

LAS OPCIONES AXIOLÓGICAS DE LA FUNCIÓN JUDICIAL

Laura Miraut Martín

Profesora Titular de Filosofía del Derecho de la ULPGC

SUMARIO:	I. LOS ESCEPTICISMOS DE LA DECISIÓN JUDICIAL. HECHOS Y NORMAS EN LA APLICACIÓN DEL DERECHO. II. LOS REQUERIMIENTOS DE LA PREVISIÓN DEL SENTIDO DE LAS DECISIONES JUDICIALES. III. PROTAGONISMO DEL JUEZ Y REFERENCIAS DE VALOR.
-----------------	---

I. LOS ESCEPTICISMOS DE LA DECISIÓN JUDICIAL. HECHOS Y NORMAS EN LA APLICACIÓN DEL DERECHO

La aplicación del derecho está inevitablemente abierta a la acción del juez. El viejo dogma del juez como “la boca que pronuncia las palabras de la ley”¹ se admite en general que está muy lejos de reflejar el funcionamiento complejo del derecho. La doctrina de la subsunción, definida como “credo jurídico” del positivismo legalista² supone una visión distorsionada de la administración de justicia, porque olvida la importancia que tiene la personalidad del juez en la doble acción de identificar los hechos objeto de la decisión jurídica y la norma aplicable al caso sobre la que va a fundar su respuesta.

La llamada al escepticismo en la aplicación del derecho, generalmente sentida por la doctrina jurídica en nuestros días, parte del reconocimiento de la impredecibilidad de decisiones que en última instancia están siempre sometidas al condicionamiento propio de la acción del hombre. El escepticismo de las normas incide en la dificultad de conocer a priori la disposición o el conjunto de disposiciones que constituirán el fundamento jurídico de la sentencia. El escepticismo de los hechos incide en el papel del juez como indagador social, encaminado a concretar los hechos acaecidos y su significado jurídico con la mirada puesta en la adscripción de una respuesta oficial que pueda considerarse conforme con el sistema jurídico. En este sentido se trata de saber no sólo qué hechos han ocurrido, sino también si esos hechos tienen o no relevancia jurídica.

La personalidad del juez no sólo interviene a la hora de fijar la verdad judicial con respecto a los hechos, sino también a la hora de reconocer su significado jurídico. No cabe duda de que el juez, condicionado como está por la necesidad de limitar sus posibilidades probatorias a la acción de los medios admitidos por el derecho, tiene en cuenta la repercusión normativa de los hechos a la hora de su propia fijación como los hechos que reclaman de él la correspondiente respuesta jurídica. La determinación del fundamento jurídico de la sentencia presupone un análisis jurídico a partir del conocimiento de las fuentes formales y de las diferentes técnicas de interpretación y argumentación del derecho. La determinación de los hechos parte también del conocimiento del derecho, en primer lugar porque es el propio derecho

1 Mostesquieu, Ch., *El espíritu de las leyes*, libro XI, Capítulo VI.

2 Gil Ruíz, J.M^a., “La función judicial: entre la ciencia y el control social”, en *Anuario de Filosofía del Derecho*, Tomo XVII, 2000, pág. 274.

el que fija los medios probatorios y la prohibición de utilizar determinadas pruebas irregulares³, y también por la influencia que desarrolla la tipificación jurídica de los hechos a la hora de concretar cuáles son los que ha de tener en cuenta el juez en su sentencia. Pero supone también un conocimiento general del mundo exterior que permita percibir el significado real de los hechos cuya existencia jurídica se trata de concretar⁴. Conocimiento que muchas veces va más allá de lo que el propio ordenamiento jurídico, con la indicación de las limitaciones de la prueba, pretende, lo que hace necesario distinguir entre la fundamentación jurídica de los hechos probados y la fundamentación real de los mismos. Y es que, tiene razón Luis Prieto Sanchís cuando señala que “no cabe excluir que la conciencia sobre la verdad de unos hechos se consolide con informaciones irregulares”, reconociendo en todo caso que “como es lógico, cualquier información que no provenga de los canales admitidos ha de ser omitida a la hora de redactar los resultados de hechos probados, pero ello no significa que no ejerza alguna influencia sobre el juez”⁵. Es en todo caso un conocimiento que no puede garantizar que los hechos a través de él adquiridos sean efectivamente ciertos.

