento del Poder Judicial en el comentario de la Constitución. Si bien se hace mención del contenido de los artículos 117 y siguientes de la Constitución, se centra la exposición en las garantías y en los aspectos organizativos de la función judicial, pero no del mismo modo en cuanto al contenido. Eso es así a diferencia del comentario constitucional norteamericano, donde el estudio del artículo III de la Constitución de 1787 es de fondo, muy extenso y relativo precisamente al núcleo de la función judicial, a diferencia de los estudios más descriptivos del continente europeo, quizá con excepción de la doctrina italiana.

Este artículo responde por tanto a lo que su autor considera una insuficiencia apreciable en lo que se refiere a la definición de la función de juzgar, y pretende por tanto en cierto modo unir al tratamiento convencional una específica referencia al contenido del juicio de la resolución judicial o, mejor aún, a como se llega a tal momento, por qué medios y con qué límites. Y en un segundo pero no menos relevante lugar, plantea igualmente la función judicial en un contexto de Estado democrático de Derecho, aspecto este que, a su vez, plantea un problema muy complejo, el de la función del Parlamento en relación con la citada función judicial.

Palabras clave: Función judicial, origen histórico, versión material de juzgar, teorías sobre la interpretación y la integración del derecho, positivismo y realismo jurídico, discrecionalidad judicial y equidad, control del ejercicio de las funciones de los jueces en un Estado democrático.

ABSTRACT

The origin of this article is the relative irrelevance of the treatment of the judiciary in the commentary of the Constitution. Although mention is made of the content of articles 117 and following of the Constitution, the focus is on the guarantees and organizational aspects of the judicial function, but not in the same way in terms of content. This is in contrast to the North American constitutional commentary, where the study of Article III of the 1787 Constitution is deep, extensive and related precisely to the core of the judicial function, unlike the most descriptive studies of the European continent, perhaps with the exception of the Italian doctrine.

Therefore, this article responds to what its author considers to be an appreciable insufficiency in what refers to the definition of the function of judging, and therefore, in a certain way, aims to add to the conventional treatment with a specific reference to the content of the judgment of the judicial resolution, or, better yet, how that moment is reached, by what means and with what limits. And in a second but no less relevant place, it also raises the question of the judicial function in a context of the democratic State subject to the Rule of Law, an aspect which in turn raises a very complex problem, that of the role of Parliament in relation to the aforementioned judicial function.

Keywords: Judicial function, historical origin, material version of judging, theories on the interpretation and integration of law, positivism and legal realism, judicial discretion and equity, control of the exercise of the functions of judges in a democratic state.

SUMARIO: I. LA CUESTIÓN DEL PODER JUDICIAL. LA OBRA DE LOCKE Y EL ESPÍRITU DE LAS LEYES. II. EL PODER JUDICIAL Y LA PERSPECTIVA DEL DERECHO DE ACCESO A LOS TRIBUNALES. *1. La defensa del derecho subjetivo y del interés legítimo. 2. La construcción anglosajona del standing. 3. Las garantías del ejercicio de la función.* III. EL SIGNIFICADO DEL LENGUAJE: UN MUY BREVE PERO NECESARIO RESUMEN PARA COMPRENDER LA CUESTIÓN. IV. LA APLICACIÓN JUDICIAL DE LA NORMA. *1. El imperio de la ley.* V. EL PROBLEMA DE LA DISCRECIÓN JUDICIAL. LA EQUIDAD. VI. INTERPRETACIÓN E INTEGRACIÓN. EL LUGAR DE LAS LAGUNAS Y DE LAS ANTINOMIAS EN LA FUNCIÓN JUDICIAL. VII. FUNCIÓN JUDICIAL Y CONTROL LEGISLATIVO: LA RAMA MÁS PELIGROSA. BIBLIOGRAFÍA.

I. LA CUESTIÓN DEL PODER JUDICIAL. LA OBRA DE LOCKE Y EL ESPÍRITU DE LAS LEYES

La teoría del Derecho es teoría de la jurisdicción y de la jurisprudencia, así como del discurso jurídico (Habermas, 2005, p. 266). Pero también podría decirse que la Teoría de la Justicia en sentido material, desde el punto de vista del Derecho Constitucional, es el centro de una Teoría del Derecho. La función de estas páginas es iniciar una reflexión diferente respecto de lo que se da por sentado, de lo que se considera implícito al referirse a la función judicial, una cierta vuelta a las cosas mismas en el sentido de Husserl, sin otra pretensión que abrir un camino de comprensión a la función que ejerce el juez. No se pretende repetir lo dicho, sino aclarar los puntos más oscuros de la tesis de que la función judicial es juzgar y hacer ejecutar lo juzgado, que tiene toda la apariencia de lo tautológico. De lo que se trata precisamente es de saber lo que juzgar y para eso ha de ponerse el acento en la referencia al imperio de la ley como punto de referencia de la definición.

La función de juzgar en el *Ancien Régime* estaba retenida. Esto quiere decir que formaba parte del poder natural del rey, que admitía a lo sumo una separación orgánica, pero sin constituir una nueva actividad, diferenciable por sus propios rasgos de la que corresponde al rey legislador y al rey artífice e impulso de la acción de gobierno. El rey contiene en su *imperium* la función de juzgar, en una indistinción funcional propia y característica del Estado anterior a la revolución francesa de 1789. Estos presupuestos del sistema desdibujan la comparación entre la forma antigua y la forma de juzgar que se inicia, como veremos, con la tesis de la voluntad general y la justificación de la ley. La moderna función judicial comienza con el establecimiento de la ley general como punto central de la aplicación del Derecho.

Por eso mismo, hay que tomar con cautela la identificación de una función judicial propia en el Antiguo Régimen, al existir una indistinción entre aprobación del Derecho y aplicación del mismo, así como por la evidencia de excepciones a la vigencia de la norma que constituían fueros especiales, privilegios, y una imponente masa de instrumentos jurídicos sin sistemática alguna, que desbordaban la citada diferencia. A lo que cabe añadir el surgimiento de la ley como

expresión de la voluntad general, tesis que adoptarán los revolucionarios franceses.

Es citado aquí con frecuencia un autor inglés medieval, Bracton, que postulaba una diferencia entre *gubernaculum* y *iurisdictio*, que ha encontrado eco en España, tratando de encontrar en el bloque de poder del absolutismo una diferencia de asuntos o materias, que dará lugar a una incipiente y limitada diferencia de funciones, prolegómeno de la función judicial moderna. En un caso se hablará de contienda sometida a estrépito de partes, o publicidad, que afecta a derechos subjetivos, entendidos como figuras de mayor garantía que los intereses, mientras que en otras cuestiones el órgano con doble función y sometido a la avocación del asunto por el rey, titular del poder, actúa de forma expedita, sin las garantías de un más complejo procedimiento (Gallego Anabitarte, 1971). Esta es precisamente la base de la diferencia entre jurisdicción ordinaria y jurisdicción de cancillería, que dio lugar a una escisión en las formas de las acciones y, a través de ella, de una jurisprudencia singularizada y a veces divergente.

Por otro lado, la vinculación de esta etapa al principio de ejecutividad de los actos jurídico-públicos será evidente, de tal forma que se comienza a asimilar desembarazo de formas con capacidad de la incipiente Administración de servirse del carácter obligatorio del acto y a la propia capacidad de la ejecución, con mucho mayor vigor en el ámbito del Derecho llamado continental, es decir, excluyendo a Inglaterra y los Estados Unidos. Formación de la Administración contemporánea y ejecución y acción de oficio van siempre en paralelo, lo que redundará en la imposición de una Administración muy poderosa, con el surgimiento de las comisiones independientes como punto de acumulación de la tripartición de funciones, legislativa, ejecutiva y judicial.

Es el acontecimiento revolucionario de 1789 el que definirá, aunque finalmente en el sentido continental, el imperio de la ley. Utilizamos ese calificativo por la influencia de la actuación de los Parlamentos en el Antiguo Régimen y también por su papel singular en las quejas contra el soberano, en base a la existencia de unas supuestas leyes políticas que templaban el absolutismo (García de Enterría, 2005). Los *Parlement* franceses eran una configuración derivada de

la atribución al estamento nobiliario de la jurisdicción, lo que les permitía a través del derecho de registro y del derecho de rechazo en relación con el depósito un cierto control sobre la acción del monarca, aunque se ejercitase la justicia en nombre del monarca. En la etapa final del Antiguo Régimen los citados *Parlement* contribuyeron a la transición a la Asamblea Nacional, haciéndolo también sobre todo una amalgama de ideas que tuvieron acogida en Condorcet, Voltaire, y Constant y su concepto del poder moderador, además del siempre citado Montesquieu, en orden a incorporarse a la peculiar visión de la Justicia y de la Administración a través de la Ley 16-24 de agosto de 1790 (Troper, 1980, pp. 190 y ss).

En todo caso, ese ejercicio de una previa supuesta función jurisdiccional *avant la lettre* es tan insuficiente para entender el Poder Judicial hoy como la jurisdicción retenida, la organización medieval de los jueces, o la relevancia de los tribunales del canciller, pues todas ellas son técnicas propias del Estado estamental, momentos históricos en que la racionalización del origen del poder no ha llegado todavía y las instituciones están sometidas a un poder único, detentador personal de una soberanía única e indivisible. La jurisdicción de hoy, en la etapa de las Constituciones racional-normativas, no tiene nada que ver con la que se ejercía en la etapa preconstitucional (Álvarez Conde y Tur Alsina, 2017, p. 727)¹. Y esta evidencia es precisamente la que se ignora en el comentario constitucional, donde existe una remisión al puro contenido descriptivo del artículo 117 de la Constitución.

En la evolución histórica, la separación entre una función judicial antigua y una moderna no se fundamenta tanto en la diferencia entre tipos de mandatos que el juez puede dirigir, como en la aparición de la ley como elemento nuevo, sometido a la consideración de voz del Estado, pero también como mandato del pueblo que por su propia naturaleza es irrevisable y a la que el juez debe obediencia. Será este un elemento diferencial, producto de la incorporación de las ideas políticas nuevas en el Antiguo Régimen, donde la función de juzgar era en su versión del Derecho Común o del Derecho del Canciller una función del fondo de poder del rey. A ella se referirá el propio Montesquieu, sin aclarar demasiado, como la *puissance de*

¹ En una de las muy escasas referencias a la necesaria incorporación por el juez en su actividad jurisdiccional de los valores y principios de la Constitución.

juger, que definirá como un poder de algún modo nulo, precisamente en la misma línea de predominio del principio de legalidad que se fundamenta en el carácter general de la ley, auténtico elemento de la misma.

La idea de los cuerpos intermedios había sido un elemento esencial en la descripción por Montesquieu de una compensación de poderes en el régimen de la Monarquía Absoluta, pero los doctrinarios de la Revolución advirtieron en seguida del peligro de sostener un control por el estamento nobiliario, o cualquier otro estamento profesional, de los poderes judiciales. La preeminencia de la ley como expresión de la voluntad general y la génesis del principio de igualdad en la propia revolución excluían la posibilidad de que la Justicia actuase con una función política, sea de estímulo o de freno de las iniciativas de la Administración pública. Esa estimación de posible riesgo de un gobierno de los jueces tiene una justificación también en la cautela que introdujo Eisenmann respecto del principio o regla de separación de poderes en cuanto la consideraba una regla política y no una regla jurídica (1933).

Eisenmann prueba en su artículo que la separación de poderes en la obra de Montesquieu era como tal inexistente, situando el origen de este mito en 1749, y en la misma línea afirmó Kelsen que el significado histórico del principio llamado de separación de poderes reside precisamente en el hecho de que actúa más contra una concentración de poderes que por su separación, insistiéndose como contenido en la exclusión de un monismo de ejercicio, en la función de coordinación y en la no concesión a los jueces de su condición de poder supremo, pues no son sino la boca que pronuncia las palabras de la ley.

La función judicial, tal y como hoy la conocemos, asienta su diferencia sobre la objetividad de la función democrático-racional de determinación del Derecho, su sumisión exclusiva a la ley y lo que podemos llamar los elementos instrumentales, como la independencia, la inamovilidad, la imparcialidad o la exclusividad. Esta consideración moderna de la institución, se orienta al menos en parte en los trabajos del iluminismo, sobre todo en materia penal, y está tan interiorizada que de su origen en la citada opinión política y jurídica no queda el rastro de una auténtica revolución. Buena prueba de ello era que, en su configuración original, no aparecía ni en la distinción

de Locke en el Segundo Tratado, que se refiere a la función judicial dentro del Poder Legislativo, ni en el catálogo de Montesquieu, que en su obra se refería a un poder legislativo, un poder ejecutivo de las cosas regidas por el Derecho Civil y un poder de las cosas regidas o sometidas al Derecho Internacional –poder federativo, en la combinación de Locke².

La función judicial moderna del Estado liberal de derecho se contrapone a cualquier idea de justicia estamental, jurisdicción retenida o delegada, absorción por los órganos ejecutivos o dependencia orgánica o funcional, rasgos todos ellos que eran característicos de la función única de ejercer el poder que es la marca del Estado absoluto. Esto quiere decir que fuera de estos casos no tiene iniciativa y que incluso dentro de tales casos o controversias, regidos por el principio de aportación de parte, que aplastó el principio inquisitivo, la función judicial es nula, en el sentido de acción eficiente (Otto, 1991, pp. 287 y ss.). Sin embargo, la Revolución francesa hizo una distinción entre la jurisdicción y los actos de control de la Administración pública. De ese modo, los jueces ordinarios no estaban facultados para la revisión de los actos administrativos, que tenían atribuida la ejecutividad y la acción de oficio, a diferencia del caso del juez inglés, en que la jurisdicción no distinguía entre tipos de acción en función del objeto del proceso, distinción que sería esquematizada por Dicey en un estudio clásico (2013).

Desde el punto de vista de las funciones del Estado, concepto tan estimado en el pensamiento de la Teoría General del Estado, sobre todo en Gerber y en Jellinek, en su aplicación a la función judicial se ha enfocado preferentemente por dos visiones del mismo. En un caso, se trataría de una función cualificada de ejecución de la ley, lo que plantea el problema de la diferenciación con la idea de la Administración como otra modalidad de ejecución de la norma general, lo que obliga a la distinción en la práctica y a la existencia de una jurisdicción de conflictos. Este enfoque ha prevalecido en aquellas jurisdicciones donde no se estableció una distinción originaria entre enjuiciamiento de los conflictos privados y control de la Administración, pues fue en aquellas en las que se separó la función de administrar de la

² El análisis de Eduardo García de Enterría, en *Revolución francesa y Administración contemporánea*, Aranzadi 2005, es de cita obligada.

función de juzgar al menos desde el punto de vista de la atribución de competencia judicial.

El segundo gran enfoque del Poder Judicial por su función, o por la función que presta en el sistema de poderes constitucionales, es el que atiende a su función de resolución de conflictos de origen privado. En este caso se pone el acento en la atribución al Estado de una función pública que tiene por objetivo la solución de conflictos como superación de la autotutela (Carré de Malberg, 2000, pp. 654 y ss.). Esta versión de la función judicial pone el acento en la neutralidad y conlleva necesariamente que se vincule con la garantía de la independencia, que en este caso, muestra su faz de composición de conflictos, como función mediada de aplicación del derecho, que el Estado autodetermina como propia. Es esta la modalidad de la función de juzgar que se identificó antes con la soberanía, pues la exigencia de la resolución de las disputas se consideró un requisito vinculado con la seguridad y el orden público social.

La diferencia entre enfoques es apreciable. En uno aparece como criterio judicial el que delimita la actividad legítima de las administraciones que no son Administración de Justicia, mientras que en otro es el conflicto entre privados, derivado de las reglas del derecho común. En el primero destaca la función como potestad, atribuida legítimamente por la Constitución, que al hacerlo efectúa aun sin querer un reenvío a un ordenamiento que, en general, es anterior a las ideas del carácter normativo y de la supremacía de la Constitución.

La pregunta clave de la cuestión aquí tratada es qué significa juzgar, es decir, qué elementos de la potestad la caracterizan *materialmente*. No se trata de reiterar la independencia, inamovilidad, responsabilidad o demás rasgos personales y funcionales, ya suficientemente estudiados y analizados en los libros, sino definir qué es la función de juzgar, para lo que el último añadido es crucial: «sometidos únicamente al imperio de la ley». Los primeros requisitos son externos a la función, mientras que la referencia a la sujeción a la ley es interna, se refiere al producto de la actividad, y no se puede considerar como una síntesis de los presupuestos sino como la condición de la función que la distingue de otros actos jurídicos estatales. No se trata, por tanto, ni de enunciar, ni utilizar la sujeción a la ley como una condición del ejercicio de la función judicial, sino de su esencia.

Si bien se trata solamente de una aproximación, el Código Civil suizo de 10 de diciembre de 1907 es uno de los pocos casos de referencia al ejercicio material de la función, al establecer que:

1 La loi régit toutes les matières auxquelles se rapportent la lettre ou de la loi l'esprit de l'une de ses dispositions. 2 À défaut d'une disposition légale applicable, le juge prononce selon le droit coutumier et, à défaut d'une coutume, selon les règles qu'il établirait s'il avait à faire acte de législateur. 3 Il s'inspire des solutions consacrées par la doctrine et la jurisprudence.

Y en el artículo 4 dispone:

Le juge applique les règles du droit et de l'équité, lorsque la loi réserve son pouvoir d'appréciation ou qu'elle le charge de prononcer en tenant compte soit des circonstances, soit de justes motifs.

Estas reglas, bastante insólitas en el Derecho comparado, ponen la atención de forma muy concisa en el criterio de decisión, tanto en términos de un Derecho reglado, como en equidad o discrecionalidad, que son técnicas diferentes y a las que, a ambas, alude ese precepto.

Una diferencia importante, vinculada a la cuestión de la distinción entre creación y aplicación del derecho (Guastini, 1999, pp. 365 y ss), es que, frente a la naturaleza esencialmente axiomática de la ley, que necesita para su interpretación el complemento de una actividad deductiva, el juez realiza, sobre todo para la jurisprudencia realista del Derecho, una labor empírica, discontinua, inductiva y, en definitiva, tópica, en la línea del segundo Kelsen, distinguiéndose en este aspecto de la creación del derecho, distinción esta entre creación y aplicación que es de la mayor importancia para subrayar la diferencia específica de la función judicial. La teoría realista irá más allá, calificando a la ciencia de la jurisprudencia como teoría de predicciones de lo que juez hará en el caso (Leiter, 1997, pp. 267-315). La indeterminación del Derecho será la conclusión escéptica.

La potestad jurisdiccional, consistente en juzgar y hacer ejecutar lo juzgado, es competencia exclusiva y excluyente de los jueces y tribunales. Esta determinación se extiende a la selección de la norma aplicable, incluso en su dimensión temporal (validez,

eficacia, vigencia, retroactividad,) y espacial (territorialidad), así como su interpretación, con la subsunción en ella del presupuesto de hecho, operaciones necesarias para configurar la premisa mayor del razonamiento jurídico, operaciones que son privativas de la función judicial y han de producirse con la independencia de criterio querida por la Constitución. Esta es una definición material de la jurisdicción, que se refiere a los contenidos de la función. Única, exclusiva y limitada por la ley.

Los rasgos universales homogéneos de esta función pueden sintetizarse en los siguientes apartados:

- a) Es una potestad, en la línea de la definición de este concepto por Hohfeld (1913), que lo opone a incompetencia. Si bien implica un poder, no es un derecho subjetivo del juez porque conlleva un deber de servir a la ciudadanía. Correlativamente al poder, en su faz pasiva, las partes en juicio están subordinados a lo establecido por la sentencia, que es obligatoria. Lo que a su vez justifica el que exista un poder de ejecución de las sentencias que se atribuye generalmente también al Poder Judicial.
- b) Se habla de la inexcusabilidad de la función, aunque unida a la existencia de una pretensión, a lo que se ha añadido por algunos autores como rasgo esencial de la función la irrevocabilidad de lo resuelto. A este elemento haremos especial referencia, desde el momento en que se trata de un elemento ajeno a las clásicas definiciones que se determinan por los principios de garantía de la independencia y autonomía en el ejercicio de la función, además de justificar la imparcialidad a que se deben los jueces en el cargo.
- c) Hay un aspecto de la función que tiene una relevancia doctrinal muy concreta. Al ejercer la jurisdicción se aplica el derecho preexistente, pero también se crea una norma particular y singularizada. Es esta la que se cumple por la fuerza. El Derecho, antes de su concreción en la sentencia, es más bien difuso. Según algunos autores, el verdadero derecho es el contenido de una sentencia, porque solo respecto de ella puede predicarse la característica de la coercibilidad. En este aspecto, la posición doctrinal de Hans Kelsen es decisiva.
- g) Las decisiones de los tribunales, reuniendo ciertos requisitos, tienen efecto de cosa juzgada. Esto implica previamente y como

ya se ha anticipado, que sus decisiones son irrevocables, salvo contadas excepciones, excepto en vía de recurso. En este sentido se les opone la posibilidad de revisión de oficio de los actos administrativos, en los que la Administración puede reformarlos en determinados casos, lo que no ocurre con la intangibilidad de las resoluciones judiciales. Si bien este elemento no ha sido justificado, es una característica que una vez dictadas las resoluciones judiciales no se pueden modificar, si no es por vía de la aclaración o del recurso.

Estas definiciones forman parte del núcleo de la respuesta a qué es juzgar, mucho más complejo de lo que la formula clásica deja entrever. Son más bien componentes de una definición que no se reduce a señalar que el juez aplica la ley, pues esos elementos tampoco aparecen de un golpe, sino que se van incorporando a la definición en un proceso que tiene algo de parecido con el concepto de *common law*, como puso de manifiesto Holmes. Esta evolución casi naturalista, producto de una acumulación de factores que aprenden del régimen político, en cierto modo impide referirse a la función judicial como algo acabado y completo, pues como este artículo pondrá de manifiesto finalmente se trata de un problema en que lenguaje, justicia y derechos tiene cada uno su lugar.