El mismo carácter de las pruebas y razonamientos que sigue el juez a la hora de fijar su respuesta oficial en relación a los hechos lleva su consideración como hechos presuntamente acaecidos, en realidad hechos oficialmente declarados relevantes en relación a la controversia jurídica que le ocupa al juez⁶. Los indicios pueden garantizar a lo sumo un conocimiento aproximado de lo acaecido, o una coherencia entre los hechos reconocidos y la realidad externa que constituye el contexto en

3 Mendonca, D., *Las claves del derecho*, Editorial Gedisa, Barcelona, 2000, pág. 192, reconoce en este sentido a las limitaciones en la admisión y consideración de la prueba como una exigencia de la justicia del proceso, expresando que “la justicia cuenta en el derecho como algo tan valioso como la verdad”.

4 Cardozo, B.N., “Our Lady of the Common Law. Commencement Address at St. John’s Law School”, en *Selected Writings of Benjamin Nathan Cardozo. The Choice of Tycho Brahe*, Edited by Margaret E. Hall, Matthew Bender, Albany-San Francisco-New York, 1975, págs. 88-89, propone a este respecto el concepto de continuidad de conocimiento como elemento indispensable para la formación judicial, expresando su importancia no ya para la concreción real del hecho ocurrido sino para la percepción general de su significado: “Hay una necesidad de proveernos de un equipamiento de conocimientos mayor y más rico que el que se exigía en otra época más tranquila. Pocos de nosotros esperamos resolver por nosotros mismos los problemas que desconciertan al historiador, al economista, al físico o al químico. Tendremos que acudir al experto para que nos proporcione una respuesta definitiva a las cuestiones que son propias de su campo específico. Lo que, sin embargo, ocurre es que sin un bagaje de conocimientos y de cultura en campos ajenos al propio derecho, nunca llegaremos a alcanzar la percepción de los problemas que debemos resolver. Nunca llegaremos a verlos en su verdadera relación con la vida de quienes están a nuestro alrededor, y al perder su relación con la vida estaremos perdiendo su relación con el derecho, que nos da la regla de la vida. Si queremos alcanzar nuestro objetivo tendremos que conocer el método para aproximarnos a él. El concepto de continuidad de conocimiento nos está mostrando día a día la necesidad de enriquecer nuestro equipamiento y nos está señalando la senda que habrá de seguir el jurista de mañana”.

5 Prieto Sanchís, L., *Ideología e interpretación jurídica*, Editorial Tecnos, Madrid, 1993, pág. 98.

6 Para un análisis más detallado de esta cuestión, Miraut Martín, L., “La sentencia judicial entre la recreación y la sustitución de los hechos”, en *Anuario de Filosofía del Derecho*, Tomo XVIII, 2001, págs. 49-66.

el que se producen, pero no permiten aseverar ninguna verdad, puesto que, como bien se ha dicho, para alcanzarla plenamente “no existen, en rigor, pruebas suficientes”⁷. Esto no supone la omisión de la necesidad de seguir también en relación a la determinación de los hechos probados relevantes para el caso las reglas establecidas con el objetivo de garantizar una verdad probable cuya consecución resulte compatible con el resto de los valores que ha de tutelar el juez en el desempeño de su función. Como bien señala Marina Gascón Abellán, “el juez ha de ser libre para valorar discrecionalmente la prueba, pero no puede ser libre de no observar una metodología racional en la fijación de los hechos controvertidos... si en el mundo moderno el método científico, y no la revelación o la intuición, constituye el paradigma de verdad, parece razonable que el logro de la verdad judicial, que no es sino una especialidad de verdad, deba acudir también a ese método a la hora de valorar o verificar las pruebas aportadas”⁸.

En suma, la verdad judicial se manifiesta directamente como instrumento para la administración de justicia, sin que ello suponga considerarla como un mero reflejo de la verdad fáctica. No hay una necesaria concordancia entre la verdad de los hechos y su reconocimiento oficial como hechos probados, pero ello no excluye la necesidad de aproximar al máximo ambas verdades, en el respeto siempre del resto de los valores que han de guiar el desarrollo de la misma actividad judicial. La verdad judicial en relación a los hechos es en este sentido una verdad necesariamente probable cuya mayor aproximación a la verdad real dependerá de la pericia judicial y del condicionamiento normativo que imponen las limitaciones legales a la puesta en marcha de los medios cognoscitivos disponibles y el mismo sentido que el ordenamiento jurídico en su conjunto atribuya a los hechos probados como hechos jurídicamente relevantes. Todo ello supone, en definitiva, la prevalencia general del paradigma de “la probabilidad como criterio de verdad relativa de los hechos probados”⁹.

El fundamento jurídico de la sentencia está también afectado por los problemas de determinación. Estos problemas conciernen tanto a la identificación de la norma jurídica en la que se quiere reflejar el supuesto de hecho producido como al significado de su propio tenor literal. Decimos así que son problemas de identificación y de interpretación normativa. A primera vista parece lógico suponer que la interpretación normativa se produce en un momento posterior a la identificación de la norma que se quiere interpretar, porque sólo se puede interpretar aquello que previamente hemos decidido que sea objeto de la interpretación. Pero ésta es una visión simplista y engañosa del funcionamiento del proceso judicial.

7 Ferrajoli, L., *Derecho y razón*, traducción de P.A. Ibáñez, A. Ruíz Miguel, J.C. Bayón Mohino, J. Terradillos Basoco, R. Cantarelo Bandrés, Editorial Trotta, Madrid, 1995, pág. 135 (la traducción del texto citado a cargo de A. Ruíz Miguel).

8 Gascón Abellán, M., *Los hechos en el derecho. Bases argumentales de la prueba*, Marcial Pons, Madrid, 1999, pág. 161.

9 Miraut Martín, L., “La sentencia judicial entre la recreación y la sustitución de los hechos”, pág. 57.

En realidad la identificación y la interpretación normativa no son momentos radicalmente separados, al contrario son dos momentos superpuestos en la operación de aplicación del derecho. La interpretación normativa requiere la identificación de la norma a interpretar, pero también la identificación de la norma aplicable al caso que ante el juez se presenta requiere la consideración del significado de las distintas normas candidatas a ocupar la posición de fundamento jurídico de la sentencia, porque para poder optar entre las distintas normas que aspiran a regir la solución de la controversia jurídica es lógicamente necesario conocer su correspondiente significado.

En suma, la identificación de la norma aplicable al caso y su interpretación son operaciones que se implican una con la otra, funcionando en realidad al unísono, aun cuando a efectos del análisis de los problemas involucrados en cada una de ellas pueda convenir separarlas como si de dos momentos perfectamente diferenciados e independientes se tratara. Sea como sea, tanto la identificación de la norma aplicable al caso como su interpretación presentan especiales problemas de determinación que hacen difícil encontrar una solución adecuada e indiscutible a la controversia que se presenta ante el juez para su correspondiente solución.

La interpretación permite comprender el significado de la norma jurídica, lo que ésta viene a decir. En realidad es una operación que no se limita a desentrañar una realidad, sino que le adscribe ella misma su significado. El texto normativo no es una entidad que tenga un significado previo a su interpretación. Es una entidad que sólo tiene significado a partir del momento en que ha sido interpretada. Antes de la interpretación el texto normativo está abierto a las diversas posibilidades que se ofrecen al intérprete. Éste, dotándole de significado, lo hace operativo a efectos jurídicos. Es por ello que se distinguen los conceptos de enunciado normativo y norma, porque la norma sólo se convierte en tal una vez que se le ha adscrito al enunciado normativo un significado concreto, y esto lo hace precisamente el intérprete.

La concepción tradicional ha confundido los conceptos de norma y enunciado normativo entendiendo al ordenamiento jurídico como un conjunto de normas que requieren la correspondiente interpretación. Ésta es una doctrina poco útil porque considera a las normas como datos previos cuyo significado debiera reconocer el juez en el acto de interpretación, obviando las distintas posibilidades de atribución de significado que ofrecen los textos jurídicos¹⁰. Por el contrario, en la versión más coherente del funcionamiento del derecho la norma se presenta como el producto directo de la acción interpretativa, el resultado de la opción que toma el intérprete entre las distintas alternativas de significado que ofrece el texto normativo.