Siendo todo ello cierto, el concepto democrático de la función judicial se apoya en varios elementos adicionales (Álvarez Conde y Tur Alsina, 2012, pp. 629 y 631). En primer lugar, se debe ampliar el requisito de que los jueces deben aplicar la ley y el derecho, mediante reglas y conforme al uso de esas reglas. Lo que forma parte del contenido de la función judicial hoy es la aplicación del ordenamiento conforme a la Constitución, a sus principios y valores y a los derechos fundamentales, centrando la atención en los conceptos de justificación, suficiencia del razonamiento, o motivación reforzada, racionalidad y aceptabilidad, que van más allá de la motivación, es decir, siguiendo una regla.

En este punto, esencial en el proceso de aplicación del Derecho, se ha distinguido entre la función argumental de la decisión política o administrativa y la del acto jurisdiccional. A diferencia de la intensa coloración de los primeros por la finalidad, la decisión jurisdiccional se basa en un modelo argumental distinto, partiendo de

la base de la existencia de modos de argumentación y fundamentación como la base del razonamiento.

En el caso de la función jurisdiccional, y adelantando conceptos que serán abordados en mayor detalle en el capítulo siguiente, solamente alcanza aceptación general si se fundamenta en premisas que tengan a su vez esa aceptación. Esa exigencia de fundamentación en criterios de aceptación general, que puede ya considerarse integrado en la actualidad en la sujeción al imperio de la ley, se cumple de dos formas complementarias. Uno es la sumisión a la norma, en ese sentido el enfoque clásico, y otro el relativo a las reglas de aplicación, como criterio complementario de fundamentación fundado en la conciencia jurídica general.

A la primera clase pertenecen las reglas de interpretación y las formulaciones de la ciencia jurídica, mientras que a la segunda, pertenecen los precedentes y la jurisprudencia a la que el ordenamiento otorgue fuerza vinculante, lo que mantiene al carácter esencialmente jurídico del acto aplicativo y lo diferencia de los emanados por otros poderes del Estado, pudiendo citarse aquí la seguridad jurídica, la igualdad ante la ley y la unidad del Derecho, que dan lugar, dentro de ese segundo apartado de las reglas de aplicación, al precedente, el principio de igualdad y la unidad de doctrina a través de la articulación de un recurso como el de casación (Otto, 1991, pp. 288 y ss).

No basta con una referencia al imperio de la ley, como sostiene la mayoría de la doctrina que se ha planteado el problema de la legitimación democrática, sino que son la Constitución y las leyes que la desarrollan las que tienen que ser aplicadas. El imperio de la ley no basta para la legitimación del Poder Judicial. Aunque el concepto de función judicial parece que simplemente se toma de lo ya existente, anterior a la Constitución, nada tiene que ver con la anterior. Esta es una consideración fundamental. La sujeción al imperio de la ley es un mandato y no significa simplemente una zona de delimitación negativa, aquello que el juez no puede hacer, sino que tiene una vertiente positiva, aquello que el juez debe hacer. Eso es recogido por la doctrina alemana en materia del delito de prevaricación judicial, al sostener la teoría de los deberes, como alternativa a la tesis subjetiva u objetiva sobre ese delito. Son los deberes los que cifran la línea roja de la resolución prevaricadora, más que el conocimiento de que se dicta

resolución injusta o lo patente, ostensible y evidente carácter injusto de la resolución. Es la infracción del deber del juez, no su convicción o lo insostenible de la resolución, lo que marca el límite.

Esta consideración tiene que distinguir entre jurisdicción bajo la vigencia de la Constitución y de los derechos fundamentales y jurisdicción en un sistema sin las citadas contenidos y garantías materiales. Este es un hecho indudable, que, sin embargo, no se recibe cuando se comenta la función judicial. Por ello, el análisis de la jurisdicción desde la perspectiva segunda, previo a la Constitución normativa, es dependiente y derivado de la función constitucional del juez, y se refiere a aspectos más bien externos, o relativo a las situaciones, derechos y deberes de los jueces, inamovilidad, independencia y otros similares, sin estudio alguno de la función jurisdiccional en cuanto tal en un modelo de Constitución normativa. No hay que olvidar que la jurisdicción se dirige a controlar el comportamiento, otorgar instrumentos para el desenvolvimiento de la interacción privada, regular la distribución final de bienes y servicios, y también para resolver disputas que están fuera de la positividad normativa (Raz, 1985, p. 213).

En una primera aproximación al contenido material de la función de juzgar, en este tipo de orden constitucional, se ha sostenido como criterio de identificación principal de la función de juzgar que la sentencia contenga una solución justificada y aceptable en base a sus propios argumentos. Para ello, el procedimiento de llegar a la conclusión debe tener una misma estructura. La forma de llegar a la conclusión, el camino seguido, en todas sus etapas, debe ser la misma. No puedo llegar por el mismo camino a dos soluciones diferentes, al haber dado los mismos pasos lógicos para alcanzar la conclusión. Por eso mismo, la solución, en las palabras de un ilustre filósofo analítico, está cargada de teoría, por lo que es el camino el que determina la unicidad de solución justa, a la que haremos referencia al analizar la discrecionalidad judicial. La resolución en base a principios es por tanto la última justificación del ejercicio de la jurisdicción (Alexy, 2013), justamente el fundamento central del ejercicio de la función de juzgar. Esta tesis no ignora el carácter abierto de los conceptos jurídicos, pero por ese reconocimiento no asume la discrecionalidad de la función judicial que está en cierto modo en la base del realismo.

El argumento tiene que ser aceptable desde un punto de vista general. Esta es una circunstancia difícil de precisar, en cuanto la referencia a la generalidad excluye la solución del caso concreto como único elemento a evaluar desde la perspectiva de la aceptación, en la que juega un papel tan relevante el ciudadano afectado como la comunidad jurídica. La aceptación tiene que examinarse respecto del razonamiento en un contexto de generalidad. La idea de la aceptación es relativamente reciente, pues la versión antigua del Poder Judicial hacía destacar con mayor relevancia los rasgos de autoridad, entre ellos la sujeción procesal o sujeción a procedimiento y el deber de cumplimiento, centrándose así en los aspectos clásicos derivados de la ley o norma como mandato de la autoridad que la promulga.

La pregunta es inmediata: ¿Ante qué Tribunal se evalúan las citadas justificación y aceptación? Si bien la idea es una forma de solucionar el problema de la presente encuesta, es decir, qué significa el imperio de la ley, plantea el problema de la constatación, tanto desde el punto de vista subjetivo como objetivo. Lo justificable o lo aceptable parece comparecer ante la racionalidad de un ajeno al conflicto jurídico en que interviene la jurisdicción, como tal, pero eso limita su efectividad a los casos en que la valoración sea hecha por el propio sistema jurídico, es decir, a través del sistema de recursos. Pero este no es el significado propio de la justificación o de la aceptación, que tiene ante sí una comunidad reconocible, a la que se remite el criterio final.

Es una observación evidente que la justificación y la aceptación son conceptos relativos, en cuanto la pregunta es más bien quien justifica y quien acepta. En este punto, se ha hecho referencia, en una línea inspirada en la teoría de la acción comunicativa, a una comunidad jurídica, en el sentido de personas que conocen y practican el Derecho. Esto supone que el criterio remite a una comprobación heterónoma, no a una autojustificación, si bien al elaborar la opinión el juez debe tener en cuenta que hay observadores de los métodos que sigue y de la conclusión de la argumentación.

Es decir, el criterio de la justificación o de la aceptación es relevante, pero no es un criterio que se pueda contrastar por sí mismo. Ese es sin duda el talón de Aquiles de ese criterio de identificación. Puede llegarse a una solución común en la infinita comunidad de

investigadores, pero puede no ser así, en cuyo caso la justificación y la aceptación son criterios, no certezas. Esto constituye un grave problema en el terreno al que se dirige el presente artículo, la indeterminación en la función judicial. Y este consiste en que por mucho que se refieran los principios de aplicación del Derecho a justificación y aceptación, es necesario recurrir a criterios que no dependan del auditorio, siempre abierto, como ocurre en la comunidad de investigación. Los criterios que dependen de un auditorio que alcance un consenso es una salida de la acción comunicativa para, en cierto modo, trascenderse a sí misma, pero no se refiere al criterio en sí. Volveremos sobre este punto al estudiar la tesis de los principios neutrales y generales, tesis que no asume la comunidad de interpretación y su consenso, sino que apunta al proceso discursivo de la sentencia.

Si bien lo estudiaremos más adelante, ya en el marco de la discreción judicial, puede adelantarse que sea la propia resolución judicial, su método, su estructura, la que concrete parámetros de control en cierto modo más autónomos. Es decir, que no dependan de una apreciación de conformidad de otro u otros sino de la generalidad de la solución.

En el mismo sentido, hay modelos y técnicas. Entre los primeros se refiere la doctrina a un modelo silogístico, un modelo realista, vinculado al realismo escandinavo y norteamericano, un modelo positivista, que contiene la así llamada discreción judicial, y el modelo de la única solución, este último defendido por Dworkin³. Por otro lado y en lo que se refiere a las técnicas que utilizan pueden ser inductivos, deductivos, axiomático-deductivos, analógicos, analíticos o sintéticos, dialécticos, resolutivo-compositivos o retóricos (Vives Antón, 2018, pp. 641 y ss). La consideración de estos modelos es esencial para dar concreción al imperio de la ley.

Aquí pueden citarse una multitud de aspectos que se refieren al ejercicio de una jurisdicción material, reconocida tanto por el realismo jurídico como por el segundo Kelsen, que puso la atención en la aplicación del derecho como hecho, en su función expresiva más que hilética. Esa visión material de la jurisdicción de carácter empírico en un Estado democrático ha recibido más atención de los filósofos

³ Prefacio de Albert Calsamiglia a la obra de Ronald Dworkin, *Los derechos en serio*, Ariel 1995, pp. 20 y ss.

que de los comentaristas jurídicos, siendo la aportación de Habermas muy relevante. Lo que ocurre es que la versión extrema del realismo jurídico convierte la jurisprudencia en un análisis prospectivo de casos, desde una perspectiva estrictamente empírico-psicológica, que hace de la predicción en base a tales elementos el único factor a considerar.

En relación con el mismo problema, distinguiendo entre creación y aplicación del derecho, Guastini considera la función judicial como interrelacionada totalmente con la teoría de la interpretación (Rodríguez, 2021, pp. 544 y ss). La interpretación como tarea de la aplicación es hoy día el punto clave para valorar la jurisdicción, lo que no está limitado exclusivamente a la jurisdicción constitucional. Es la indispensable especificación y concretización de la sujeción al imperio de la ley. Las variantes de la interpretación admisible son esenciales, lo que incluso ha llegado a plantear la naturaleza materialmente constitucional del artículo 3 del Código Civil. Si bien ello debe considerarse descartado, no puede olvidarse cuando se refiere a la aplicación del derecho a la que están sometidos los jueces.

Existen dos principios que pueden entrar en conflicto: la seguridad jurídica y la justificación de la decisión. Si el primero es una garantía pragmática de estabilización de las posiciones jurídicas, el segundo principio se refiere a que la decisión judicial además de estar motivada sea aceptable. Legitimidad es aquí justificación y aceptación del razonamiento. Y aunque todo esto parezca muy abstracto, es el punto clave de una referencia al Poder Judicial. Siendo principios muy importantes la independencia, la exclusividad, la inamovilidad, la unidad jurisdiccional y la responsabilidad u otros elementos, no tienen nada que ver con la función esencial del Poder Judicial. La diferencia entre la sujeción a la ley como forma de actuar y los medios de garantía del ejercicio de la función y de su organización, a los que aluden la inamovilidad y la unidad jurisdiccional, es tan relevante que opaca la necesaria atención al elemento del cómo se ejerce la jurisdicción.

Por ello, el criterio del imperio de la ley en un Estado democrático se precisa con una referencia obligada a una revalorización y defensa de los valores constitucionales a través de la práctica judicial y por supuesto de la técnica jurídica y de la Teoría del Derecho (Otto,

1999; Alvarez Conde y Tur Alsina, 2012, pp. 638 y ss). Es decir, la legitimidad viene no del simple atenerse a la ley, que legitimaría a regímenes dictatoriales, sino a la vinculación a los valores, a los principios fundamentales y a los derechos fundamentales. Y esto supone que la interpretación de la ley es interpretación conforme a la Constitución y que es en ese punto donde el juez es órgano del Derecho, *viva vox, iuris dictio*, en las palabras de García de Enterría, sometido no solamente a la ley sin también a la justicia. Este órgano del derecho no es un órgano del Estado, y no está sometido los restantes poderes, lo que no quiere decir que sea un órgano libre.

Se plantea en este apartado relativo a la función judicial en un Estado democrático la llamada teoría del uso alternativo del Derecho, indicando que de acuerdo con la misma el método se ampliaría a la defensa de una sociedad más justa. En este aspecto la función democrática del juez sería utilizada en favor de la justicia social, conforme a criterios que podrían calificarse de jurisprudencia *ad hoc*. Esta tesis podría tener un apoyo en las llamadas cláusulas de igualdad material de las Constituciones del Estado social, aunque nunca ha sido aceptado como criterio general, pues desplazaría al principio de seguridad jurídica.

Si bien la doctrina del uso alternativo es rechazada, al menos en la actualidad, una cuestión como la que plantea está en el origen de las polémicas sobre interpretación que han surgido al estudiar esa aplicación de la ley. En el caso de la interpretación de la ley la cuestión se ha centrado más en el medio que en el efecto, mientras que en el supuesto de la interpretación constitucional se ha enfocado desde la perspectiva del resultado de una determinada técnica de interpretación, siendo las dos ramas más controvertidas el originalismo o interpretativismo y el no interpretativismo. Si bien esta es una cuestión del Derecho Constitucional contemporáneo, afecta con toda claridad a la función judicial. La cita de Dworkin del caso *Riggs vs Palmer*, se refiere a la función jurisdiccional en su sentido más evidente, la selección de la norma aplicable o su ausencia y los métodos de integración admisibles, no desde una perspectiva constitucional sino estrictamente judicial, es decir, en un caso concreto.

En las citadas polémicas, que llegan hasta hoy, se confunden modelos de aplicación con modelos de interpretación. Si bien esta

distinción afecta al grado de libertad en la aplicación, utilizando esta como concepto más amplio, la cuestión no está definitivamente resuelta. La referencia a ese caso de los tribunales de Nueva York tiene su importancia por atender al efecto de la resolución del caso, al no existir una norma expresa que refleja la solución buscada. Para ello, se refiere a un principio, el relativo a que nadie puede ser beneficiario de su propia torpeza.

En segundo lugar, la función judicial es completamente ajena al conflicto, respecto del cual el juez no tiene iniciativa, a diferencia de la función administrativa. Este es un rasgo típico de la jurisdicción, y a la vez una exigencia de la función, la vinculación estricta a la aportación de parte en toda clase de procedimientos. Si bien en las leyes procesales vigentes se mantiene una referencia a la iniciación de oficio, ha de entenderse derogada por el estatuto constitucional del magistrado, que proscribiera cualquier actividad de investigación o decisión que no esté instada por parte legitimada y en relación con una propuesta externa (Díez Picazo, 2009).

Ello plantea especiales problemas en el caso de la jurisdicción sobre las decisiones de la Administración pública, donde se ha configurado un modelo de enjuiciamiento dirigido por la pretensión de declaración de la nulidad de un acto previo. En estos casos, no hay un conflicto jurídico entre partes, sino la impugnación de una actuación de las Administraciones públicas, o entidades asimiladas, materializada en una norma o en un acto, donde la parte recurrida es un ente público con el privilegio de decir el derecho, aunque no de forma irrevocable, en cuanto frente al principio de invariabilidad de las resoluciones judiciales se opone la posibilidad de anulación, revocación o corrección de error por la propia Administración.

También en relación con los casos de control de los poderes públicos, y ya desde una perspectiva de interrelación entre la función judicial y la confirmación de un Estado activo, la doctrina ha diferenciado entre el juez ejecutor, el juez guardián, el juez delegado y el juez político basándose en criterios de creatividad jurisprudencial y de autonomía política. Correspondiendo al juez ejecutor una baja creatividad jurisprudencial y una baja autonomía política y al juez político las circunstancias opuestas (Garrido Gómez, 2014, pp. 24).

Apunta esta diferencia a la relevancia de la condición personal del juez, como elemento ineliminable puesto que hay un límite a la homogeneización por la vía del estatuto del mismo. Esta condición determina modos de ejercicio de la función muy diferentes, modelos de juez, pero nada tiene que ver con la función como aplicación igual de las normas, que convierte en indiferente al que firma la sentencia.

II. EL PODER JUDICIAL Y LA PERSPECTIVA DEL DERECHO DE ACCESO A LOS TRIBUNALES

1. *La defensa del derecho subjetivo y del interés legítimo.* 2. *La construcción anglosajona del standing.* 3. *Las garantías del ejercicio de la función.*

La importancia estratégica de la cuestión de la legitimación ha sido puesta de manifiesto por la doctrina francesa en relación con la jurisdicción contencioso-administrativa, seguida en este punto en cuanto a esfuerzo por la doctrina italiana, al identificar una suma de casos en que es una norma abstracta y no un derecho concreto el que es sometido a enjuiciamiento, al hilo de la distinción entre un contencioso de anulación y un contencioso de plena jurisdicción. Tema suscitado precisamente por la intensificación del control sobre las actividades de los poderes públicos, en cuanto actividades densamente reguladas en comparación con la libertad contractual del Derecho Privado (Otto, 1989, pp. 61 y ss), donde se refiere siempre la petición a un derecho subjetivo en el marco de acuerdos, convenios o contratos y con un límite más ambiguo fijado en el orden público económico.

Puede creerse que se trata del viejo problema de la legitimación, pero el tema va más allá, afectando al estudio de la jurisdicción desde la perspectiva constitucional. Las cuestiones aludidas son centrales en el Derecho inglés y norteamericano y tienen una trascendencia constitucional tan palmaria que forman parte de la exposición del Derecho Constitucional y Administrativo, de tal modo que el carácter de la petición determina una compleja doctrina analítica sobre *political question*, *standing*, *ripeness*, *mootness* y otros conceptos prácticos acuñados por una jurisprudencia atenta a la definición judicial de la justicia como competencia-función (Chemmerinsky,

2011, pp. 92 y ss), conceptos que se han incorporado al contenido del Derecho Constitucional y que en España se sitúan más bien en obras generales de organización judicial o incluso en los manuales del Derecho procesal. Ha de añadirse al contenido necesario de ese Derecho Constitucional la cuestión de la interpretación judicial, los modos de interpretación constitucional y el análisis del precedente y de las variaciones de la doctrina que pueden –o no– llevar acabo los tribunales. Todo esto es materia propia de la función jurisdiccional y supera la tradicional lectura y comentario consistente en la glosa de las garantías jurisdiccionales (Otto, 1991, pp. 288 y ss).

La cuestión de quien está legitimado se refiere a la titularidad del interés y, a la vez, el poder de poner en marcha el poder del Estado, a la acción en sentido procesal. No es una cuestión de relación con el asunto debatido, como postula la legitimación desde un aspecto estrictamente procesal, sino de poder jurídico para actuar el proceso coercitivo, mediante el que el Estado se sitúa como árbitro y también como delegado para resolver definitivamente sobre una cuestión de hecho y de Derecho. Aquí, la acción no se confunde con la legitimación, en cuanto la primera es un recurso abstracto, que define la propia esencia de la función jurisdiccional desde la perspectiva del ciudadano.

La relación de la parte, en sentido procesal, con el *thema decidendi* y la pretensión o lo que se pide al Tribunal, son cuestiones constitucionales del más elevado orden. No afectan solamente al que pretende la justicia en el caso concreto, sino que son una cuestión esencial de la jurisdicción. Y tal cuestión está tan poco atendida como la que la causa, ya que, si las nociones básicas son estructuralmente constitucionales, la denominada politización judicial ni siquiera sería planteable (Bickel, 1982, pp. 63 y ss).

La relevancia constitucional de la figura del interés, del efecto reflejo y de los derechos a la legalidad es puesta de manifiesto en el estudio detallado que los manuales de Derecho Constitucional de los Estados Unidos hacen del *standing*, como requisito central de la exigencia de *case or controversy*, y del que su núcleo central es la existencia de una *injury*. La noción apunta a una legitimación examinada estrictamente, que limita la iniciativa del Tribunal y que obliga a una conexión necesaria entre *injury* y caso.

En paralelo y construida inicialmente sobre la base de la existencia de vicios o defectos de orden público, (como incompetencia, *manque de procedure* y desviación del fin de la potestad), la doctrina en Francia, sobre todo en el caso del Derecho Administrativo, ha elaborado una típica cuestión de relación con el proceso, sobre bases no pragmáticas, que ha configurado un derecho reaccional para intentar la supresión de un daño al interés, sin tener que invocar un derecho subjetivo pleno, dentro de los cuales se sitúan los patrimoniales, los jurídico-reales y los derechos derivados de una actuación procedimental de prestación⁴.

Junto a este elemento de la relación de la parte con el interés que inicia la acción la teoría del Poder Judicial se ve completada por la inmadurez de la pretensión, *ripeness*, y por la desaparición del objeto del procedimiento, a la que se refiere la *mootness*. El conflicto o bien es prematuro o bien ha perdido su objeto, como diríamos en España. Estos dos elementos, junto con el requisito de *standing*, *case or controversy*, y *political questions*, se refieren de una forma práctica a la limitación estructural de la función judicial, basándose en principios flexibles, que se completan con unas leyes de procedimiento más breves de lo que es habitual en Europa. Los requisitos de acceso a la justicia son auténticos principios constitucionales, de aplicación general en todos los casos, pues atienden a los elementos comunes de toda pretensión.

Junto a estos principios sustantivos existen otros que pueden calificarse de soportes del estatuto de la función judicial democrática. Entre ellos los rasgos de independencia, inamovilidad, imparcialidad, exclusividad y responsabilidad. Los mismos, entre los que no se ha incluido el tradicional de sujeción a la ley, se han reiterado como ejes de la acción judicial, en cuanto protecciones de los propios jueces y de los ciudadanos. La sujeción a la ley no es un elemento de la condición del cargo, pues se refiere a la esencia de lo que el juez hace, por lo que es un rasgo típico de la función en cuanto función. Y lo primero que hay que destacar es que los hemos calificado de garantías, lejos de la

⁴ Eduardo García de Enterría y Tomás Ramón Fernández-Rodríguez, Curso de Derecho Administrativo, Volumen II; Civitas 2004, pp. 45 y ss, con cita de la principal doctrina francesa e italiana, Laligant, Kornprobst, Auby y Drago. Muy especialmente, Bruno Kornprobst *La notion de partie et le recours pour excès de pouvoir* LGDJ, 1959.

referencia inequívoca a la propia función de juzgar a la que se refiere el artículo 117 en su referencia a la sujeción al imperio de la ley.

La independencia judicial es una garantía del ejercicio del cargo, como lo es la inamovilidad. Las garantías de libre ejercicio se extienden a una protección especial frente a la remoción, que supera lo establecido para la función pública no judicial. El cargo de juez está especialmente protegido frente a la destitución, la suspensión o el traslado, aunque la referencia que hacen las Constituciones al referirse al Poder Judicial simplemente se refiere a las causas previstas en la ley, por lo que es precisamente la ley la que define las condiciones de la continuidad en el cargo judicial.

La independencia es esencial, pero lo es desde un punto de vista funcional, como una independencia dirigida a la aplicación democrática del Derecho. No hay una independencia como capacidad de crear las normas que se van a aplicar, pues esa es una operación prohibida al juez, que nunca puede resolver para el caso general o regular con ese mismo carácter general. Por otro lado, la independencia en sentido funcional está contrabalanceada con la sujeción a la ley, como obligación absoluta. No es que la Justicia como Poder y como función pueda definirse por la mencionada obligación de aplicación de la ley, pues se define desde la perspectiva de lo que hace, pero sí puede considerarse que la aplicación de la ley se integra en el acervo de prerrogativas y protecciones de la función, aunque en este caso en cierto modo de forma negativa.

El carácter ajeno de la pretensión que plantea el inicio de la actividad jurisdiccional implica la imparcialidad. El principio de función imparcial es un correlato del carácter dependiente del ejercicio de la función, que proscribe la actuación de oficio. Las reglas de abstención y recusación tienen una vinculación directa con el principio de imparcialidad, que excluyen que el juez decida sobre su propia causa o vinculado a una de las partes en una forma directa o indirecta. Esta es una regla general-universal de la jurisdicción, en cuanto heterotutela de las pretensiones suscitadas judicialmente. La imparcialidad más que una garantía del ejercicio es un límite externo a la actuación del juez, pues es inimaginable que alguien sea juez en su propia causa. Que el juez sea imparcial no es garantía sino deber, y un deber además de cumplimiento, teniendo también el carácter de

requisito de la sentencia, como lo es el derecho al juez predeterminado por la ley.

La responsabilidad es la contrapartida de los poderes que el Estado concede al juez. No hay función judicial propia sin responsabilidad, del Estado como tal y del juez. La tesis del error judicial y de la responsabilidad por funcionamiento de la Administración de Justicia, que la Constitución de 1978 deslinda, es el elemento de garantía de una función cualificada por la ejecutividad de sus mandatos. Ningún favor se le hace al sistema jurídico cuando se ponen obstáculos a la responsabilidad del juez y su exigibilidad por una vía sencilla para el ciudadano, puesto que lo que consiguen las limitaciones es un descreimiento en la justicia, nada más. La adecuada e imparcial administración de justicia se complementa con el principio de responsabilidad, que es en primer lugar una exigencia al juez sobre el ejercicio de su propia función.

Estas son todas condiciones funcionales del ejercicio, con la matización introducida respecto de la imparcialidad. Pero la función característica material es la de juzgar, es decir la de aplicar el Derecho en un caso concreto con carácter irrevocable y obligatorio. Esta característica, que la distingue de la función legislativa y, sobre todo, de la función administrativa, pone el acento en el título de sujeción o imperio de la ley, en cuanto este es el modo de ejercicio de la función que la cualifica propiamente. La citada característica supone que en este aspecto aparecen las cuestiones de la discreción, de la interpretación y de las doctrinas sobre la definición del derecho, que integran el contenido material del Poder Judicial, constituyendo su núcleo esencial en lo que respecta a la función del juez. A este aspecto de la función se dedica este trabajo.

III. EL SIGNIFICADO DEL LENGUAJE: UN MUY BREVE PERO NECESARIO RESUMEN PARA COMPRENDER LA CUESTIÓN

El análisis de la Constitución es un análisis de su lenguaje. Los criterios de interpretación tienen que remitirse forzosamente al significado. Las versiones de la filosofía analítica se han orientado básicamente por la opción entre el análisis de los lenguajes formalizados y el estudio del lenguaje en su uso habitual. La primera

versión de esa filosofía, articulada ya en Moore, es que el lenguaje, una vez reducido a su formalización, representa perfectamente la realidad. Para Wittgenstein existe una simetría entre el lenguaje y el mundo, una perfecta adecuación del lenguaje, tal y como lo usa en el *Tractatus*, a la realidad. Se postula un isomorfismo entre el lenguaje y lo representado.

Para esta versión extrema del primer Wittgenstein, las únicas proposiciones significativas son las lógicas, aunque son tautologías, o las que pueden verificarse empíricamente. Esta tesis, acogida por los miembros del Círculo de Viena, expulsará otro tipo de proposiciones del dominio de la filosofía. Las proposiciones se articulan en hechos atómicos y en uniones de hechos atómicos, no en objetos, y tienen a su servicio un sistema de conectivas lógicas que permiten deducir la formalización de un lenguaje altamente eficaz para diferenciar.

Para esta tesis, el significado es la evaluación de las condiciones de verdad de una proposición, nada más, siendo el medio de acceso a ese sentido, que no se puede establecer sin el apoyo y en la atmósfera del lenguaje. Los límites de mi pensamiento son los límites del lenguaje, en una frase típica de la filosofía analítica. Consideración de entera aplicación a la modalidad de la lógica deóntica, aunque en esta no exista una descripción de la realidad o una aseveración, pues cuando interpreto ese tipo de enunciados no me muevo en un espacio libre, sino en un espacio ligado, con conceptos de orden, pero con los mismos problemas de determinación del sentido que los que se pueden plantear en los juicios descriptivos o en aquellos en que no existe una orden o un mandato. Tal es el fundamento de la teoría normativa de Moore.

Hay un segundo Wittgenstein, el de la obra conocida como *Investigaciones filosóficas*. En esa obra se revoca en buena parte la filosofía de la isomorfía entre lenguaje y mundo, y la estricta correspondencia de la realidad con el lenguaje, para plantear la comprensión como seguimiento de una regla, en el marco ya de un cierto escepticismo del significado. Esa teoría se enmarca en la referencia a la existencia de unos juegos de lenguaje, no a un único lenguaje, múltiples y con sus propias reglas, que se sustentan en la existencia de parecidos de familia, que permitirán relacionar entre sí las diversas modalidades, pero descartando la tesis de la simple correspondencia

entre lenguaje y mundo. La influencia de esta obra en la filosofía del siglo XX no puede ser exagerada.

En parte en esa misma línea, la filosofía del lenguaje tuvo otra derivación muy relevante, que se sustentó en el análisis ordinario del lenguaje. Las palabras ordinarias son, para este análisis plenamente significativas por sí y solamente basta analizar sus usos, sin que exista una necesidad de establecer un lenguaje ad hoc. Las palabras y los signos están bien, sin más, y será su uso ordinario el que revelará las condiciones de verdad. Aquí hay que citar a Ryle, Strawson y, sobre todo, a Austin, con su teoría pragmática.

La teoría pragmática del lenguaje abre el paso a una interpretación del texto como acción emprendida (Kelsen, 1993, pp. 205 y ss.)⁵. La capacidad de la palabra para llevar a cabo actos de habla ha sido analizada en detalle por la función pragmática de la filosofía del lenguaje, distinguiendo entre actos locutivos, ilocutivos y perlocutivos, en función de algún tipo de efecto adicional a la mera locución. Con esa idea no se alude a ninguna cualidad misteriosa de la palabra, sino a un rasgo de la comunicación, que genera una expectativa en función de lo que se dice y, sobre todo, del rango pragmático de lo que se dice. Decir es hacer cosas, y además cosas muy variadas, desde la definición, la descripción o la exclamación.

El programa de Grice será igualmente un análisis en profundidad de los efectos del lenguaje, en función de las llamadas implicaturas. Grice formula una teoría de forma opuesta a la concepción contextual de interpretación de los enunciados, dando un nuevo enfoque pragmático en base a los principios que regulan la interpretación de los enunciados construyendo una especie de modelo para ayudarnos a regular cómo se produce el intercambio comunicativo. Las palabras también pueden tener un significado añadido, oculto en parte, de tal manera que Grice crea este modelo para ver qué factores condicionan ese nuevo significado. La intención del hablante es la que se dirige a transmitir y la captación de esa intención por el oyente determina también su respuesta.

Por ello, este autor propone principios no normativos, sino descriptivos, que tienen su origen a partir de la conversación. Por

⁵ Sobre la naturaleza del derecho como producida por la teoría de la jerarquía de fuentes.

lo tanto, no se trata de normas obligatorias que rigen, organizan y dan leyes a la conversación, sino que parten de la conversación y la describen. Todos estos principios se incluyen dentro de lo que Grice llama el *principio de cooperación*. Este principio es una condición para que nuestro interlocutor entienda lo que le estamos diciendo, una condición preparatoria que todos los participantes deben cumplir para que la conversación sea coherente. Así pues, no es normativo, pero su no cumplimiento puede desembocar en una sanción social.

Por otro lado, y al margen de estos avances, la formulación de conceptos de las últimas escuelas, entre ellas la de Quine, y que resaltan la relevancia conductual, apuntan a una disociación del significado y del lenguaje, con las tesis de la indeterminación de la traducción y de la inescrutabilidad de la referencia, junto a la crítica de la distinción analítico sintético y del supuesto verificacionista, que constituyen una aportación de gran relevancia en las varias ramas de esa filosofía del lenguaje (Sellars, 1991). Las tesis de Quine constituyen un soporte para las tesis cercanas al realismo jurídico, desde un punto de vista naturalístico, en cuanto se sustentan en observaciones de la conducta más que en una larga cadena de razonamientos.

Son del máximo interés para la cuestión y han sido examinadas en la doctrina las tesis de la teoría causal del significado y la teoría de la referencia directa, tanto de Kripke como de Putnam, en cuanto relacionadas con la tesis de la existencia de la solución única que sustenta Dworkin. La citada tesis sostiene que, frente a las tesis descriptivas del significado, es la referencia al objeto la que identifica, por lo que la tesis causal, vinculada con la referencia, se impone. Los ejemplos clásicos son los nombres propios y los nombres de clases naturales, como oro, que determinan por sí solos y de forma suficiente la identificación del objeto y por tanto el significado, lo que ocurrirá incluso en el contexto del mundo gemelo al que hará referencia Putnam. Estas tesis, que vuelven a cuestionar la tesis de la descripción como determinante del significado, tienen una evidente relación con las tesis de Dworkin y así ha sido señalado por la doctrina especializada.

La conexión con el análisis del lenguaje se funda en la incorporación a la función judicial de la racionalidad y también de la razonabilidad, pues para su efectiva aplicación la norma debe interpretarse

en base a principios generales que se sustentan en la enunciación. Elementos que constituyen la base de la trama de conceptos que se desenvuelve en una Constitución escrita, de una densidad normativa excepcional y que se encuentran soportados por una Teoría Política siempre asociada a la filosofía, en este caso, aumentada por la filosofía del lenguaje y por la capacidad especulativa de la dialéctica. El lenguaje jurídico, si bien tiene un componente técnico, no se desenvuelve de forma distinta a la del lenguaje ordinario. El lenguaje es el mismo y las definiciones del Código Civil se efectúan en ese lenguaje.

IV. LA APLICACIÓN JUDICIAL DE LA NORMA

1. *El imperio de la ley*

La relevancia constitucional de los criterios de interpretación, puesta de manifiesto en España por la naturaleza del Título Preliminar del Código Civil, proviene de la muy peculiar legitimación de la función judicial en la aplicación de la ley, que aunque es casi unánime en la doctrina, requiere ser desarrollada en el Estado democrático (Betti, 2006). Por eso, la legitimación del Poder Judicial no reposaría sobre algo, ya que es un puro reflejo del mandato de la norma, sino por el ejercicio efectivo de la atribución de una función de solución de descubrimiento de los topoi, con arreglo a criterios prefijados y conforme a un esquema de razonamiento lógico. No hay, como tal, función judicial colectiva, o por agregación, ni existe tampoco un elemento legitimador situado fuera (Viehweg, 1973). Es cada juez el que recibe la orden de interpretar y aplicar en el caso concreto la ley y es de la autoridad de la Constitución de la que deriva el poder del juez, sin más.

El poder del juez es el simple reflejo funcional de la supremacía del Parlamento, la vertiente negativa del Poder de legislar, que quedaría en nada si existiese una libertad en la aplicación. Ello confirma la inclusión por Locke en la función legislativa, con una previsión de la función del juez en el Estado democrático que permitirá justificar la función desde una perspectiva relacionada con la aprobación de las leyes. Esta visión no es la más compartida, es cierto. Pero la intuición de Locke al incluirlo en esa rama del Gobierno fue digna de su genio. La conexión entre Parlamento y función judicial es una

conclusión que parece confrontarse directamente con la separación de poderes, pero la crítica de Eisenmann en este punto vale mucho, porque ayuda a situar el dogma en su versión más pragmática, como principio político, del que cabe extraer hasta conclusiones jurídicas contradictorias y que ha asumido en la teoría de los regímenes políticos manifestaciones muy distantes. La doctrina norteamericana se referirá a poderes limitados, poderes enumerados y poderes separados, siendo la referencia a los primeros más apta para obtener resultados jurídicos aplicativos útiles. La enumeración, que obliga a formular una tesis de los poderes implícitos, apela a la competencia del órgano, excluyendo cláusulas generales de apoderamiento. La limitación, que también afecta al principio de competencia en base a la doctrina de ultra vires, ofrece también frutos en las tesis sobre los órganos constitucionales (Brest, 1980, pp. 204 y ss.).

Este elemento de actuación conforme a la ley se sirve, para llevarse a efecto, de la técnica de la interpretación y las reglas complementarias de equidad, analogía, error de derecho, abuso y fraude de ley y otras técnicas de singularización del mandato, conforme a la racionalidad y razonabilidad que hemos señalado al estudiar sumariamente la jurisprudencia constitucional. La sujeción a reglas, la eliminación de las valoraciones subjetivas o la cautela respecto a la valoración en conciencia, son avances que ha traído la existencia de la Constitución vinculante, avances que no podían producirse hasta que la formalización de las reglas de interpretación alcanzó rango constitucional, al menos en sentido material. Por eso la función judicial es, precisamente por su carácter, parte, y una parte muy esencial, de la doctrina de la interpretación, instrumento heurístico de definición del problema y de la solución única conforme a reglas. No existe un más allá de la interpretación.

El razonamiento judicial fija definiciones y postulados, formula principios axiomáticamente y deduce consecuencias o teoremas en el caso concreto. No hay una diferencia de significado entre la determinación axiomática de verdades matemáticas, por medio de cadenas controladas de razonamientos, y el ejercicio de la función judicial, que requiere siempre la justificación suficiente de cada paso o etapa en la cadena, sin que se admita el argumento afirmado sin más. La función judicial es en su versión dominante estrictamente técnica,

dirigida a la aplicación de normas y principios, doblemente racionalizadora, por tanto, y que solamente se legitima a través de un proceso de actualización que tiene el límite de no poder modificar la norma, de atenerse a su texto, si bien el problema y la cuestión comienzan precisamente en el punto de conceder significado al texto. La interpretación no puede constituirse en modificativa, la misma solamente tiene juego en la vinculación al contenido preciso de la norma, no siendo admisible la interpretación *contra legem* y restringiéndose el uso de la analogía. Partiendo de la diferencia esencial entre creación de Derecho, destrucción y modificación del mismo y aplicación del Derecho, distinción sin la que el sistema jurídico es incomprensible, las reglas de vigencia, validez y eficacia son las categorías iniciales que permiten orientar al juez, que debe buscar la situación a tales efectos de la norma que ha de aplicar.

La búsqueda de la justicia es, por eso mismo, y a la vez, heurística. El proceso de interpretación judicial está basado en *el camino de descubrimiento de la solución del caso*, de tal modo *que pueda ser aplicado por medio de los mismos principios a otros casos similares*. Aparece la cláusula de criterios o principios neutrales y generales, en la expresión feliz de Wechsler (1959, pp. 1-35). Este autor situará el debate fuera del foco de las dos grandes orientaciones, al elegir una vía trascendental, kantiana, en que las condiciones de la interpretación de la experiencia jurídica sean a la vez las propias condiciones objetivas de constancia de esa realidad. Si se quiere no perder el objeto, la interpretación, la intención de la norma, hay que garantizar el acceso a la verdad mediante la estricta neutralidad de los principios. La doctrina de Wechsler apunta a una normativización del análisis neutral del caso.

Concretamente –y por su importancia lo transcribimos literalmente–, señala: «Una decisión basada en principios, en el sentido en el que estoy pensando, es una decisión que reposa en razones referibles a todos los aspectos del caso, razones que por su generalidad y neutralidad trascienden cualquier resultado inmediato que tenga relación con el caso. Cuando no pueden aducirse suficientes razones de este tipo para revocar las opciones fundadas en juicios de valor que hayan podido tomar otros poderes públicos o un Estado de la Unión, esas opciones deben, por supuesto, mantenerse».

Wechsler sostiene que en la sentencia *Brown versus Board of Education of Topeka* no existe un razonamiento conforme a principios neutrales y generales. La decisión anti segregación se basó en la sentencia en el daño a las expectativas y a la realidad vital de las minorías segregadas, lo que, sostiene Weschler, no es ni neutral ni general, porque sería inaplicable como tal argumento si la segregación fuese querida por los afectados. El principio no es general y en una segunda aproximación, debería ser sustituido por otro, que más tarde, y en cierto modo ante las críticas, creyó encontrar en el argumento de que la situación de separación se ve invalidada por la prohibición de discriminar a una clase o a un grupo social, criterio que, sí sería neutral, pues la infracción constitucional no puede quedar invalidada por el consentimiento.

La fijación del criterio judicial por Tribunales de derecho, conforme a estándares que trascienden el caso local mediante principios neutrales y generales, supone la búsqueda de las categorías del análisis constitucional. Si el Tribunal puede enjuiciar el caso, no solamente es porque tiene a priori una situación de independencia, sino porque el método es la búsqueda de la solución en la universalidad de los conceptos que emplea. No es que se puede pretender el juez absolutamente imparcial, sino que éste cuenta con unos criterios sustantivos y no estrictamente procedimentales que permiten llegar a una conclusión basada siempre en el mismo principio. Es la ratio del orden, el momento racional del Derecho el que soporta los principios neutrales y generales. La referencia material al ejercicio de la función es mucho más importante, incluso para determinar el contenido real de la independencia, la imparcial o la responsabilidad.

Para ello, Wechsler impone sus condiciones. En primer lugar, estima que las sentencias deben estar suficientemente motivadas, debiendo estar igualmente razonadas en todas las etapas del razonamiento, a lo que suma que deben estar fundamentadas en principios, anticipándose en cierto modo a la nueva consideración de los mismos en las últimas obras jurídicas. Pero, en segundo lugar, esos principios no deben ser exclusivamente reglas más o menos generales, sino principios generales y neutrales, es decir, análisis y razones que desde luego trasciendan el resultado inmediato que se alcanza, citando opiniones judiciales de Black, Frankfurter, o Holmes.

También se refirió a tales principios como morales, favoreciendo la actualización de cláusulas constitucionales abiertas, debiendo fundamentar su decisión en razones generalizables, que estaría dispuesto a seguir en otras situaciones a las que fuera aplicable, añadiendo que se trata de un requisito negativo, más que de un criterio definitivo. Con esta orientación conectará otro gran comentarista de la función judicial, Michael J. Perry, desde una perspectiva de activismo judicial controlado, fundamentalmente, por el poder de las Cámaras de elaborar la legislación procesal, como remedio frente a excesos en la interpretación (Horwitz, 1992; Rostow, 1962; Black, 1960; Bork, 1971; Deutsch, 1968; Friedman, 1997; Golding, 1963; Greenawalt, 1978; Hayman, 2002).

Este criterio, el criterio, doble, de principios neutrales y generales, en mi opinión supera la tesis de la justificación y de la aceptación por una comunidad jurídica con experiencia. En este último caso, hay que recurrir a un colectivo indeterminado, a veces indefinible, para comparar la solución del caso con el ese colectivo compartiera. En el supuesto de la neutralidad y objetividad, la alteración de las personas o de las acciones no afectaría a la decisión, al criterio de decisión, mejor, que se mantendría aun en ese cambio de circunstancias. La objetividad y neutralidad se comprueban en la propia decisión, por su estudio, sin que el criterio de la aceptación juegue un papel, escapando de las dificultades de definición de la aceptación.

Cuando Wechsler afirma su doctrina en el artículo citado, ya ha dominado el panorama la filosofía analítica y es en la misma senda que la rama que conduce a Quine y a Sellars donde el pensamiento del citado autor puede encontrar un referente. Las categorías son siempre lingüísticas, desde un principio, pues no son condiciones de conocimiento sino razones de justificación. No hay un más allá de la norma, pero la norma se inserta en el sistema de normas, que en su interior tiene un contenido complejo, donde los principios juegan un papel esencial. El sistema de normas solamente puede ser comprendido, en el sentido de justificado, por medio de reglas y principios que utilicen básicamente la inferencia. Y por eso se ha citado la teoría de la referencia directa, que busca el significado en la misma cosa a identificar, lo que en el plano normativo se traduce en una búsqueda del sentido literal más adecuado, en el sentido de más reproducible

aun en presencia de otros sujetos. Es la reproducción del razonamiento la que utiliza el significado en el sentido de su origen en la norma.

En ese sentido, los principios neutrales son herramientas heurísticas, guiadas por la neutralidad, que implican una solución única y que aplicadas en contextos diferentes permiten una solución idéntica, en función de tal neutralidad. Medios de conocimiento de la realidad y explicación de lo que Dworkin llama casos, los principios neutrales no dicen que lo sean desde un punto de vista ético o político, sino que aplicados a casos que tengan en sus elementos la misma relevancia estructural dan el mismo resultado.

Razonar conforme a principios generales y neutrales implica predeterminar, por generalización, la respuesta futura del órgano, no encontrar una verdad escondida tras la manifestación de la norma. Si sostengo la decisión contra la segregación en el daño que sufre la comunidad segregada en su estándar de vida y en sus posibilidades de futuro, no estará debidamente justificada la conclusión, pues podría probarse que se trata de una segregación querida. Es la objetivación de la lesión constitucional en una discriminación la que permite extender ese razonamiento precisamente a todos los casos, y, además, hacerlo de forma neutral. Los fundamentos de la decisión están tan argumentados y tan explicitados en términos semánticos que ninguna cuestión futura podrá contar con una solución contraria. Es decir, para Wechsler no solamente se deberían evitar las decisiones *per curiam*, sino que asumiendo la obligación constitucional de motivar se exigiría un requisito adicional: que el argumento sostenga un principio que puede ser aplicado sin forzarlo en un hipotético rango indefinido de decisiones y que, además, asuma una neutralidad activa respecto de los intereses comprometidos en el proceso.

La determinación del Derecho es una actividad reglada, ajena a preocupaciones de comportamiento, que se fundamenta en la actividad de razonar en público, de la que solo una parte es motivación de la resolución judicial y que fija el Derecho aplicable mediante un proceso deductivo que parte de principios colocados en el espacio anterior a la norma aplicable.

La actividad judicial crea reglas que infiere de otras reglas, en un proceso también en cierto modo dialéctico, derivado de afirmaciones y superaciones que buscan identificar el problema y buscar la solución

justa. Principios equivalen a razones y la actividad, cuando se destina a precisar valores, no es diferente de la búsqueda negadora de la verdad del sofista. Como actividad esencialmente intelectual, no se carga de valor sino cuando agota el razonamiento y huye del modelo apodíctico, no siendo la dogmática una referencia al método sino a los tópicos, a los problemas (Tribe, 2000, pp. 56 y ss.). No vale simplemente afirmar, la verdad judicial deriva del razonamiento. No es afirmar, es justificar. Decir que algo es evidente es por sí mismo evidente pero no dice nada, es un enunciado vacío. Y recurrir a un método de escritura judicial que superponga una serie de sentencias a una afirmación de este tipo, lo que muy frecuente, es dar una respuesta ficticia a un problema real.

La garantía de la exigencia del razonamiento judicial está en su revisabilidad por un análisis basado en afirmaciones o negaciones de las formuladas en la instancia inferior, por otro órgano del mismo poder, formalmente desconectado del primero. Una segunda ocasión del razonamiento supone recorrer de nuevo el camino de descubrimiento de la solución del caso, constituyendo, además de un derecho constitucional, la exigencia lógica de la configuración del proceso de decisión. No se cuestiona la existencia de una revisión, entendida en su más abstracto sentido, como camino de comprensión de la decisión de instancia conforme a la naturaleza de los hechos y su fijación y a la aplicación del Derecho.

La garantía de la revisión del juicio por un tribunal superior, que pueda revocar la sentencia inicial, que no puede considerarse como excluyente del carácter irrevocable de la decisión judicial, es también un núcleo esencial del derecho de defensa, que se ha integrado en el derecho a un juicio justo, en el que las razones del Tribunal inferior son motivadamente y de forma profunda sometida a enjuiciamiento del Tribunal superior. La apelación reconoce una identificación de la justicia con un comportamiento racional responsable, en que el enjuiciador se sitúa en una posición vicarial estricta respecto de la ley, que no puede sobrepasar. La apelación garantiza, por tanto, que el juez no crea Derecho, pues si así lo hiciera el Tribunal Superior estaría obligado a revocar la decisión (Habermas, 2005). Veremos más tarde que esta cuestión de la creación o no creación del Derecho por el juez es muy compleja, pues en el fondo plantea un aspecto poco examinado, la comparación con la actividad legislativa.

La vinculación a la ley y al Derecho es directa, sin matices e irrestricta. Este es el significado del imperio de la ley, como regla de definición y de ejercicio de la función judicial. La vinculación es de aquel tipo que Dworkin reconoce como discrecionalidad mínima o nula, encuadrable en una actividad que no puede ir más allá de esquema de la subsunción más elemental, y a diferencia de la actividad administrativa. El juez, titular anónimo del Poder Judicial, que en cuanto tal no es nada, sino el proceso motivacional sometido a reglas, y que requiere la aceptación, no puede imponer sus criterios, debiendo en caso de infracción de tan elemental principio ser corregido, así lo dicen siempre las leyes, por un Tribunal superior, que está sometido a las mismas reglas materiales que el de instancia.

Todas las consideraciones realizadas hasta aquí confirman que la intuición esquemática de Montesquieu tocó de cerca la verdad sobre el Poder Judicial. El Poder Judicial es de alguna manera nulo, precisamente por considerarse órgano del Derecho, *viva vox, iuris dictio*, en la expresión utilizada por Eduardo García de Enterría. Es la ley la que impone con su eficacia virtual la nulidad del Poder Judicial, que convierte a la aplicación en instrumento de la Constitución, siendo rechazable la modalidad de positivismo que considera que el juez tiene discrecionalidad fuerte (Dworkin, 1995). Es decir, la Justicia, en un marco constitucional, se convierte en un poder nulo por mandato de una norma superior, que define sus competencias abiertamente, en cierto modo auto referenciales, por remitirse a la forma vacía de ese poder aplicativo. Es la forma del Poder, sin referencia explícita a competencia alguna sino la aplicación, al enjuiciamiento, la que confirma que el descriptor de Montesquieu era acertado.

Naturalmente, la posición sobre la función judicial como estrictamente vinculada a la ley, en las dos formas de sujeción a la norma y condicionamiento por reglas, que dan lugar respectivamente a la vinculación a las reglas de interpretación legales, y, en segundo lugar, a los precedentes judiciales, excluye la visión de la libertad del juez en la aplicación de la ley. Ni la Escuela del Derecho Libre ni la teoría del uso alternativo, ni la visión estrictamente realista del Derecho, en cuanto predicción de la decisión judicial, son aceptables desde la perspectiva del imperio de la ley. Este supone una forma de aplicación inderogable, que excluye la discreción judicial, incluso en los casos

más difíciles, y se identifica con la teoría de la integridad del Derecho, frente a las tesis del convencionalismo o del pragmatismo (Dworkin, 2009). Lo que confirma que el análisis de la función judicial como poder del Estado se identifica con la interpretación de lo que sea el imperio de la ley, reflejado en las polémicas sobre la interpretación a las que se ha hecho referencia.

Por tanto, el imperio de la ley va mucho más allá en una Constitución normativa que la estricta sujeción a la ley, sobre todo si se entiende en una forma negativa. Va mucho más allá, por tanto, del enunciado. El imperio de la ley es una cuestión entrelazada con los criterios de interpretación y aplicación de la norma que se consideran parte del convencionalismo. Hay una llamada a las reglas de argumentación, que puede considerarse en el sentido de los principios esenciales que regulan esta materia, que ha cobrado una fuerza en la teoría general sobre todo a raíz de la obra de Alexy. El camino argumental hasta la decisión se rige por las mismas reglas que las generales, limitando de esta forma materialmente la actuación judicial.

Hay que referirse a la interpretación, pues para acceder a esa verdad, este es un elemento indispensable. La interpretación es una actividad de la aplicación judicial de la ley, no la única. Hay una obligación de argumentación incluida en la obligación de motivar las resoluciones judiciales. La argumentación supone que la aplicación a través del silogismo es mucho más compleja que la inicialmente planteada en la historia. No cabe reducir la aplicación a la mera subsunción de los hechos. Por ello, la función judicial está sujeta al Derecho, o, en la terminología de las modernas Constituciones, a la ley y al Derecho. Y la primitiva versión de la subsunción se ve profundamente modificada tanto en lo que se refiere a la determinación de los hechos, apareciendo una necesaria motivación fáctica, como en la fijación del Derecho aplicable, donde la pluralidad y heterogeneidad del sistema de fuentes obliga a una determinación previa de la norma aplicable a veces muy compleja. De esa determinación de la norma aplicable y su interpretación no se deduce inmediatamente una conclusión, sino que media la determinación de los hechos, puestos de manifiesto en la motivación del juicio fáctico, a lo que se suma un proceso diferente, pero que parte de las conclusiones a las que se haya llegado, que es propiamente la función argumental hacia la determinación del fallo.

Como se ha indicado en la doctrina especializada, estos procesos no tienen por qué seguirse en el tiempo, pero sí que forman parte de la preexistencia formal de la validez de la sentencia desde el punto de vista de cumplir con el requisito del imperio de la ley. No hay una cadena de operaciones que deban seguirse unas a las otras –mucho menos aun en la teoría del realismo jurídico– sino un conjunto de requisitos del razonamiento que otorgan legitimidad a la sentencia, en el marco de su aceptación. La labor de la intuición es un cierto mecanismo opaco de la decisión, una caja negra. No cabe hablar de aceptación, como se hace al referirse al imperio de la ley, sin que las condiciones exigidas a la argumentación sean cumplidas, lo que enlaza con la necesaria extensión, coherencia e integridad de la motivación, ya desde la perspectiva de la tutela judicial efectiva. Lo que no cabe confundir, porque el imperio de la ley es un mandato constitucional independiente de la tutela judicial, en cuanto mecanismo exigible para el ejercicio de la función jurisdiccional desde un punto de vista interno. Es decir, un requisito puro de la citada función, aunque esta conlleve otras garantías.

Cabe decir que en este capítulo y aunque la Constitución no lo diga, hay una remisión por la vía de la referencia dinámica al imperio de la ley. A algo mucho más complejo que el aludido en el esquema de la subsunción, porque en un Estado democrático lo remitido no es una norma sino un conjunto de normas y reglas, en las que hay que incluir las normas de interpretación y las sentencias y precedentes. Del mismo modo que la referencia a juzgar y hacer ejecutar lo juzgado toma del pasado elementos determinantes, existen otros elementos actualizados que tienen una nueva virtud en un Estado democrático.

La distinción entre función normativa y aplicación del derecho ya encontró una respuesta en Kelsen. Hay que partir de la base de la distinción entre normas generales y normas individuales. Las primeras son expresiones que correlacionan casos genéricos con soluciones genéricas y las segundas las expresiones que correlacionan una cierta descripción de un caso que es individual con una solución individual. Se diferencian por el presupuesto y por la base aplicativa del juicio y extienden su problemática también a la función judicial. La cuestión más relevante es la que se refiere a las normas generales, en cuanto es en ellas donde se puede sustentar una creación judicial del Derecho.

La norma individual de la sentencia, la que es constitutiva de la misma, no puede considerarse sino resolución de un caso, con los límites de cosa juzgada impuestos en cada caso, pero es muy complicado que exista una incorporación de una norma al ordenamiento, pues se trata solamente de una solución del caso.

Kelsen entendía que el juez dictaba normas individuales, aunque crea Derecho, es decir, emiten normas generales, en los casos que plantea: el precedente y la previsión en otra norma superior que lo prevea expresamente. Para Kelsen había que destacar igualmente el carácter volitivo de la decisión judicial, en cuanto es finalmente la decisión un acto de voluntad, aunque esté sujeto a reglas de aplicación del Derecho. En este sentido, para Kelsen sí hay un Derecho de creación judicial, que se extiende como mínimo a las reglas constitutivas de un precedente o derivadas en los sistemas continentales de la aplicación de la función casacional, fundada en la función de unificación atribuida al recurso y que tiene otro carácter que el fundamento de ese precedente que obliga.

En esta cuestión tan técnica, puesta de manifiesto por la agudeza de Hans Kelsen, se encuentra la clave de la creación judicial y también al menos en parte de las escuelas realistas del Derecho. Si se caracteriza la jurisprudencia de norma general también puede decirse que la cuestión se plantea en los casos de ausencia de consistencia, coherencia y completitud del derecho, lo que da lugar a los problemas específicos de las lagunas y de las antinomias, estas causadas por la existencia en un sistema de un supuesto de hecho al que se le otorgan dos consecuencias incompatibles en dos formulaciones normativas diferentes. La laguna es falta de norma, y tiene las dos modalidades de lagunas lógicas y lagunas de conocimiento y reconocimiento, mientras que la antinomia se da cuando en un sistema jurídico un comportamiento sea calificado deónticamente de dos modos incompatibles en dos normas que forman parte del sistema.

Por tanto, la cuestión de la creación judicial se resume en el problema de la generalidad. Y aquí cabe distinguir entre generalidad como concepto abstracto y generalidad en el sentido jurídico. Es norma general la que se incorpora al ordenamiento y aquí y para distinguirla del acto se ha hecho uso de dos posibilidades; creación de derechos y deberes nuevos vinculantes y posibilidad de reiteración

en la aplicación sin implicar ello la derogación. En ese segundo sentido, la creación judicial exigiría una reiteración en la aplicación de la norma derivada de la sentencia. Y aquí hay que hacer una nueva distinción, según esa reiteración sea no posibilidad sino obligación, lo que abre la teoría del precedente.

Un carácter vinculado a la nueva regla judicial apoyaría efectivamente la teoría de la creación judicial y sería el grado de ligadura el que, determinando la efectividad de la nueva norma, fijará las condiciones de aplicación, incorporándose al acervo predictivo de la actividad de conocimiento de la actividad del juez. Naturalmente, ello conllevaría el que se pudiese marcar la distancia entre la Escuela del Derecho Libre y los argumentos del positivismo, o al menos entre sus efectos. Para aceptar la creación judicial, reducida por medio de los instrumentos técnicos de los que ya se dispone, no es necesario ampararse en la citada doctrina, sino que lo que se deduciría es una mayor complejidad de la función, no una tesis abdicativa de la seguridad jurídica.

De aquí se deriva la referencia al precedente y al *stare decisis*. Esta regla típicamente anglosajona supone una inflexión previa del proceso de aplicación del Derecho. El Derecho se compone de los precedentes judiciales y la modificación del precedente se convierte en un aspecto de máximo nivel en ese mundo del Derecho. No cabe entender la función de aplicación si no se tiene en cuenta que en el sistema del *common law* el precedente tiene la función de la ley, que también existe como *statute*, producto del Parlamento.

El precedente vincula por el principio de estar a lo resuelto, es decir, de atender al caso y como se ha señalado también recubre los *statutes* que se aprueban con los ya dictados y tiene una eficacia vertical, por el que vincula a los Tribunales inferiores y una eficacia horizontal, que le hace obligatorio en el caso de sus propias decisiones anteriores del órgano judicial, aunque la cuestión está menos clara en el caso de los Tribunales del mismo rango.

El *stare decisis* confiere al precedente el valor de regla acerca de la solución de los casos ulteriores, y su alteración o modificación, el llamado *overruling*, puede tener una eficacia *ex tunc* o *ex nunc* en función de la materia a la que se refiera. En España existe una doctrina que se puede acercar a la genuina del precedente vinculante, que es la

relativa a la igualdad en la aplicación judicial de la ley, en la que se imponen requisitos que desvirtúan la citada asimilación, pues bastaría para justificar el cambio de criterio una motivación «suficiente» (Otto, 1999, pp. 290 y ss.). Por ello la función que cumple la citada figura no tiene nada que ver con el precedente, pues la igualdad en la aplicación judicial de la ley no es per se una regla de aplicación del Derecho que tenga carácter general, como en los sistemas de *common law*, sino una aplicación concreta y muy limitada del artículo 14 de la Constitución en relación con el artículo 24.

Las condiciones para alterar una norma jurisprudencial son más estrictas que las de modificar la ley. Así la revocación de un precedente requiere la concurrencia de requisitos que dejan ver la diferencia entre las Cámaras y el Poder Judicial. Las condiciones del *overruling* en el ámbito norteamericano están expuestas en *Arizona v. Gant*, 129 S. Ct. 1710, 1728 (2009) (Alito, J., dissenting) (listing *reliance*, *circumstantial change*, *workability*, *evolution of surrounding case law*, and *the quality of reasoning of the precedent as factors to be considered in overruling*); *Casey*, 505 U.S. at 854–55 (listing as factors *workability*, *reliance*, *legal evolution*, and *change in circumstances*); *Payne*, 501 U.S. 808, 827–30 (citing *quality of reasoning*, *how many votes the precedent garnered*, and *whether the precedent has «defied consistent application by the lower courts»*).

V. EL PROBLEMA DE LA DISCRECIÓN JUDICIAL. LA EQUIDAD

Lo que es aceptado por la doctrina sobre la materia es un contenido del análisis de la función que, partiendo de los modelos de justicia, asume un cierto contenido común, que se refiere a elementos también comunes. En este sentido se han distinguido una serie de problemas; definición y naturaleza de la función judicial; diferencia entre creación de la norma y aplicación judicial de la norma a través de la sentencia; distinción entre el modelo estricto de subsunción y modelo de creación judicial, alcance de esta segunda si se admite, interpretación y e integración de la norma y, común a todas esas ideas, el concepto de discreción o discrecionalidad judicial.

Aunque no haya sido explicitado en el apartado anterior, a las cuestiones planteadas les es común una incidencia de la llamada

discreción o discrecionalidad. Se ha distinguido por los autores que han tratado esta cuestión esencial entre discreción débil y discreción fuerte y entre discreción política y discreción semántica, a los efectos de distinguir en un complejo normativo aquellos aspectos que encierran una mayor facilidad para aplicar la discreción citada.

A estos efectos se ha referido la doctrina al margen o margen de apreciación, distinguiendo entre margen de validez, margen de interpretación, margen de valoración y margen de las consecuencias deducibles de los rasgos anteriores. De este modo se identifica margen con margen de apreciación, distinguiendo analíticamente entre los elementos de la decisión.

El modelo de discreción fuerte sostiene que el Derecho deriva de las fuentes sociales, sustenta la existencia de respuestas jurídica correctas y también opta una tesis llamada de la indeterminación parcial del Derecho (Barak, 1989). Ese modelo excluye, aunque sea implícitamente, la tesis de la única respuesta correcta, en cuanto hay una actividad del juez que sea por vaguedad, por ambigüedad o por la llamada textura abierta, se considera que siempre existe. Es la decisión que se toma entre dos o más soluciones igualmente válidas para el Derecho, sin que ello suponga que exista una indeterminación. Por tanto, de lo que trata no es de que la decisión venga acordada libremente o en función de principios ajenos por completo a la norma legal, sino a un poder de determinación del juez en general, admisible exclusivamente en función de una indeterminación semántica o sintáctica.

Es decir, la discrecionalidad fuerte no se refiere a una solución arbitraria, sino a la existencia de opciones de los que se excluyen al menos parcialmente el dar razones amparadas en una norma de cobertura que resuelva precisamente el caso. No se excluye la legalidad, sino que se da el caso de un supuesto en que no existe una respuesta única. Y ello conlleva el referirse a la tesis de la única respuesta correcta. Es una opción muy radical, pues reconoce un espacio de decisión discrecional en la actividad judicial que se trataría en realidad de un derecho libre de opción entre alternativas, que se concedería al juez a la vista de la existencia de lagunas o contradicciones. Esa opción discrecional no tiene límites, sino que es libre, en el sentido más amplio, lo que no lo constituye en concepto a priori que luego es limitado, sino de un concepto directamente ilimitado. No es que

no haya que justificar la opción, sino que esta es una opción no constreñida.

De esa condición se deriva una función judicial que se aleja de la visión mecánica, puesto que es el propio ordenamiento jurídico, incluso basándolo en la tesis de la delegación, el que atribuye al juez un verdadero poder de decidir a su libre arbitrio. Es una solución a las limitaciones del lenguaje jurídico, que zanja mediante lo que se ha llamado una función creadora, pues crear es resolver sobre alternativas sin otra cosa que la propia elección, lo que la equipara a la llamada discrecionalidad legislativa, confirmando la agudeza de Locke al incluir en el Poder Legislativo la función judicial. Esta libertad aplicativa, si bien ha sido admitida en los últimos tiempos, plantea lo que ya anunciamos como problemas insolubles de excesos en la función judicial.

La opción por la discrecionalidad, en primer lugar, no es limitable. Discreción es elección libre. Referirse a los límites de la discrecionalidad, como se hace en Derecho Administrativo, es contradictorio. En la discreción judicial se pretende reconocer un aspecto de la función judicial en la que esta crearía derechos y deberes no establecidos en el ordenamiento. No establecidos *previamente* por el ordenamiento. Y es así en cuanto que la discreción judicial se reconoce como facultad de elección. Existe un cierto acuerdo acerca del fenómeno de la discrecionalidad judicial en presentarla como una «elección entre alternativas abiertas». Este modo de entenderla parece suponer que ha de ser caracterizada como un acto *voluntario* que consiste en *optar* por seguir un curso de acción determinado cuando existen por lo menos dos posibilidades reales de actuación mutuamente excluyentes y entre las cuales el Derecho no ofrece razones que hagan más correcta una de ellas sobre las otras. Esto supone un cierto margen de autonomía, libertad o falta de control para determinar el resultado de la decisión, que no puede basarse en estándares impuestos por otra autoridad jurídica.

Entonces aparece una actividad libre en el Derecho, que puede afectar a la determinación de los hechos, a la calificación o tipificación jurídica y al fallo, de forma derivada. La citada discreción como libertad de criterio, libre elección o ejercicio discrecional de una potestad de configuración, utilizando un concepto de la teoría general

del Derecho Civil, adquiere un cierto carácter legislativo, si es que la función judicial en algún momento la dejo de tener. La opción es libre, ejercitable en función de la propia norma, que remite al juez, a lo que decida el juez libremente. Si bien es raro encontrarse este criterio directamente formulado, es al mismo resultado al que conduce la tesis de la discrecionalidad judicial, que supone una libre elección. No en una libre elección confinada por otros criterios o normas sino como tal.

Es sabido que la discrecionalidad fuerte es aceptada por los positivistas en los llamados casos difíciles. De acuerdo con esta tesis cuando el juez no está simplemente vinculado por pauta general alguna impuesta por una autoridad. No se trataría del caso en que existen dificultades derivadas de la vaguedad o ambigüedad del lenguaje, como en lo que se ha llamado el primer sentido de la discrecionalidad débil, ni tampoco se trataría del segundo supuesto de la misma, la que entiende por tal la que se atribuye en caso de ausencia de recurso sino para aludir a la completa falta de normas generales que regulen la toma de una decisión, es decir, que la decisión no está controlada por una norma general preexistente.

La pregunta que cabe hacerse es si es posible una discreción judicial de este tipo en una Constitución normativa. Hay que tener en cuenta que la función administrativa, en virtud del artículo que la somete a la ley y al Derecho, artículo 103.1 de la Constitución. La definición de la función judicial se refiere solo al imperio de la ley, si bien esta diferencia no puede considerarse determinante por si sola de una diferencia de tratamiento. Una discreción judicial en sentido propio es una función de creación de derechos y deberes y de ejecución de los mismos. Esto no es discutible. No hay norma. Es el caso que cita Dworkin contra Hart, el de la persona afectada por una medicación en unas circunstancias sin una acción clara. La discreción judicial en sentido estricto autorizaría la demanda, aunque no esté previsto el caso, como lo hizo la jurisdicción de equidad, y hasta Endicott lo admite como posible legalmente (Endicott, 2007, pp. 311-326). Y esa conclusión modifica la discrecionalidad que Hart admite por indeterminación parcial, añadiéndole un carácter análogo al proceso de deliberación y aprobación de la ley, que a su vez permite distinguir entre casos por el efecto de la norma: carácter general o

decisión particular, lo que lleva directamente a las condiciones de admisibilidad de Kelsen del caso general de la sentencia judicial: el precedente y la previsión en otra norma superior que lo prevea expresamente. La única diferencia sería el procedimiento.

La función de la cosa juzgada es delimitar los efectos de las resoluciones judiciales. La limitación de efectos es una regla general, que debe ser analizada con cuidado, al distinguir entre los diferentes tipos de jurisdicción. La impugnación de un Reglamento en la jurisdicción contencioso-administrativa puede terminar con un pronunciamiento con efectos generales –efectos *erga omnes*, se dice, aunque es preferible la referencia a los efectos generales– y existen varios expedientes judiciales que amplían el efecto inicial de la cosa juzgada, como la extensión de efectos en la misma jurisdicción. Luego existe una conexión entre el problema del efecto general y la clase de jurisdicción y el tipo de proceso que complica dar una regla sencilla sobre el efecto de las resoluciones judiciales en relación con las partes y con el objeto del proceso. La regulación de las acciones colectivas lo viene a reconocer.

Si esa tesis sostiene la indeterminación en un grado máximo, amparada en las tesis de Dworkin, la utilización del ordenamiento jurídico en su integridad permite sostener la tesis de que hay una sola solución correcta a la resolución de un caso, fundamentando tal afirmación en la existencia de principios. Frente a esta tesis, autores como Atienza (Garrido Gómez, 2014. pp. 72 y ss.) han listado los criterios de justificación o rechazo de la tesis de la única respuesta correcta, de mayor aceptación de la tesis a menor aceptación de la misma: existe una única respuesta correcta derivada de los principios del Derecho Natural; existe una única respuesta correcta derivada del derecho positivo y de las reglas del método jurídico; existe una respuesta correcta derivada de la opinión de la comunidad jurídica; existe una única respuesta correcta derivada de la existencia de fines y valores; y, finalmente, existe una única respuesta correcta pero solo como una idea regulativa.

Frente a esta afirmación, se sostiene que la tesis solamente puede ser aceptable con su carácter regulativo; que los jueces deciden de forma subjetiva e impredecible o que la tesis de la respuesta única correcta es una ideología para enmascarar el poder político de los

jueces. Para esta última tesis el carácter arbitrario de la actuación judicial es el producto inevitable de la tesis semántica, que a su vez está vinculada con el enfoque objetivo de la interpretación, que exige que la misma sea llevada a cabo sin atender exclusivamente a la intención del autor de la norma. Esta argumentación es objeto de ataque por Hart y a su vez el ataque de Hart es rebatido por Brian Leiter, que ha dado una nueva lectura al realismo, al margen de la determinación o indeterminación del Derecho, como presupuesto de ese realismo jurídico, siendo difícil reconocer lo que va antes, pues la indeterminación es en primer lugar siempre posible, pero, por otro lado, no es fácil correlacionar determinación-indeterminación con positivismo-realismo.

Existe otra manifestación de la discreción judicial, la calificada como débil, que encuentra un lugar para formalizarse en la determinación de los hechos. Al margen de la diferencia entre hechos brutos, valoración de los hechos y motivación fáctica de la sentencia, en el caso de la discrecionalidad débil pueden situar igualmente problemas de indeterminación derivada de la existencia de vaguedad, ambigüedad y textura abierta de las proposiciones normativas (Iglesias Vila, 1999, pp. 64 y ss.), del que deriva el problema de su carácter derrotable, que se sintetiza como concepto en la referencia a la existencia de excepciones al mandato de la norma no incluidas en su contenido explícito.

En el análisis de la discreción judicial –estamos excluyendo la discrecionalidad administrativa– existe un proceso de (i) identificación y cualificación de los elementos de la situación de hecho, especificando el sí, el cómo y el cuándo; (ii) la identificación del medio idóneo para satisfacer el fin a perseguir por obra del sujeto enjuiciador y (iii) la aplicación con el rasgo de congruencia lógica de los criterios de equidad y los principios generales del derecho respecto a la premisa de hecho.

La discreción judicial débil, a la que estamos haciendo referencia –la sostenida como discreción judicial es materialmente una actividad legislativa– depende del sistema que se elija estudiar, pero no puede ser arbitraria y se ha de deducir de las normas previas y de una o varias normas generales y debe distinguirse entre la respuesta final al caso y la respuesta correcta, que no pueden ser confundidas.

Si bien esta tesis es discutible al introducir los principios, –muchos y válidos como «quien tiene la ventaja ha de tener la carga»; «nadie puede obtener un beneficio de su propia falta», «no hay derecho sin deber»; «las convenciones deben tener una causa válida», «nadie puede enriquecerse indebidamente»– la primera conclusión deriva de la inexcusabilidad de la decisión judicial y de la prohibición del *non liquet*, que introduce un factor demostrativo en la tesis de la aplicación del derecho que atenúa la rigidez de la aplicación de la norma, en cuanto finalmente hay que decidir y esta imposición obliga al menos a determinar una resolución final del caso.

La equidad es otra cuestión. En la equidad se impone una valoración de la equivalencia entre lo que se da y lo que se recibe, que remite a un arbitrio controlado del juez. La equidad es un modo de aplicación de la norma en el otro extremo del ejercicio de los poderes reglados. Sin embargo, y como opinión mayoritaria, la equidad como método de determinación de la solución judicial de conflictos, no es fuente de derecho sino más bien una regla de interpretación y de posible aplicación de las leyes. El Derecho español la admite, pero la condiciona. De acuerdo con el artículo 3.2 del Código Civil la equidad habrá de ponderarse en la aplicación de las normas, si bien las resoluciones de los Tribunales solo podrán descansar de manera exclusiva en ella cuando la ley expresamente lo permita, legalizando la aplicación judicial de la equidad, si bien solo podrá invocarse como factor ponderativo, cuando la norma aplicable no se adapte concreta y claramente al caso controvertido, y la ley expresamente lo permita.

La equidad –diferente como concepto al de la *equity* como cuerpo de normas derivadas del ejercicio de la jurisdicción por el canciller– puede ser entendida como moderación o enmienda de la previsión legal, o como la solución del caso concreto no previsto en la ley según el sentido de lo justo manifestado en la sentencia, mediante la aplicación de la justicia al caso concreto. No se trata de una aplicación de la equidad libre y discrecional, sino limitada cuando preexiste una ley que lo permita expresamente.

Son dos los rasgos más destacados que integran la equidad:

- a) Que la equidad como elemento jurídico judicial permitido por la ley no puede ser aplicada incondicionalmente, que tiene que hallarse justificada, y

- b) Que la solución del conflicto por equidad solo es aplicable cuando la ley expresamente lo permita, no estando admitida en los demás casos.

Ahora bien, lo que el artículo 3.2 veda es el uso exclusivo de la equidad en la fundamentación de las resoluciones, a menos que así esté expresamente autorizado, pero en modo alguno la ponderación que se ha de hacer en la argumentación, es decir, la aplicación de la equidad en la generalidad de los casos. Precisamente es en aras de la mejor realización de la justicia por lo que han de ser especialmente ponderados y valorados los hechos y circunstancias excepcionales que nunca pueden ser ignorados por el juzgador. De todos modos, las referencias a la utilización de la equidad, o a juzgar en equidad, junto al caso de la diferencia entre arbitraje de derecho y arbitraje de equidad, no conduce en el derecho continental a un claro reconocimiento de la misma como lo hace respecto de las normas de interpretación. La fórmula del Código Civil no aclara ni su posible aplicación directa, ni su aplicación como fundamento único de la decisión judicial.

La equidad funciona así como elemento tendente a lograr una aplicación de las normas sensible a las particularidades de los casos, sin que sin embargo sea nada fácil el considerar o no la concurrencia del exceso al que lleva la aplicación del principio de legalidad, que es exactamente el papel que la Exposición de Motivos del vigente Título Preliminar del Código Civil asigna a la equidad, siendo mayoritaria la opinión de que se puede utilizar como criterio interpretativo en cada caso concreto, en concurrencia con otros principios.

Lo que no parece admisible es que la equidad, en su cierta indefinición, sea el único criterio para resolver. Si bien no es cuestión definitivamente zanjada, la limitación que la ley puede introducir en la sumisión a la ley en el sentido de fijar como único criterio el de la equidad no es aceptable. No está así dicho, pero puede deducirse se su exclusión como fuente del derecho, incluso como criterio interpretativo explícito, lo que se extiende o puede extenderse al arbitraje de equidad.

La equidad tiene como trasfondo también el llamado problema de la única solución justa, tal y como es planteado en la obra de Dworkin. Existen casos en que el juicio de equidad puede alcanzar con mayor facilidad esa solución única, por una apreciación basada

en la intuición de las circunstancias del caso. La equidad en este caso serviría de criterio orientativo sobre la posición de las partes y tendría conexión en el Derecho Civil con la doctrina de las condiciones y en concreto con el enriquecimiento injustificado, donde precisamente se planteara en el contexto de las teorías de las atribuciones patrimoniales y de su causa.

¿Es la equidad un criterio implícito, siempre aplicado, como criterio de solución del caso? Esta es una pregunta que se suscita en la práctica ¿Resuelve el juez por razones de justicia material y luego acomoda la motivación? Este no sería un criterio de decisión, sino de valoración extrajurídica, mas fijada a la intuición, como propio de la forma de razonar. El razonamiento sería una actividad posterior –no secundaria sino posterior– y esa forma de entender la decisión judicial sería una versión realista del derecho, una consecuencia de la inevitabilidad de la naturaleza de las cosas. Desde esta perspectiva, la equidad sería una variable oculta en la función judicial, que determinaría el resultado del proceso por una apreciación previa, de conjunto y apreciando los intereses, adoptada en la fase de formación del criterio, pero no explicitada.

No explicitada en la sentencia, pero reconocida en la Constitución, el valor superior de la Justicia, aunque no se repetiría en el Título relativo al Poder Jurídico, tiene un poder normativo que justifica la propia Constitución. La apelación a si hay justicia o no la hay, la definición en el lenguaje ordinario de lo que es injusto, o inicuo, es una carga del Poder Judicial. No se trata tanto del valor normativo directo de la equidad como de su opción por hacer prevalecer lo justo, en una versión muy elemental. En ese punto, en el lenguaje ordinario lo justo se remite a lo equitativo. La doctrina sobre lo injustificado en Derecho Civil o la propia doctrina sobre la causa de las obligaciones y los contratos, concretan esta exigencia, que sería cumplida por la equidad como variable oculta, formalmente excluida de los criterios de decisión pero utilizada en el ordenamiento en múltiples instituciones.

Al margen de la anterior explicación motivacional, que puede reflejar la realidad en buen grado, la cuestión formal es si la equidad puede servir como criterio impuesto por la ley, es decir, por su incorporación en múltiples materias a la propia ley. Y en este punto, los Códigos, incluido el español, quieren excluir ese efecto de fuente,

aun supletoria. Lo que ocurre es que al expulsarla como fuente la reconocen como criterio interpretativo, en buena parte porque las normas materiales del derecho muestran su relevancia en múltiples formas. Y se olvida que la equidad es un criterio incorporado al ordenamiento desde los tiempos de las Doce Tablas. Lo que ocurre es que se trata de una equidad positivizada y que, como tal, se impone al juez por la vía de la ley como fuente de aplicación previa. Buena prueba de ello es la trascendencia de la doctrina del enriquecimiento injusto en el Derecho Civil, que actúa como norma de cierre equitativa de atribuciones patrimoniales que de consolidarse sin alguna vía de compensación supondrían una autentica denegación del valor justicia.

VI. INTERPRETACIÓN E INTEGRACIÓN. EL LUGAR DE LAS LAGUNAS Y DE LAS ANTINOMIAS EN LA FUNCIÓN JUDICIAL

La norma jurídica tiene la particularidad de su enunciación lingüística, con todas las limitaciones que ello conlleva. Es la interpretación la que determina su sentido, interpretación que ha dado lugar a toda una teoría del Derecho. Hay una teoría de la interpretación como existe una teoría de la norma, pues es el correlato de la existencia de significado en la comunicación usual. No es un fenómeno diferente, aunque cabe distinguir entre la interpretación de lo que podríamos llamar con latitud situaciones, y la de las normas, que se resuelven en enunciados sobre proposiciones con un contenido vinculado a las categorías llamadas deónticas.

Las tesis sobre la interpretación se dividen en base a múltiples categorías. Aquí se distingue entre interpretación subjetiva, objetiva y mixta, por un lado, y más recientemente, entre interpretación conversacional o constructiva, o bien entre interpretación o versión cognoscitiva, escéptica o mixta, en función de la tesis que a su vez se sostenga sobre la naturaleza del Derecho.

Por otro lado y desde la perspectiva del resultado, no ya de la actividad, se diferencia entre interpretación extensiva, restrictiva o literal, de modo que se refleja la diferencia entre actividad de conocimiento o actividad de voluntad, lo que ha dado lugar a la distinción entre interpretación descubrimiento e interpretación elección, adquiriendo así el debate sobre la interpretación, como

fijación o designación del sentido, un carácter nuevo respecto a los criterios de interpretación gramatical o literal, histórico, sistemático, lógico o sociológico y finalista. Baste este ejemplo para poder dar por superada una etapa descriptivista de la interpretación, que se ceñía a las perspectivas subjetivas u objetivas y al que puede llamarse el problema de los métodos. Fue la codificación y el proceso de creación del Derecho Civil en Francia el que llevó a los autores a centrarse en esa cuestión de los métodos y es la reflexión sobre la Teoría del Derecho la que ha determinado una revisión de los criterios reiterados de interpretación que son recogidos en la mayor parte de los Códigos Civiles debiendo destacarse por su relación con la función judicial el Código civil suizo.

La vinculación entre las tesis sobre el Derecho y la interpretación, y la llamada discrecionalidad judicial se pone de manifiesto comparando dos tesis. En el modelo positivista de Hart la interpretación tiene que partir de la base de que se puede reconocer una discreción judicial fuerte al menos en los casos difíciles, que atribuye un papel a la interpretación diferente. En el modelo de Dworkin, existirá una única solución correcta o justa, lo que exigirá ampliar los métodos de interpretación y tener en cuenta que el ordenamiento jurídico existen un tipo de reglas, que denomina principios, con una singular estructura, que se sitúan junto a las normas clásicas, y que se diferenciaran por rasgos caracterizables como esenciales. Ambas posiciones son una manifestación de la tesis sobre la naturaleza del sistema jurídico y, a la vez, del sistema de fuentes, en cuanto llegan a conclusiones diferentes sobre las cuestiones abordadas en relación con el Poder Judicial, en relación con la cuestión de la discreción, demostrando claramente la interrelación profunda entre conceptos que implica el asumir un teoría del derecho, que no se limite a la glosa de las normas o al encadenamiento de sentencias.

La traslación a aspectos materiales de la interpretación es evidente. Si en los criterios clásicos se atendía a métodos de interpretación, en el panorama contemporáneo se refiere a las cuestiones de la Teoría del Derecho. Más allá de la técnica de determinación del significado de la ley o, en general, de la norma, los problemas actuales son más en general de aplicación judicial del Derecho, en su conjunto. La versión escéptica de la interpretación es una derivada de

la dificultad de reducir sentido a los enunciados de las normas, en lo que predomina en la versión realista o del realismo jurídico, donde se pondrá de manifiesto un cierto imposible, culminado en la Escuela Libre y de la teoría del realismo, donde se asumirá que es la voluntad del juez la determinante y las predicciones sobre su comportamiento el objetivo de la técnica jurídica.

Es cierto que la interpretación tiene un presupuesto esencialmente cognoscitivo. Lo que ocurre es que en ese aspecto no se pueden excluir las reglas de determinación del significado que se utilizan en la técnica analítica. En suma, se trata de encontrar ese significado, utilizando el concepto hermenéutico de precomprensión, pues ambas técnicas son perfectamente compatibles (Gadamer, 1977). Lo que induce sin embargo una serie de ajustes, en cuanto aunque se ha hablado con toda razón, en alusión a acontecimiento de 1789 y a las revoluciones posteriores, como de una revolución de escritura, aludiendo a la Constitución escrita, no es lo mismo interpretar la realidad material y social que indagar la voluntad de una norma, al menos desde su propia estructura.

En lo que se refiere a los requisitos de consistencia, coherencia y plenitud, se ha distinguido, en relación con la posición de coherencia, entre una acepción negativa y una acepción positiva, destacando en este último caso una referencia a la conexión de las partes de un todo, su cohesión semántica y pragmática. En este sentido mientras que la *consistency* no es una propiedad imprescindible de los textos, la *coherence* no es una *qualitas*, sino la *quidditas*, el carácter mismo de los textos, la condición constitutiva de su textualidad. En este sentido, la *consistency* tiene como condición de posibilidad a la *coherence*, pero se define como algo diferente a la misma.

En referencia a esta importante distinción, la consistencia lógica, aunque se integre en sentido amplio en la coherencia se remite a poseer el texto gran consistencia probabilística, en el sentido más literal, y un número de conexiones de inferencia que sean relativamente fuertes, existir una conexión entre subsistemas y satisfacer el requerimiento de observación, es decir, contener leyes que otorguen una alta confiabilidad a una variedad razonable de creencias cognitivamente espontáneas, distinguiéndose entre grados de coherencia (Peczenik, 2003, pp. 101 y ss.; Iglesias Vila, 1999, pp. 52 y ss.; Conte, 1988, p. 29).

Esta problemática, junto con la relativa a las lagunas, es una de las cuestiones que plantea la indagación en lo que significa el imperio de la ley. La forma particular del silogismo judicial no puede eludir la existencia de indeterminaciones en la premisa mayor o en la menor, sino que forma parte del carácter ambiguo o indeterminado de la norma y del carácter incompleto del ordenamiento jurídico, debiendo destacarse que la consistencia en el sentido ya expuesto, es tan importante como la coherencia. Incluso en la articulación del propio silogismo existe la cuestión de cuando se considera que la premisa menor es adecuada a la premisa mayor o en qué supuestos puede admitirse la conclusión, lo que es producto del origen y la naturaleza del silogismo. Es decir, la formulación del silogismo judicial es más borrosa, en el sentido de la lógica del mismo nombre, pues sobre todo al analizar los hechos no aparece un diseño claro sino un simple marco de reproducción de una realidad distante, diferente en aspectos esenciales y donde aparecen la vaguedad, la ambigüedad y la textura abierta como el pórtico a la mayor falla o fallo de sistema: la indeterminación, auténtica catástrofe en la aplicación del derecho.

La citada objeción de un automatismo pregonado del silogismo o de la subsunción ha llevado a una sofisticación de análisis de la resolución judicial, que ha sido el producto cierto de la Teoría del Derecho, más que del Derecho Constitucional. En este se ha seguido la regla de definir conforme a lo ya definido, o de repetir los textos que acumulan condiciones de ejercicio de la función judicial con la naturaleza de la misma y el desarrollo de la función, lo que ha dado lugar a una serie nueva de problemas que hemos ido mencionando en este apartado (Perry, 1982, pp. 61 y ss). En todos ellos, se plantea que es la función de juzgar desde la perspectiva de la remisión abierta de la Constitución y leyes del Poder Judicial, que no esclarece directamente ese contenido, sino que se limita al citar el imperio de la ley.

La referencia a las técnicas de interpretación encuentra una literatura muy extensa y compleja. A la vez que las clásicas distinciones entre interpretación gramatical, lógica, histórica y sistemática. Según su autor se distingue por Hans Kelsen entre interpretación auténtica y no auténtica y a su vez se hace referencia a la interpretación legislativa, que evoca la técnica francesa del *referé*, interpretación judicial e interpretación doctrinal.

Especialmente reciente y original es la clasificación densa de Robert Alexy. Este distinguirá entre los argumentos lingüísticos, los argumentos genéticos, los argumentos sistemáticos y los argumentos prácticos generales. Los primeros se dividirían canónicamente entre argumentos semánticos y sintácticos mientras que los genéticos apelarían a la voluntad del legislador histórico.

En cuanto a los sistemáticos, que coincidirían con una de las categorías de Savigny, basados en la unidad y coherencia del ordenamiento jurídico, abarcaría una rica serie de clases de gran interés para la jurisdicción: argumentos contextuales o de *sede materiae*, argumentos sistemático-conceptuales, basados en la claridad, unidad formal y completitud sistemática del conjunto; argumentos que apelan a principios, dando entrada en la interpretación a ese peculiar tipo de normas; argumentos jurídicos especiales, como el analógico, el *a contrario*, el *a fortiori* y *ad absurdum*; los argumentos centrados en precedentes judiciales; los argumentos históricos, basados en la sistematicidad del ordenamiento jurídico y los argumentos comparativos, a raíz de la comparación entre sistemas jurídicos. Dentro de los argumentos prácticos generales, Alexy hace referencia a los argumentos teleológicos y deontológicos (Alexy, 1989).

Guastini aportará a la interpretación judicial una clasificación que se caracteriza por su practicidad. Partirá de una división esencial, la que diferencia a la interpretación literal o correctora. La primera se regirá por el lenguaje común al que añade el argumento *a contrario* en función puramente interpretativa. En el caso de una interpretación correcta en general, ni extensiva ni restrictiva del supuesto, cita el argumento de la intención del legislador, donde es obligada la referencia de Radbruch –la ley positiva como más allá de la intención del legislador–, y también como casos de interpretación correctora se refiere al argumento apagógico o *ab absurdum*, a la interpretación según la naturaleza de las cosas y, sobre todo a los que llama argumentos sistemáticos (Guastini, 1999).

Entre ellos, fundamentales en la práctica del discurso jurídico, se refiere al argumento sistemático a rubrica, al argumento sistemático de combinación, que integra para su finalidad diversos fragmentos de normas, al argumento sistemático *sedes materiae*, al argumento sistemático de la constancia terminológica, al argumento sistemático

a *cohaerentia* en sentido estricto y haciendo referencia, junto a otros ya citados como el argumento *a contrario* en función puramente interpretativa, y otros como argumentos *a fortiori*, donde Alchourrón ha distinguido entre los de comparación y los de semejanza, incluyendo entre los primeros *ad majori*, *ad minus* y *a minore ad majus* (Alchourrón, 1961).

En la teoría de la interpretación, si bien sin demasiada claridad sobre su contenido, ha jugado un papel decisivo el argumento literal. En este se ha destacado un criterio por el que este sería a aquel que es posible captar o comprender de forma inmediata por intuición lingüística, criterio que a su vez ha sido criticado por eludir la presencia de metáforas o metonimias en la formulación o de la teoría de Grice, y también por poder incluir la norma elementos técnico-jurídicos especiales que impidan ese pretendido acceso.

Se ha referido la doctrina a la interpretación literal como aquella fundada en una razón meramente aparente, o bien aquella que no introduce corrección alguna en la expresión directa de la norma o incluso el que resulta de la utilización de un argumento a contrario en función interpretativa, no en función productiva o creativa. Siendo destacable el que más se ajusta a su verdadero significado, al señalar que es el que aplica exclusivamente las reglas sintácticas y semánticas del lenguaje, sin tomar en consideración el contexto de emisión, ni los efectos de reacción sobre el oyente (Poggi, 2007, pp. 617-634).

La integración del derecho va más allá de la interpretación, en cuanto se parte de un vacío de regulación. La norma no es que sea interpretable, por su vaguedad, ambigüedad o textura abierta, sino que no existe como tal, como norma aplicable al caso, ajustada o ajustable al hecho que es su presupuesto. La aplicación requiere de un ejercicio más, la integración, donde la analogía y sus exclusiones, la supletoriedad y algunas disposiciones generales del proceso, como la exclusión voluntaria de la ley aplicable y la renuncia de derechos, la nulidad o el fraude de ley, son también normas añadidas que afectan a la vez a la función judicial, incluso como metarreglas.

Es importante señalar una tesis que ha generado una nueva polémica. La tesis del error conocido como aguijón semántico, según la cual se acepta en el positivismo una determinación de sentido, en el sentido de criterio de uso, cuando en el derecho y en su aplicación no

se produce esa supuesta convergencia o aceptación de significado en el sentido de ese criterio de uso, distinguiendo Dworkin entre varios conceptos de Derecho, doctrinario, sociológico, taxonómico o ideal.

En este sentido, distingue entre el concepto determinado exclusivamente por sus criterios de uso, el concepto de clase natural y el concepto interpretativo, siendo el enfoque doctrinario estrictamente interpretativo, ya que, entre otras razones, es lo único que explica los desacuerdos existentes en la práctica jurídica,

La citada problemática ha dado lugar a una teoría de las lagunas, características de las mismas, tipos y medios de superación. Una laguna en un principio excluye la existencia de norma y por tanto frustra el proceso de aplicación del Derecho. No hay norma y por tanto se reclama una solución que no siendo la directa, la preestablecida por el legislador, es adecuada, empleando esta expresión en un sentido hermenéutico. Obviamente, esa solución tiene que ser coherente con el ordenamiento jurídico, es decir, no puede entrar en contradicción con el mismo, y, por tanto, este es un primer límite a la solución, la coherencia con el ordenamiento.

La teoría sobre las lagunas es también muy extensa y cabe hacer una referencia de resumen a las mismas. La propuesta de Alchourrón y Bulygin distingue entre lagunas normativas, lagunas de conocimiento, lagunas de reconocimiento y lagunas axiológicas. Entre las primeras citan los casos o supuestos en que el sistema jurídico no correlaciona un caso con una de las soluciones maximales de su universo de resoluciones, o bien como un caso, que resulta definido en términos de las propiedades que han sido consideradas relevantes por la autoridad normativa, al cual no se le ha correlacionado una solución normativa completa.

Se ha vinculado la teoría de las lagunas con la discrecionalidad judicial. De existir estas, se dice, la discrecionalidad sería inevitable y un producto de la indeterminación normativa, no de otras circunstancias, refiriéndose a la norma general de la que no puede deducirse una solución.

Sin embargo, esta tesis no ha sido compartida por todos. Se la ha criticado por referirse a una situación imposible, lo que es un argumento de primer orden, pero también se ha indicado que aun en caso de laguna el juez no tiene discrecionalidad (Atria, 2005).

La cuestión ha sido tratada en otra parte del trabajo. Sin embargo, la equiparación entre existencia de laguna, en el sentido que se ha expuesto, y discreción judicial es destacable desde el punto en que en caso de sistemas que no las tienen se plantea si la actividad del juez es puramente reproductiva. Esta es una consideración general, que sitúa el problema en relación con otros problemas, como la equidad o la buena fe, puesto que en esos casos no existe indeterminación en el Derecho, sino previsión de todos los elementos de la decisión o previos a la misma.

La negativa a reconocer discrecionalidad judicial parte de una reconsideración de la laguna normativa. En estas no es que el Derecho no regule una determinada cuestión, sino que las lagunas no son simplemente casos sin regular, sino casos sin regular que el Derecho no pretende regular, frente a los que no existiría discrecionalidad judicial. Igualmente, Atria señala que si se consideran lagunas los casos sin regular que el Derecho pretende regular no habría un límite entre esos casos y los que el Derecho no pretende regular que pudiera fijarse sin recurrir a consideraciones morales, vulnerándose un principio del llamado positivismo jurídico, el relativo a la inexistencia de normas morales.

Por este efecto se distingue también entre casos sin regulación jurídica y laguna axiológicas, con el mismo propósito de aclaración de lo que se debe entender por laguna. En el primer sentido, se trataría de distinguir simplemente entre acciones reguladas por el Derecho y acciones no reguladas, mientras que en el caso de las lagunas axiológicas se trata de confirmar si las propiedades están reputadas relevantes por el Derecho y los que no lo está.

La introducción de la axiología es también relevante en el debate Hart-Dworkin, como planteo el primero en el caso de la señora Sorenson, que fue afectada con problemas cardíacos a raíz de la toma de un medicamento y que no encontró vía judicial al reclamar o intentar reclamar al laboratorio en concreto que fue causante en la cadena causal del daño, lo que la llevó a demandar a cada laboratorio productor del fármaco durante el periodo en que lo consumió en proporción a la porción de mercado que tenía cada laboratorio.

Para Dworkin esta será una impugnación del positivismo en su insistencia en la tesis de las fuentes sociales, ya que esa tesis no

permitiría sostener la demanda de la citada señora, contribuyendo en el debate Endicott, quien sostuvo que las tesis de Dworkin no constituían una impugnación de Hart y la mencionada tesis de las fuentes sociales, entre otras razones porque Hart admite la posibilidad de que los jueces creen Derecho, al señalar que la doctrina del precedente autoriza a limitar la regla que surge del precedente y a ampliar la regla descartando una restricción que se contenía en el mismo formulado en casos anteriores. La referida tesis de Endicott se dirigía a una función de justificar algo muy difícil de justificar, la ausencia de acción en el caso de la señora Sorenson basada en la tesis de las fuentes sociales si se siguen estrictamente los postulados del positivismo (Dworkin, 2006).

Esta tesis sobre lagunas y discrecionalidad genera una conclusión evidente: esta opción excluiría la obligación del juez de invocar una regla general que califique deónticamente el caso genérico considerado. Es decir, no existiría una obligación de distinguir entre regulado y no regulado desde la perspectiva de lo que falta o está ausente y debe ser completado. Lo que conduce a otro problema distinto, la posición del juez ante casos que no están contemplados, como en el ejemplo que pone Atria, en el sentido de desestimar la demanda, supuesto que encuentra su acogida en la declaración del juez de incompetencia, supuesto este último en que existe una cierta evaluación normativa pero no del acto o hecho al que se refiere el fondo del procedimiento.

La diferencia entre laguna y caso no regulado es un punto esencial de la discusión. Para autores como Fernando Atria o Soeteman (1989) no existiría una demarcación clara entre los casos no regulados y las lagunas axiológicas, de tal modo que la forma de contrarrestar esta dificultad es redefinir la laguna normativa. De acuerdo con Alchourrón y Bulygin la laguna no es simplemente un caso no regulado por el Derecho sino un caso definido en función de las propiedades que, de conformidad con las fuentes admitidas como válidas para la producción de derecho, poseen relevancia normativa, no correlacionados con ninguna solución, lo que se ha completado con la distinción entre un sistema cerrado y un sistema completo.

El sistema cerrado sería completo respecto de cualquier universo de casos y cualquier universo de acciones, mientras que el

sistema completo referiría a un cierto universo de casos y a un cierto universo de acciones, centrándose en esa diferencia una versión de la completitud y también de la consistencia.

La dificultad de apelar a la norma escrita directamente aplicable y la excepcionalidad de la costumbre lleva a una medida de integración del Derecho basada en la aplicación de los principios generales del Derecho. El juez debe aplicar los citados principios por mandato de la Constitución y de las normas civiles, no estando claro cual su posición relativa en relación con otros medios como la analogía. Si bien en esta se distingue entre analogía e interpretación analógica, la integración de lagunas mediante la aplicación de los principios generales del Derecho es un hecho cotidiano. La doctrina ha diferenciado a los principios positivizados de aquellos que han sido creación jurisprudencial, y a la vez ha distinguido entre los que actúan por defecto, como norma supletoria, los principios con función interpretativa o moduladora de la aplicación del ordenamiento jurídico, los principios con función resolutoria, entre los que se reconoce el de proporcionalidad y con función estructurante, o de conformación de la actividad administrativa (Esteve Pardo, 2008, pp. 105 y ss.), como el recientemente proclamado principio de precaución.

Los principios generales tienen efectos especiales respecto de las normas. No se trata con ellos de reconocer una situación o estado de cosas sino de solucionar con su aplicación su carencia o bien las que resulten contraria a la equidad, a la justicia o a otras normas morales, teniendo un efecto completamente diferenciado. El principio tiene funciones estructurantes y también tuitivas, que se destinan a dar una solución conforme a esas bases que señala Dworkin, con los diversos efectos respecto de la norma que señala, entre ellos la persistencia de los principios.

La esencia del argumento de Dworkin contra Hart reside en los modos de manifestarse los principios generales. La tesis de Dworkin presenta un mapa de normas completamente diferentes a los esquemas de los positivistas, en que el orden de aplicación determina los efectos, planteando una pluralidad de fuentes normativas de mayor complejidad que la kelseniana. Para Dworkin no se puede aportar una justificación suficiente para reconocer en el simple esquema piramidal una función de donación de eficacia a las normas y a los actos, por

un lado, y por otro lado, las propias normas son algo mucho más complejo que la tradicional noción de regla.

En lo que se refiere al primer rasgo, la que hemos llamado mayor complejidad ontológica de ese mundo de las normas, ello afecta a la cuestión de la legitimación por la existencia de la norma anterior y superior. En un mundo jurídico de normas más abiertas y de existencia de directivas, la proposición de que la norma superior atribuye legitimidad a la inferior no es ya de aplicación simplista y mecánica, puesto que la norma superior no tiene solamente bajo su imperio normas cerradas o prescripciones, sino que existen al lado, otro tipo de normas, como son los principios del derecho.

Por poner un ejemplo del segundo caso, hay en ellos un no agotamiento la totalidad de las prescripciones, al tratarse de una norma abierta que determina finalidades y medios inmediatos de aplicación, dejando fuera de su capacidad normativa otros medios y sobre todo la definición de los conceptos que se utilizan en el mencionado tipo de normas, que fue exactamente lo que pasó en el caso Chevron, donde fue una norma inferior la que definió los conceptos afirmados por la norma legal (Rodríguez, 2021, p. 567), creándose un principio de deferencia a la actividad administrativa que no puede ser concebido más que como principio, pues tal deferencia no está admitida ni reconocida en el ordenamiento jurídico. No hay una regla que diga que se debe ser deferencial con los departamentos u organismos del Poder Ejecutivo, pero, sin embargo, se deduce por la citada sentencia un principio, adaptable como tal⁶.

Basándose en la diferencia entre conceptos y concepciones, se ha perfilado una resolución en base a principios como plenamente conforme con la interpretación constitucional, que los ha positivizado con plenitud en el artículo 9.3 de la Constitución. En ese caso no se habla ya solamente de carácter supletorio de la ley o de la costumbre, ni de una función informadora, sino que la Constitución impone como aplicable en todos los casos el principio de seguridad jurídica

⁶ *Chevron U.S.A., Inc. v. Natural Resources Defense Council, Inc.*, 467 U.S. 837 (1984), es un caso en el que la Corte Suprema de los Estados Unidos estableció que, ante el silencio u oscuridad de un texto legal, los Tribunales deben mostrar deferencia ante la interpretación que de los mismos hacen las Agencias administrativas, siempre y cuando, eso sí, tal interpretación sea razonable.

o de irretroactividad, con lo que zanja aspectos tan indeterminados en la aplicación del Derecho como el caso de colisión con una norma vigente o el de la inexistencia de norma directamente aplicable.

La validez de la aplicación del derecho mediante el recurso a principios generales, como la legalidad, la tipicidad, la responsabilidad, la buena fe, la protección de la confianza legítima y otros que en gran parte se han positivado, supone la garantía de una solución única y además que esta sea la solución justa, entendiendo este concepto como el relacionado con el principio de justicia.

El Tribunal Constitucional se ha pronunciado sobre los principios, indicando que los principios constitucionales de irretroactividad, seguridad, interdicción de la arbitrariedad, como los otros que integran el art. 9.3 de la Constitución –legalidad, jerarquía normativa, responsabilidad– no son compartimentos estancos, sino que, al contrario, cada uno de ellos cobra valor en función de los demás y en tanto sirvan todos a promover los valores superiores del ordenamiento jurídico que propugna el Estado social y democrático de Derecho.

La cuestión de los principios, sobre todo en su comparación con las reglas, ha sido muy discutida. Para Alexy, aunque tanto las normas o reglas y los principios se formulan con la ayuda de las expresiones deónticas básicas, obligación, permisón y prohibición, estos tendrían características singulares: normas de generalidad relativamente alta, insistiendo en la indeterminabilidad de los casos de aplicación, la forma de su génesis u origen, el carácter explícito del contenido valorativo, la referencia a la idea de derecho y su relevancia para el ordenamiento jurídico.

Junto a estas diferencias, se ha sostenido que los principios poseen una dimensión de peso mientras que las reglas la poseen de validez, del mismo modo que se ha utilizado la diferencia fundada en que las reglas tienen un carácter concluyente mientras que los principios lo tienen no concluyente.

De esas características planteará Alexy diversas opciones para la diferenciación: la esterilidad del intento de división conceptual, la aceptación de la división entre principios y reglas como cuestión de grado y la tesis de que existen diferencias cualitativas.

Profundizando en los principios a los que se refiere el artículo 9.3 de la Constitución, en lo que se refiere a la irretroactividad de las

disposiciones sancionadoras no favorables o restrictivas de derechos individuales, existe una clásica doctrina del Tribunal Constitucional, que tiene muchos puntos discutibles. Para la citada doctrina, la posibilidad de modificar normas del ordenamiento jurídico es consustancial a su naturaleza. No hay un derecho absoluto al mantenimiento de las normas aplicables a un supuesto de hecho, ni una modificación supone en todo caso una vulneración de los derechos adquiridos ni una vulneración del principio de seguridad jurídica. Tal tesis supondría sostener que las normas jamás podrían modificarse, pues siempre suponen o asumen una incidencia en situaciones jurídicas, en diverso grado de consolidación. De asumirse la tesis más restrictiva, el Código Civil no habría podido entrar en vigor y derogar las fuentes del Derecho recogidas en la Nueva Recopilación, siendo incapaz la nueva legislación de sustituir con eficacia derivada de su vigencia a la anterior, ya que es evidente que el Código Civil afectaba prácticamente a todas las situaciones jurídicas vigentes en el momento de su entrada en vigor.

La diferencia entre *principles* y *policies* es tan nítida como la que separa a los principios de la referencia normativa explícita. Sin cobertura de norma aplicable, lo que sostiene Dworkin es que hay respuesta, que se obtiene precisamente del esclarecimiento del núcleo del principio, como regla que permite la resolución de casos. Una cobertura completa por la norma de todos los casos es una utopía, pero, a pesar de las lagunas, no puede reconocerse una como tal y dejar de juzgar el caso. Esa prohibición, que se encuentra en prácticamente todas las culturas jurídicas, es la que justifica una solución por el recurso a prescripciones fundamentales generalmente aceptadas de tipo abierto y de aplicación ajustable, modificable y repetible.

Las lagunas del Derecho son, como se ha dicho, la posibilidad de una frustración de la aplicación del derecho. Y frente la sutileza del principio, su carácter amplio y su capacidad de adaptación hay otros métodos, como la analogía, si bien resulta excluida en caso de leyes que tienen el carácter común de ser restrictiva de derechos o integrantes del Derecho excepcional, resultando excluida la analogía en las leyes penales, las excepcionales y las de ámbito temporal.

La aplicación de los principios cualifica también la acción del Estado. Por poner un ejemplo, el principio de confianza legítima no solamente es una protección de quien ha obtenido una resolución

de la Administración en base a la que ha actuado y con la que ha contado, sino que inspira toda la cuestión de los efectos de los actos administrativos. No es por tanto y solamente relevante en sí, sino que orienta en una materia en principio ajena, como la de la revocabilidad de los citados actos. En ese sentido el principio inspira y a la vez se deduce de la revocación del acto administrativo.

En el Derecho a aplicar por los jueces, no solamente hay lagunas, sino que hay contradicciones y antinomias, que deben resolverse si se quiere aspirar a la consistencia coherencia y completitud del ordenamiento. La coherencia ha sido definida como una cualidad del sistema en cuya virtud cada situación de hecho recibe un único tratamiento normativo, lo que desaparece si nos situamos ante una antinomia o contradicción normativa. Hay antinomia cuando un mismo comportamiento es cualificado deónticamente de modo incompatible por dos normas, o, si se prefiere, dos consecuencias incompatibles.

Las contradicciones entre normas o incluso entre resoluciones judiciales son inevitables, como inevitable es la obligación de resolverlas. Aquí se ha distinguido entre contradicción entre mandato y prohibición, entre mandato y permiso negativo, entre prohibición y permiso positivo, habiéndose distinguido por Ross entre antinomia total-total, antinomia total-parcial, y antinomia parcial-parcial, dándose soluciones clásicas y alguna más reciente, como el las ofrecidas por el criterio jerárquico, el criterio de competencia, el criterio de prevalencia, el criterio cronológico y el criterio de especialidad (Prieto Sanchís, 2005, pp. 139 y ss.).

Ninguno de estos criterios tiene un fundamento autoevidente. Son soluciones que pueden ser conflictivas entre sí, dando lugar a las llamadas antinomias de segundo grado, que no permiten destacar una razón clara. El criterio de *lex specialis* no tiene una fundamentación muy relevante frente al criterio de la ley general, porque viene a invertir un cierto orden categorial, en que la norma más amplia y abstracta tiene una aparente mayor legitimidad, por un cierto horror al privilegio.

También hay otras obligaciones del Derecho que permiten sustentar otros criterios, como la diferencia entre Derecho Común y Derecho especial o entre Derecho normal y Derecho excepcional, que sin embargo no han dado lugar a criterios tan afirmados como

los anteriores. Sin embargo, en el caso del Derecho excepcional la posible prevalencia tiene el rasgo definitivo de la temporalidad, por lo que el criterio cronológico tendría aquí algunas excepciones derivadas del tradicional carácter de la excepción como vinculada al hecho causante.

Todas estas posibilidades también forman parte del imperio de la ley, pero lo hace complicando lo que parece una afirmación evidente. Lo cierto es que no es así. Las excepciones que se van introduciendo respecto de las reglas en base a otras reglas o a principios muestran un sistema complejo, de formación sucesiva, vinculado al precedente en una forma u otra, y que por tanto no se limita a la llamada jurisprudencia mecánica ni al mecanismo de la subsunción. Hay mucha más complejidad y resulta difícil identificar el criterio de distinción entre casos fáciles y casos difíciles, mucho más aún si se trata de definir una visión del Derecho alternativa en ambos supuestos.

VII. FUNCIÓN JUDICIAL Y CONTROL LEGISLATIVO: LA RAMA MÁS PELIGROSA

El presente trabajo tiene un inevitable trasfondo constitucional. La reflexión sobre los Poderes clásicos, expuesta también de una forma clásica, como exposición del estatuto de los órganos constitucionales, descripción de competencias, régimen de ejercicio de las mismas y revisión, muestra cada día más la insuficiencia de esa forma de explicar el sistema político. Hay anquilosamiento de las formas, pero también hay un anquilosamiento de la interpretación. Esta es una consecuencia de haber primado la exposición de un supuesto principio primero, o principio de los principios, en base al cual se construye todo el sistema explicativo de la organización de los Poderes.

Ello no quiere decir que ese principio del que se pretende partir –Reinhold lo pretendió para la doctrina de la razón pura kantiana– afecte a todo el sistema de órganos constitucionales, pues puede limitarse a un poder en concreto. Pero en todo caso, esta definición del sistema por un elemento común se agrava si la exposición –no la interpretación– de ese principio se reproduce en una versión que solamente cabe calificar como canónica. Es decir, lo que se pretende primer principio de un esquema de poderes como el de la Constitución de 1978 es la interpretación acrítica que se ha concretado en el tiempo,

sin tener en cuenta al mismo tiempo y las consecuencias de su paso. No es un caso exclusivo del Poder Judicial, pero afecta mucho más de cerca al ciudadano que la potestad legislativa o las opciones de la acción de gobierno.

En el caso de la función judicial, el primer principio establecido es el de la separación de poderes. Ya hemos hecho referencia a si es o no un principio jurídico en la obra de Montesquieu, pero ahora reaparece al combinarse con una faceta que no es principio sino garantía. Esa faceta es la independencia e inamovilidad, que combinada por un erróneo concepto de lo que significa «sometido únicamente a la Ley», describe una realidad en que la justicia se convierte en un poder autónomo. Así, al referirse a «únicamente» se olvida el «imperio de la ley». Para ello se utiliza la interpretación más extrema de la separación de poderes, la que veda cualquier coincidencia o contacto, destacando entre las limitaciones la prohibición implícita de interferencia, esta vez basado en el concepto de inamovilidad. El «únicamente» se convierte en definición de la función, sobrepasando el otro elemento de la frase.

El resultado, como el de todo error conceptual, es una malinterpretación del sistema de poderes —que llamamos así por ser lo que es, un sistema, una relación entre elementos que asume un contenido invariante— que además se sitúa casi sin darse cuenta en los primeros albores del Estado de Derecho, el que llamaríamos Estado de Derecho formal, que olvida la justicia, no en el Estado de la Constitución normativa. El poner todo el peso en el carácter único del límite, y sobre todo lo que se ha denunciado aquí, la falacia del autocumplimiento por la mera posición en el sistema, se olvida el fondo de técnicas al que remite esa sujeción, su pluralidad y la existencia habitual de desacuerdos. La descripción de la función judicial colapsa, por efecto de la autoreferencia y olvido a la vez de la posición constitucional y de los límites materiales en el ejercicio de la función. Ello es evidente cuando la Constitución se refiere a «juzgando y haciendo ejecutar lo juzgado» como contenido de la que llama potestad jurisdiccional, sin hacer referencia a lo que es juzgar, contrastando en este punto con la referencia material a la función del artículo 4 del Código Civil suizo.

La independencia o la inamovilidad no es la libertad en el ejercicio. Ya hemos hecho referencia a la discreción judicial y a sus

problemas. Y más aún, la separación de poderes, tal y como se da en la realidad, no significa que el Poder Judicial sea un poder incontrolable, derivado de la posición constitucional que ocupa. Tampoco dice que sea un Poder controlable solamente por el mismo, como tampoco dice que deba elaborar las normas procesales, pues esta es una competencia del Legislativo, ni que el funcionamiento de ese Poder sea irrelevante para la finalidad de la Constitución. Por eso precisamente, el ejercicio de la función judicial lo es en la Constitución normativa de una forma radicalmente diferente, pues, por poner un ejemplo, la equidad adquiere un contorno diferente que el sostenido desde el Derecho Romano. Más que facultad es obligación, en virtud del carácter plenamente normativo del valor justicia, y solamente este cambio puede ser decisivo.

La referencia a la separación de poderes es, como decía Dworkin de la tesis de la discrecionalidad del positivismo, una referencia tomada del lenguaje usual. No se utiliza un lenguaje técnico, convirtiéndolo en esa referencia canónica que antes mencionábamos, agotada por reiterada. Y en ese punto es donde se produce el equívoco. Si bien hay otras calificaciones, como poderes divididos o poderes enumerados, es la referencia a la separación la que ha tenido más éxito, aunque los antecedentes sean tan antiguos como Polibio o Aristóteles. Separación es separación en sentido usual, y de ese sentido usual se ha saltado a una regla jurídica, la prohibición de mezclarse un poder en el ejercicio del otro. La mejor prueba será la interpretación revolucionaria de la separación entre Administración y jueces, en virtud de la temprana ley de 16-24 de agosto de 1790⁷. Mezcla, injerencia, perturbación, usurpación, son las expresiones más utilizados desde esa temprana ley, que anticipará el moderno Derecho administrativo en su versión continental y que, no casualmente, no se repetirá como documento normativo exclusivamente dedicado a reprimir esa perturbación, sino que se dará implícitamente en las

⁷ El artículo 13 del título II de la ley de 16/24 de agosto de 1790 sobre la organización judicial dispone: «las funciones judiciales son distintas y permanecerán siempre separadas de las funciones administrativas».

Los jueces no podrán, so pena de delito, perturbar, en manera alguna, las operaciones de los cuerpos administrativos, ni citar ante ellos a los administradores por razón de sus funciones».

normas de la ejecutividad y acción de oficio de la Administración, prohibición de interdictos o en la exclusividad de la jurisdicción contencioso- administrativa.

La posición de privilegio del juez, al definir la aplicación de la norma, se ha venido resolviendo en una especie de autocontrol, o control presunto, derivado de la invocación del imperio de la ley, de la independencia del cargo, y de la condicionalidad de la función de aplicación, una suposición de que por el hecho de estar sometido a la ley las condiciones de legitimación se cumplen. De este modo, la vigencia para el juez de la ley se ha convertido en una explicación insuficiente, porque llega a una conclusión de la que precisamente parte. Y este es un tema de la mayor importancia, y en el que este trabajo alcanza su cota más explicativa de su propia existencia, aunque la crítica aumente de grado. Más que una explicación es una auto explicación que se autocumple. Por ello mismo, el tratamiento del Poder Judicial en los estudios de Derecho Constitucional está muy lejos de aclarar las cosas, con algunas excepciones que han atendido a la función judicial en sentido material, en su configuración y en los condicionantes de fondo de la misma, mediante un análisis de lo que se ha llamado sujeción a la ley.

¿Cómo se puede controlar el ajuste de la conducta oficial del juez a la Constitución democrática? La cuestión de la audiencia sobre el candidato, y la destitución mediante un procedimiento agravado, dependiendo de un órgano legislativo, es producto de una reflexión profunda que hicieron los asistentes a la Convención en Estados Unidos. La norma por la que el Judiciary Committee ejerce su control previo a la designación supone en principio una excepción a la citada independencia, en cuanto es el poder legislativo el que controla previamente a los jueces por la vía de la exposición de su currículum y de sus ideas, en base a la crítica cruzada por parte de los representantes de lo que podría denominarse la prospectividad de su jurisprudencia. Si bien no se trata de un examen de las resoluciones judiciales por dictar, si hay un análisis de las ya dictadas, en el sentido del conocimiento del historial como peldaño ascendente hacia el ideario, aunque esté oculto, del juez que se somete a la confirmación.

Este principio apunta a la heteronomía del control, lo que tendrá una repercusión obvia en la heteronomía de la inspección de la

actuación judicial, que se discute por los partidarios de que el mejor control es el propio, el que emana de la corporación de los jueces constituida en colegio electoral y que apunta en medio de la mayor polémica, a que el órgano de gobierno de los jueces sea elegido exclusivamente por los jueces. Cuestión que es solamente una consecuencia, pues dependerá del contenido material de la función de juzgar y, sobre todo, de sus límites la respuesta a la formación del control de un hipotético órgano de gobierno, o el supuesto derecho colegiado a elegir a los controladores de entre los propios jueces. Hay ejemplos en el Derecho para ambas posibilidades, incluso para un término medio, de gobierno por los jueces o de gobierno por una autoridad ajena a su función –El presidente de la República francesa es el presidente del Consejo Superior de la Magistratura, por poner un ejemplo–.

La reflexión sobre el caso norteamericano es siempre útil, más aún si se trata de Poder Judicial. La Constitución de 1787 atribuye al legislativo el poder de regular e incluso de crear los tribunales de apelación, así como regular el procedimiento, tanto en el caso del Tribunal de Distrito como en el Circuito. Estos son los controles a los que alude Perry para salvar las objeciones al no interpretativismo. Este poder es el primero, pues quien decide la creación del órgano, más aun cuanto este órgano no se define en la Constitución, tiene un poder previo a la resolución, destacado en su obra principal.

Junto a él y teniendo por referencia la intervención en la nominación y confirmación, el Comité Judicial del Senado ejerce una amplia función supervisora que es apoyada por las organizaciones de base privada, como la American Bar Association (ABA) y otros organismos de seguimiento de las acciones judiciales, que contemplan un estudio de lo que el juez ha juzgado. El proceso de nombramiento de jueces federales es objeto de una intervención decisiva del Senado, confirmando la imposibilidad de entender la separación de los poderes como norma jurídica con conclusión jurídica. También asume el proceso de remoción.

En principio, parece extraño que el órgano encargado de aprobar definitivamente las leyes tenga un poder de supervisión sobre los jueces en el momento de su confirmación, al margen de la autonomía de los Judicial Council para adoptar medidas disciplinarias, o en el caso de la inhabilidad para ejercer el cargo. Si este último es un tema

de rigurosa autoadministración, la función de control del Parlamento sobre lo judicial plantea aparentemente problemas de legitimidad, de criterio de control y de ámbito, por este orden.

Hay que recordar sin embargo la lúcida interpretación hecha sobre la separación de poderes de Eisenmann a la que se ha hecho referencia al inicio. La separación no es una regla jurídica, sino más bien un principio político y, por tanto, la cuestión no puede resolverse exclusivamente por esta vía. La apelación a un control externo sobre la aplicación de la ley recuerda, eso sí, a los poderes de interpretación de la Constitución por el Parlamento o al denominado *reféré législatif*. Tal función, en principio extraña a las Cámaras, autoriza una mediación limitada del Parlamento, del que hemos llamado *Congressional control*, sobre el ejercicio de la jurisdicción. La legitimidad del control viene afinada por la vinculación del juez a la Constitución y a las leyes (García Pascual, 1997, pp. 51 y ss.). No es algo extraño a la configuración constitucional de la casación un precedente en la atribución a las Cámaras de la función de interpretación. Por tanto, no forma parte de los elementos esenciales de la jurisdicción ni de los requisitos derivados de la independencia y de la imparcialidad la no intervención del poder legislativo. El tal anatema no es tal. El elefante no está en la habitación si se adopta la tesis de Locke y se prescinde de la versión mecánica de la división de poderes que es la que se ha venido utilizando al examinar la separación entre función legislativa y función judicial.

Esto está aún más justificado si se tiene en cuenta que el poder menos peligroso, puede convertirse en el más peligroso. La persistencia conductual por uno o varios tribunales en la fijación de una doctrina errónea, lesiva de los derechos, irracional o sesgada, no es un asunto ajeno a las Cámaras, pues tales pautas destruyen el objetivo de la ley. Y estas tesis pueden darse en cuestiones sociales nuevas, en las que los prejuicios son todavía muy fuertes, como se está produciendo en la actualidad en términos de igualdad, incluida la igualdad de género o cuestiones relacionadas con la libertad de conciencia, cuestiones sobre las que la jurisdicción no se había pronunciado.

La acción de ignorar en la aplicación la doctrina de la ley es una cuestión que puede exceder del caso concreto, pero en todo caso

es controlable, aunque no lo sea desde la perspectiva de la pretensión de anularla y sustituirla por otra, sino mediante un procedimiento de examen que al referirse al poder unilateral del juez de declarar el Derecho está más justificado que nunca. Una apreciación de una pauta de aplicación contraria a la Constitución no es cuestión ajena a la función constitucional de control, pues no se está nunca libre del prejuicio, del encasillamiento o de lo que hemos llamado anquilosamiento. En la función judicial se reflejan todas las posibilidades.

La referida función no es un ataque a la independencia judicial, pues esta no puede amparar la capacidad de mantener un criterio erróneo desde el punto de vista argumentativo, sino concretarse en la ausencia de presiones que afecten a la decisión. La independencia y la autonomía no son una habilitación legislativa para imponer la voluntad. La independencia y la inamovilidad no suponen una franquicia, ni excluye que las Cámaras controlen el proceso de la argumentación anterior en la vía de la nominación, donde el récord del juez se expone entendiendo a los argumentos y razones y a la proyección de sus criterios en el futuro sobre asuntos de marcado carácter político, como la discriminación o la libertad de expresión.

La realidad de ese *Congressional control* es hoy una simple previsión de comparecencias del presidente del Consejo General del Poder Judicial o del fiscal general del Estado, basándose en noticia muy amplia, dispersa del compareciente, estrictamente autoridad, contestada con generalidad por los miembros de la Comisión. Esta es sin duda una interpretación muy restrictiva de los poderes a los que nos estamos refiriendo, que en primer lugar son mucho más inmediatos al ciudadano que los restantes, pues sus decisiones son de cumplimiento obligado. El carácter difuso de la presencia del Poder Judicial no establece una limitación, sino que supone una potencial agravación del *status* del ciudadano ante el ejercicio de la función judicial. La unipersonalidad del órgano no es precisamente un momento de reflexión sobre el caso, poder tenuemente limitado por la apelación.

La sujeción espontánea a la ley y la revisión de las resoluciones judiciales es manifiestamente insuficiente para el control de los ciudadanos que deciden el Derecho, puesto que las limitaciones y lentitudes de la apelación convierten la competencia funcional en un instrumento

para evitar lo que aquí estamos exponiendo escasa utilidad práctica. El control en base a los elementos citados acota también la función del juez, que puede ser objeto de una vigilancia desde un órgano, el legislativo, el que controle las citadas causas de mal uso del poder, carácter erróneo de las resoluciones, irracionalidad, sesgo y lesión de los derechos fundamentales. Todas estas son circunstancias que permiten valorar la idoneidad para un cargo judicial y el desempeño del cargo. La teoría de que nombrado el juez se entra en una caja negra de su comportamiento es la posibilidad más peligrosa, lo que incluso se ve acentuado por los casos que trascienden a los medios de información respecto de comportamientos indebidos. Y con toda claridad el actual método de control fundado en los informes que presentan dichas autoridades, con exclusión sin excepción de los casos jurisdiccionales.

La función judicial es, como tal, no solamente responsable ante la aplicación de la ley sino ante los órganos competentes que supervisan que la aplicación de la ley no se convierta en irresponsabilidad. Incluso en la Historia la interpretación estaba vedada, atribuyéndose al Legislativo, mediante el *référé législatif*. Tampoco se puede olvidar que los tribunales de casación surgen históricamente por la prevención de los representantes respecto de las resoluciones judiciales que inaplicaban la ley, recurso que tradicionalmente se consideraba como guardián de la ley, o protector de la ley. Tal origen es genuinamente una creación del legislador, por prevenir una inaplicación en la aplicación, por medio de una voluntad creadora de los jueces consolidada por el régimen de garantías. Y la cuestión no es atacar a la independencia, sino definirla.

Hay una primera afirmación muy clara que se deduce de lo hasta aquí expuesto: no basta con entender que la sola enunciación de que el juez actúa sujeto a la ley garantice que así sea, pues esto es el fruto de un razonamiento circular que nunca cierra la justificación. Esta teórica independencia de origen no supone la confirmación de la realidad como tal y sobre todo no excluye el que existan casos de responsabilidad no encajables ni en lo disciplinario ni en la corrección por la vía de los recursos. Es la función eminente, la jurisdiccional, la que tiene más impacto, por la inmediatez que tiene respecto del caso o del conflicto jurídico, mediante medidas de aplicación

inmediata, atribuidas al órgano judicial unipersonal, respecto del que las jurisdicciones de apelación y de casación tienen un marco mucho más rígido, incluso en los casos de apelaciones plenas, supuesto que no suele ser el caso, ya que se introducen limitaciones en los poderes de revisión que cualifican la apelación.

Por tanto, una exclusión del control de los jueces en la vía disciplinaria por la senda de restringir lo que son infracciones disciplinarias es inconstitucional, sin más. La cobertura de la actuación judicial como defensa frente a una acción disciplinaria, es decir alegando que la acción no es perseguible porque es jurisdiccional, como está ocurriendo en España, no es admisible desde el cumplimiento de la justicia y los restantes valores democráticos. La actuación puede ser jurisdiccional, pero puede, además, es decir no son casos excluyentes, ser una violación de los deberes del juez. Una resolución injusta es tanto una cuestión jurisdiccional como una cuestión de comportamiento.

El juez puede suspender la obra del Parlamento, mediante argumentos extravagantes, irracionales o ideológicamente sesgados, que antepongan su voluntad a la voluntad de la ley. Este caso no es abstracto puesto que el presidente Roosevelt tuvo que recurrir a su Court Packing Plan para resolver un caso de interpretación en que las medidas y directivas plasmadas en las leyes del Parlamento chocaban abiertamente con agendas judiciales motivadas y continuas que suspendían la aplicación de la ley. La sujeción a la legalidad, el respeto por la ley, la aplicación como operación metódica, apegada a la letra de la ley y sujeta a cánones hermenéuticos limitados, es la única opción frente a una desviación del juez de la función de omitir sus valores y aplicar los de la norma. Este caso no es irrepetible, del mismo modo que la instauración de la supremacía normativa de la Constitución en los años siguientes a 1978 no fue un proceso fácil.

Imaginemos un Poder Judicial independiente e inamovible, que no aplica la Constitución, considerando sus preceptos indicativos y vinculantes solamente a través de leyes de desarrollo. Es decir, imaginemos un caso extremo de invalidación judicial de la propia norma constitucional. ¿No tiene nada que decir el Congreso? ¿No puede revisar por sus propios procedimientos la actuación de unos jueces que no aplican la norma constitucional? Lo puede hacer por el

control de las normas orgánicas y procesales, lo que está dentro de las competencias de las Cámaras y puede ser ejercido con libertad para evitar una situación de inaplicación judicial de la Constitución o de arbitrariedad sistemática. De no ser así, el control sobre la actividad judicial sería ilusorio, por ser los propios jueces los que decidirían. La citada preocupación tiene que ser una preocupación de las Cámaras, también, pues la actividad legislativa quedaría sometida en su efectividad a la voluntad de los jueces, lo que supondría la destrucción del sistema constitucional (Hernández Marín, 2012). Y la atribución de los poderes sobre la legislación en materia de legislación procesal es un medio habilitante de primer orden para comprobar, y corregir la aplicación de las normas que haga el Poder Judicial. El tabú formado deja paso a una visión racional de la acción parlamentaria, no solamente en la fase de promoción sino también en la fase de elaboración de las normas procesales.

La solución a este problema, que, de no ser resuelto satisfactoriamente, desafía a la arquitectura de los Poderes, tiene su sede adecuada si apelamos a la interpretación constitucional. La existencia de una Constitución escrita y con pleno contenido normativo sitúa la función del juez en un escenario político. Nada se ha entendido de la política constitucional e incluso función judicial si no se entiende que la mayor amenaza al orden constitucional es una Justicia que no aplique o que aplique mal la norma constitucional. La doctrina de los principios neutrales de Wechsler ponía la atención en el establecimiento, siempre, de principios neutrales y generales, de criterios que por la citada formulación objetiva cumplen el mandato de la ley y respetan que la decisión política sea la obra de una mayoría parlamentaria que así ha sido declarada en elecciones libres. Y esa doctrina tenía una base y un fundamento estrictamente constitucionales, pues también se refería a la función del Tribunal Supremo cuando interpretaba la Constitución.

En este sentido, la indistinción entre creación y aplicación del Derecho, a la que hemos hecho referencia en varias ocasiones, y la referencia de Locke a la situación del Poder Judicial en el Poder Legislativo, permite que en la práctica incida esa razón, de tal modo que el control sobre la función judicial puede extenderse al contenido de las resoluciones judiciales en los casos como los que se dieron al

hilo del *due process* desde finales del siglo XIX. Una interpretación sistemáticamente contraria a la Constitución o a las normas materiales claramente formuladas en el ordenamiento no solamente es rechazable, sino que debe ser corregida desde un punto de vista externo al propio sistema y esa función solamente la puede ejercer el Legislativo. Este es el elefante en la habitación.

La existencia de técnicas –y en este escrito hemos hecho referencia a muchas– no garantiza que la situación no se dé. Por eso, la referencia a la sujeción a la ley no se auto cumple. El juez por el hecho de dictar sus resoluciones no está sujeto a la ley, sino que lo que tiene que hacer es estarlo mediante una conducta activa o positiva de aplicación de las normas constitucionales. Por eso, el marco de la acción del juez es el ordenamiento constitucional, entre otras cosas porque en la Constitución hay principios positivizados que compiten con reglas, principios que ya están afirmados, como los valores constitucionales.

Hemos hecho referencia ya a que la función del juez debe ser cumplida mediante una previa formulación de principios, el caso opuesto a la arbitrariedad. Es argumento válido lo que estimo que los restantes agentes determinarían como válido, es decir, lo aceptable (Otto, 1999, pp. 295 y ss.), siendo el tribunal de la razón en su conjunto el que controla finalmente. La democracia es un régimen de normas, que se someten tanto al tribunal de la técnica como al del fundamento moral. Y también hemos destacado como al lado de la justificación y la aceptación, que confrontan algo más que la realidad lingüística, desde esta misma, desde el análisis del lenguaje, cabe un análisis conductual, en el que el efecto que queremos provocar en el interlocutor es determinante de su respuesta y que la generalidad debe ser apreciada mediante un consenso argumentativo, cuya justificación pueda ser aceptada por la comunidad de aplicadores del Derecho. Los principios neutrales se orientan a despejar la hipótesis de una tentación contramayoritaria pero también a precisar la interpretación de la Constitución en la línea de despejar la incógnita de decisiones no suficientemente respetuosas con el citado mandato legislativo (Moore, 2004, pp. 54 y ss.).

Lo que esto pone de manifiesto es que la función judicial, como tal, debe responder ante la representación, que es equivalente

a decir, ante la vigencia efectiva de la ley. Lejos de ser una especulación, encuentra sólidos apoyos en el Derecho comparado y en la Historia, donde el recelo frente a los Parlamentos franceses, que eran los órganos judiciales, causó en parte la Revolución. Siempre se ha tenido en cuenta que la rama judicial, lejos de ser irrelevante, es la maquinaria de aplicación del derecho que, en cierto modo, y esto es lo que hay que evitar, responde ante sí misma. No se trata de interferir en la administración de la aplicación de la ley sino de vigilar la interpretación conforme a la que puede hacerlo como los demás integrantes de la parte orgánica, sino que es el que mejor puede velar por tal aplicación.

En el principio de todo razonamiento judicial hay unos supuestos asumidos y unos esquemas conceptuales depurados, en base a las técnicas del Derecho. Los artículos generales de los códigos civiles sobre la interpretación contienen normas que son producto de cientos de años de experiencia en la delicada función de aplicar la norma a un caso. Al referirnos con anterioridad a los principios neutrales apelábamos a su función interpretativa, indicando que serían aquellos que aplicados *iterativamente* dan el mismo resultado. Su reproducción desde perspectivas diferentes y sobre problemas diferentes expresan un resultado estructural igual. Aunque es difícil de aprehender la tesis de que deben existir unos criterios de argumentación que en casos iguales lleven al mismo resultado, esta finalidad es la finalidad reina del Derecho, como estabilidad del criterio de aplicación y convicción de que la voluntad articulada en el Parlamento va a ser respetada. Era esta repetición, denominada en algunos países jurisprudencia, la que respetaba el mandato del Parlamento, y distinguía el proceso de formación política de la actividad judicial, sin que ello se pueda convertir en Derecho libre. Es más bien, lo contrario del Derecho libre, pues la tesis de la neutralidad es vinculante (Ross, 2000, pp. 89 y ss.)⁸.

En la terminología, invertida en su aplicación al caso, de Alexander Bickel, la rama del Poder Judicial se convertiría en la rama más peligrosa, al legitimarse solamente por el estatuto personal y por la auto referencia de la sujeción al imperio de la ley, entendida como proclamación y no como exigencia. Esto sería un manifiesto abuso

⁸ En su referencia a los criterios en este punto manejados por la Constituyente en Francia.

constitucional y la Justicia sería despotismo. La citada rama del Poder se convertiría en irresponsable y por otro lado en fuente del Derecho si se tiene en cuenta el valor que a la jurisprudencia conceden determinados sistemas jurídicos como el nuestro. Y de no seguirse la regla de resolución por principios neutrales, la función judicial se adentra en los pantanos de la intencionalidad política y pierde su legitimidad de ejercicio. Podría discutirse la elección correcta o cuestionarse la solución al caso, pero en Derecho la prohibición del *non liquet*, ciertamente secular, es la mejor prueba de que la resolución del caso es siempre única, en la descripción de Dworkin.

Son los principios de la razón los que permiten ordenar cognoscitivamente el complejo problema de resolver un caso. No basta con cumplir con la norma procesal o con incluir en el razonamiento aseveraciones indemostradas que se recubren, de autojustificaciones vacías, como *es obvio*, o *es patente* A, B o C, afirmaciones de cierre en falso, pues de lo que se trata seriamente es de abordar esa obviedad con razones, dirigidas a fundar en base a principios las opciones de casos, a veces incluso sin norma particular precisa. La función heurística, el camino de descubrimiento de la solución en un contexto de auténtica comunidad de argumentación, o, también, de se convierte en la garantía funcional de la Justicia, no la independencia, la posición funcional, los derechos y deberes de los magistrados o cuestiones relativas al *status* funcional. Es la validez general del razonamiento la única limitación que realmente defiende los derechos del justiciable, sin más. La confusión entre *status* funcional y función determinante del Derecho es muy habitual, por no asumirse el más delicado de los problemas, como es aplicar la ley justamente al supuesto de hecho. Y ese control se situaría, siguiendo a Locke, en el nombre de Poder legislativo, que incorporaría la aplicación judicial como consolidación de la función de aprobar la ley.

Por ello, la noción misma de interferencia o invasión competencial no tiene sentido. Si el juez actúa dentro de su competencia y con arreglo a normas externas, aprobadas por el Parlamento, la función de supervisión en la nominación y el desempeño de la función es en principio prospectiva, pues son cuestionados los métodos y las ideas de cara a una confirmación, pero tal carácter no oculta que es la actuación previa del juez o la expectativa sobre su actuación futura,

como profesor o como magistrado, la que es valorada, suponiendo ese poder una prospectividad retroactiva. No se trata de examinar las cualidades personales sino de valorar el récord, las declaraciones previas, como sustento de una práctica, que solamente puede ser determinada en el juez por las preguntas formuladas y por la documentación aportada de su labor profesoral, judicial o profesional (Berger, 1997, pp. 72 y ss.).

La tesis de la independencia externa, ponderada interesadamente como el núcleo de la función, pone tal énfasis en la cuestión de la libertad que la transforma en una tesis de Derecho Libre. Y ese tipo de libertad nunca ha sido propio de los jueces, ni la autosujeción al Derecho sostenida unánimemente por sí sola garantiza nada. Si la independencia o la inamovilidad son la *piece de resistance* del sistema político, la cuestión del poder efectivo se desplaza desde los argumentos razonados hacia el *status* del cargo. Esta cuestión es crucial, porque la referencia al control político queda cegada por la confusión entre garantías y vinculación a la ley. La primacía de la independencia, entendida como no inmisión, se impone sobre la aplicación como heurística, haciendo depender el propio sistema constitucional de la actitud del juez, que puede enmascarar decisiones contrarias a principios como manifestaciones de un riguroso literalismo.

La concepción originalista es un ejemplo. Si la norma queda vinculada al momento de su aprobación, puede entenderse que el análisis constitucional semántico está excluido, pues las palabras tienen los significados fijos que tuvieron, y que ya no tienen, que son precisamente los significados utilizados para resolver casos hoy. De acuerdo a las variantes más extremas de la corriente originalista, apartarse de la interpretación histórica es innecesario, pues la solución a todos los casos ya está prevista en la propia Constitución. La función del juez es atenerse a lo que estuvo en las imágenes de los constituyentes, no debiendo moverse un centímetro de la misma.

La tesis opuesta, el no interpretativismo, se defiende de la crítica indicando que el Poder Legislativo dispone, como señaló Perry, de un poder adicional, la reforma de la ley. Las competencias en materia de apelación en Estados Unidos fijan ese poder, pues atribuyen a la ley la creación de tribunales de apelación e inferiores, en los límites de las competencias federales. Este es un medio de control admi-

tido, del mismo modo que las interpretaciones pueden reformarse hacia el futuro mediante la elevación del rango en materias en que la interpretación se ha proyectado sobre una norma reglamentaria. La modificabilidad de la ley en materia de recursos corre en paralelo con la capacidad de combatir interpretaciones erróneas, si se generalizan, o mediante la técnica de la legalización de la norma reglamentaria, ya que en este caso solamente cabe el control de constitucionalidad.

El Parlamento, por este medio, puede corregir la aplicación de la norma indeterminada en una línea incompatible con la propia Constitución. No solamente es la norma reglamentaria la que puede ser interpretada de forma contraria a los principios constitucionales, sino que la ley puede ser modificada para impedir que prospere una libertad de criterio del juez. La acción legislativa es en estos casos reactiva, dirigida a corregir la mencionada interpretación, lo que no la convierte en ilegítima, pues corregir y enmendar errores de aplicación del Derecho es, también, función legislativa.

La competencia legislativa en materia de legislación procesal, aun con nombre impreciso, apunta a lo que en la doctrina norteamericana se denomina el *congressional control*, siendo como tal una manifestación del principio de supremacía del Parlamento. Por tal ha de entenderse la de una modificación normativa a corregir una interpretación contraria a la Constitución y al equilibrio de los poderes. Si bien el nombre es desafortunado, refleja un caso en que la legislación es utilizada para desbloquear situaciones contrarias a las propias normas legislativas (Chemerinsky, 1994, pp. 173 y ss.).

Las normas de la Constitución se refieren, con mucha frecuencia, a la consideración de que la justicia se ejercita en nombre del pueblo. Y esta apelación clarísima ha sido olvidada, por una repetición infructuosa de los dogmas de la unidad, exclusividad, independencia e inamovilidad, derivados del vaciamiento de significado del imperio de la ley. Si las reglas de procedimiento no se respetan y si las razones no existen, no se explicitan o se enmascaran, la Constitución será una norma indicativa, no una norma directiva. Si la independencia se alcanza mediante una auto declaración complaciente del sometimiento a la ley y al Derecho, una autolimitación benigna que el juez se impone, la función judicial, que se ejerce en nombre del pueblo, se convertirá en la rama más peligrosa.

La perspectiva es crucial. La función delegada atribuye el acto de juzgar y los efectos coercitivos ejecutivos a una delegación del pueblo-cuerpo electoral, en una persona o Leviatán. La matriz de la representación es tan determinante, que ocupó varias páginas, de la obra de Hobbes, poniendo de manifiesto que ese poder neutro capaz de enriquecer o arruinar es el punto central del Derecho Público, como agudísimamente advirtió Locke (Wechsler, 1959). Sin la función judicial no hay sistema jurídico, pero es precisamente por eso por lo que la función judicial debe ser objeto del más riguroso de los seguimientos. No hay ninguna infracción del principio de separación de poderes por el hecho de que las Cámaras ejerzan un control sobre la jurisdicción, no entendida como capacidad de rectificación de resoluciones judiciales, sino como control de los nombramientos y de los actos que pueden dar origen a responsabilidad.

Así, de este modo, se asumirán el control de las llamadas *passive virtues* y de las reglas de apelación desde una perspectiva normativa, coincidiendo con criterios interpretativos ya expuestos en el libro, y respondiendo positivamente a un cierto activismo de la función judicial. Estas virtudes de la función judicial, y que se concretan en las doctrinas de la inmadurez de la pretensión o de la cuestión no justiciable, no son la obra del Parlamento, como las relativas a las normas procesales, sino medios de resolver las cuestiones que surgen muchas veces en la tramitación de los procedimientos, y que son ajenas al contenido material del litigio (Bickel, 1986). Reglas que incluso alcanzarán en su contenido de restricción basados en principios como la regla de error claro, la regla de oportunidad o la regla de neutralidad, como medios de control del poder judicial a los que hace referencia Bickel.

Esta perspectiva es la adecuada en un sistema democrático. Esta alcanza a la función del juez, pues el parámetro de la norma constitucional es más exigente y el proceso aplicativo no es tan ingenuo y simple como se creía. La subsunción es algo más compleja y en todo caso no es una aplicación mecánica. La referencia a lo mecánico es básicamente metafórica. Aun haciendo abstracción de las tesis de la Escuela realista respecto de la posición, racional o irracional, del juez en función de sus impulsos, resta un elemento desconocido, una pieza en la argumentación que no puede depurarse simplemente a través del

sistema de acciones y recursos, un expediente X del Derecho Procesal, que daría por probado lo que se pide probar y daría por justificado precisamente lo que se trata de justificar.

Esa desviación de la motivación afecta al requisito de la justificación e impide apreciar si hay o no aceptación, es decir, invalida el acceso a la decisión de una forma especialmente lesiva de la justicia como valor superior.

Destacada muy sumariamente en las obras clásicas sobre el Poder Judicial, el peso de Montesquieu fue decisivo en la interpretación del Poder Judicial. Pero hay que tener en cuenta la diferencia entre la forma política del Estado de Derecho de la correspondiente al Estado democrático. No es posible reiterar simplemente las garantías estatutarias y añadir, como si fuera una más, la vinculación al imperio de la ley, pues lo que en realidad se hace es partir de aquello a definir.

Analizar la sujeción al imperio de la ley mismo va mucho más allá de lo que se ha interpretado como tal, que se ha limitado a la declaración, sin más. Hemos podido comprobar como la tarea es mucho más compleja y la interpretación y la aplicación del Derecho plantea la analogía, la equidad, la obligación de atenerse a las fuentes, los precedentes, la motivación, la discrecionalidad o la aplicación de los principios generales. Esto es lo que se debate al referirse al Poder Judicial. No las garantías, ya establecidas –no hay lucha por ellas ya en el sentido hegeliano– pero el riesgo de ese poder tan inmediato es un despotismo judicial. Ejercido a través de procedimientos más o menos ponderados, situaría al ciudadano ante el deber de cumplimiento, que se plantea como irrestricto, sin alternativa y a expensas de la limitación de la apelación, que si es restringida además no puede revisar los hechos.

El Parlamento tiene otro poder adicional sobre la jurisdicción y es el que ejerce al establecer las vías de acceso a la jurisdicción y las vías de recurso. Este aspecto es muy importante y ha sido destacado como medio de prevenir un exceso en la jurisprudencia que rebasa el marco del interpretativismo. La finalidad de la legislación es establecer el marco del derecho de acceso a la jurisdicción y del derecho a los recursos, como posiciones fundamentales en el sistema de justicia. Ese es un control interórganos, en la terminología de Karl Loewenstein, que ejerce el Poder Legislativo sobre el Poder Judicial

y que se suma al control *ex ante* en los nombramientos (Perry, 1982, pp. 61 y ss.).

Los excesos serían corregidos en este caso por una legislación que afectaría a las vías de acceso al proceso. Si bien la solución es indirecta, pues no condiciona la decisión en cuanto tal, sino el medio de llegar a la decisión, el argumento se dirige a una situación de activismo judicial, no a una situación normal. Del mismo modo que el control de las vías de acceso a la jurisdicción no puede dirigirse a eliminar la carga de trabajo de los Tribunales. Aunque este no es el caso al que estamos haciendo referencia, la llamada objetivación del sistema de recursos es justamente lo contrario de lo que propone Perry, pues ello impide conocer los casos en sede judicial por técnicas de selección que no tienen otro objetivo, sino precisamente utilizar la objetivación para evitar una respuesta sobre el fondo.

BIBLIOGRAFÍA

- ALCHOURRÓN, C. E. (1961). Los argumentos jurídicos a fortiori y a pari, *Revista Jurídica de Buenos Aires*, IV.
- ALEXY, R. (1989). *Teoría de la argumentación jurídica*. Centro de Estudios Constitucionales.
- ALEXY, R. (2011). *Theory of legal argumentation*. Oxford University Press.
- ALEXY, R. (2013). *Teoría de la argumentación jurídica*. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- ÁLVAREZ CONDE, E. y TUR ALSINA, R. (2012). *Derecho Constitucional*. Tecnos.
- ÁLVAREZ CONDE, E. y TUR ALSINA, R. (2017). *Derecho Constitucional*. Tecnos.
- ATRIA, F. (2005). *Lagunas en el Derecho. Una controversia sobre el derecho y la función judicial*. Marcial Pons.
- BARAK, A. (1989). *Judicial discretion*. Yale University Press.
- BERGER, R. (1997). *Government by Judiciary*. Liberty Fund.
- BETTI, E. (2006). *La interpretación jurídica*. LexisNexis.
- BICKEL, A. M. (1986). *The least dangerous Branch*. Yale University Press.
- BLACK, C. L. Jr. (1960). *The Lawfulness of the Segregation Decisions*. 69 YALE. L.J. 421.
- BORK, R. H. (1971). *Neutral Principles and Some First Amendment Problems*. 47 IND. L.J. 1.
- BREST, P. (1980). The misconceived quest for the original understanding. *Boston University Law Review*, vol. 60, pp.204 y ss.
- CARRÉ DE MALBERG, R. (2000). *Teoría General del Estado*. Fondo de Cultura Económica.
- CONTE, M. E. (1988). *Condizioni di coerenza, ricerche di lingüística testuale*. La Nuova Italia.
- CHEMERINSKY, E. (1994). *Federal jurisdiction*. Little Brown and Company.
- CHEMERINSKY, E. (2011) *Constitutional Law*. Wolters Kluwer.
- Chevron U.S.A., Inc. v. Natural Resources Defense Council, Inc.*, 467 U.S. 837 (1984).
- DEUTSCH, J. G. (1968). *Neutrality, Legitimacy, and the Supreme Court: Some Intersections Between Law and Political Science*. 20 STAN. L. REV. 169.
- DICEY, A. V. (2013). *Introduction to the Study of the Law of the Constitution*. Oxford University Press.
- DIEZ PICAZO, I. (2009). Comentario al artículo 117 de la Constitución. En CASAS BAAMONDE, M. E. y RODRÍGUEZ PIÑERO, M. (dirs.), *Comentarios a la Constitución*. Wolters Kluwer.
- DWORKIN, R. (1995). *Los derechos en serio*. Ariel.
- DWORKIN, R. (2006). *Justice in Robes*. Harvard University Press.

- DWORKIN, R. (2009). *El imperio de la justicia*. Gedisa.
- ENDICOTT, T. (2007). Adjudication in the Law. *Oxford Journal of Legal Studies*, 27 (2): pp. 311-326.
- ESTEVE PARDO, J. (2008). *Lecciones de Derecho Administrativo*. Marcial Pons.
- FRIEDMAN, B. (1997). *Neutral Principles: A Retrospective*. 50 VAND. L. REV. 503
- GADAMER, H. G. (1977). *Verdad y método*. Sigueme.
- GALLEGO ANABITARTE, A. (1971). *Administración y jueces: gubernativo y contencioso*. Instituto de Estudios de la Administración.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, E. (2005). *Revolución francesa y Administración contemporánea*. Aranzadi.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, E. y RAMÓN FERNÁNDEZ-RODRÍGUEZ, T. (2004). *Curso de Derecho Administrativo*, vol. II. Civitas.
- GARCÍA PASCUAL, C. (1997). *Legitimidad democrática y poder judicial*. Institució Alfons el Magnànim.
- GARRIDO GÓMEZ, M. I. (2014). *La función de los jueces: contexto, actividades e instrumentos*. Aranzadi.
- GOLDING, M. P. (1963). *Principled Decision-Making and the Supreme Court*. 63 COLUM. L. REV. 35.
- GREENAWALT, K. (1978). *The Enduring Significance of Neutral Principles*. 78 COLUM. L. REV. 982.
- GUASTINI, R. (1999). *Distinguiendo. Estudios de Teoría y metateoría del Derecho*. Gedisa.
- HABERMAS, J. (2005). *Facticidad y validez*. Trotta.
- HAYMAN, R. L. Jr. (2002). *Neutral Principles and the Resegregation Decisions*. 9 WIDENER L. SYMP. J. 129.
- HERNÁNDEZ MARÍN, R. (2012). *Teoría general de las decisiones judiciales*. Marcial Pons.
- HOHFELD, W. (1913). Some Fundamental Legal Conceptions as Applied in Legal Reasoning. 23 *Yale Law Journal*, 16.
- HORWITZ, M. J. (1992). *The transformation of American Law 1870-1960*. Oxford Paperbacks.
- IGLESIAS VILA, M. (1999). *El problema de la discreción judicial. Una aproximación al conocimiento jurídico*. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- KELSEN H. (1993). *Teoría pura del Derecho*. Porrúa.
- KORNPROBST, B. (1959). *La notion de partie et le recours pour excès de pouvoir*: LGDJ.
- LEITER, B. (1997). Rethinking legal realism: Toward a naturalized jurisprudence. *Texas Law Review*, 76, pp. 267-315.

- MOORE, M. (2004). *Objectivity in Ethics and Law*. Ashgate.
- OTTO, IGNACIO DE. (1989). *Estudios sobre el Poder Judicial*. Ministerio de Justicia.
- OTTO, IGNACIO DE. (1999). *Derecho Constitucional. Sistema de fuentes*. Ariel.
- PECZENIK, A. (2003). *Derecho y razón*. Fontamara.
- PERRY, M. J. (1982). *The Constitution, the Courts and human rights. An inquiry into the legitimation of constitutional policymaking by the judiciary*. Yale University Press.
- POGGI, F. (2007). Significado literal: una noción problemática. *Doxa*, 30, pp. 617-634.
- PRIETO SANCHÍS, L. (2005). *Apuntes de Teoría del Derecho*. Trotta.
- RAZ, J. (1985). *La autoridad del Derecho. Ensayos sobre Derecho y Moral*. UNAM.
- RODRÍGUEZ, J. L. (2021). *Teoría analítica del Derecho*. Marcial Pons.
- ROSS, A. (2000). *Teoría de las fuentes del Derecho*. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- ROSTOW, E. W. (1962). *The sovereign prerogative. The Supreme Court and the quest for Law*. Yale University Press.
- SELLARS, W. (1991). Empiricism and the philosophy of mind. En *Science, perception and reality*. Ridgeview Publishing.
- SOETEMAN, A. (1989). *Logic in Law*. Kluwer Academic Publishers.
- TRIBE, L. (2000). *American Constitutional Law*, I. Foundation Press.
- TROPER, M. (1980). La separation des pouvoirs et l'histoire constitutionnelle française. *RGDJ*, pp. 190 y ss.
- VIEWEG, T. (1973). *Tópica y jurisprudencia*. Taurus.
- VIVES ANTÓN, T. (2018). Comentario al Título VI de la Constitución. En *Comentario a la Constitución* (vol. II, pp. 641 y ss.). Fundación Wolters Kluwer.
- WECHSLER, H. A. (1959). Toward neutral principles in Constitutional Law. *Harvard Law Review*, 73 (1), pp. 1-35.