10 Guastini, R., "Ordenamiento jurídico: un concepto problemático", en Guastini, R., *Distinguiendo. Estudios de teoría y metateoría del derecho*, traducción de J. Ferrer i Beltrán, Editorial Gedisa, Barcelona, 1999, pág. 346: "En realidad, en el lenguaje jurídico común el vocablo norma es usado habitualmente de forma absolutamente irreflexiva, sin problematizar en exceso. En particular, la forma habitual de expresarse no distingue netamente entre textos normativos (las disposiciones que son objeto de interpretación) y las normas propiamente dichas (los significados de las disposiciones, que son, en cambio el producto de la interpretación). La omisión de esta distinción es lamentable, dado que oscurece el fenómeno de la disociación entre los textos y las normas: esto es, el hecho de que todo texto normativo es susceptible de una pluralidad de interpretaciones".

Se ha señalado en ocasiones que hay textos normativos que no ofrecen una diversidad de opciones interpretativas, porque en ellos su significado es claro, emana directamente del mismo tenor literal de la disposición normativa. Aparentemente en este tipo de casos no tendría sentido decir que la norma es el resultado de la interpretación del texto normativo, porque no habría interpretación cuando el significado del texto se deduce directamente del mismo. Es la denominada doctrina del sentido claro de los textos jurídicos que proclama que no hay lugar a la interpretación de los textos claros: *in claris non fit interpretatio*. En realidad esta doctrina no supone ningún cuestionamiento de la idea general de la norma como resultado de la actividad interpretativa, porque también los textos claros se interpretan. Es más, incluso la conclusión de que el texto es claro es el resultado de la interpretación. Antes de llevar a cabo la interpretación del texto jurídico no puede concluirse nada acerca de la claridad u oscuridad del mismo.

Es cierto que hay textos sobre los que es muy fácil coincidir en la atribución de un significado concreto, suscitando el acuerdo general de la comunidad jurídica en este sentido. Decimos entonces que el texto es claro, precisamente porque no se dan desacuerdos entre los diferentes intérpretes. El intérprete, enfrentado al texto jurídico puede no sólo atribuirle un significado concreto, sino también verificar que por las circunstancias que plantea el mismo texto va a existir una concordancia general entre los distintos intérpretes que se puedan pronunciar sobre el mismo. Así dirá que el texto resulta claro, excluye otras opciones interpretativas, atribuyéndole un significado preciso. Pero es siempre el intérprete el que le atribuye el significado, aunque pueda existir un acuerdo general en cuanto a la propia atribución. La claridad de los textos jurídicos no es por tanto algo que excluya la necesidad de la interpretación sino que, al contrario, es resultado directo de la interpretación. Si decimos que el texto es claro es precisamente porque lo hemos interpretado. La atribución de significado en que consiste la interpretación no queda por consiguiente eliminada en los casos en que se proclama la claridad del texto jurídico. El supuesto sentido claro de los textos jurídicos es él mismo consecuencia de la actividad interpretativa no pudiendo por consiguiente decirse que la excluya¹¹.

Es verdad que el mayor o menor acuerdo que pueda darse entre los intérpretes a la hora de atribuir significado a los textos normativos tiene consecuencias directas sobre la importancia de la actividad interpretativa en el conjunto de la aplicación del derecho, pero eso no supone obstáculo ninguno a la caracterización general de la norma como el resultado directo de la acción del intérprete al dotar de significado al texto jurídico que se le presenta. Así lo ha visto Ricardo Guastini cuando, distinguiendo los conceptos de disposición normativa y de norma jurídica, señala que: "Podemos llamar norma (no a la misma disposición sino) a su contenido significativo, que es una variable dependiente de la interpretación. En este sentido la disposición constituye el objeto de la actividad interpretativa, la norma su resultado. La disposición es un enunciado del lenguaje de las fuentes sujeto a interpretación y todavía

11 Miraut Martín, L., "Reflexiones en torno a la doctrina del sentido claro de los textos jurídicos", en *Anuario de Filosofía del Derecho*, Tomo XIX, 2002, págs. 377-399.

por interpretar. La norma es más bien una disposición interpretada y, en ese sentido, reformulada por el intérprete: es, pues, un enunciado del lenguaje de los intérpretes¹². En este sentido los problemas interpretativos se manifiestan como problemas de comprensión general del derecho requiriendo que el juez, como intérprete de los textos jurídicos, les adscriba el significado que sea más coherente con las reglas semánticas vigentes en la comunidad social y con el sentido general del ordenamiento jurídico.

La identificación de la norma aplicable al caso es una operación igualmente abierta a la actuación del juez. Éste lo que hace es optar por un significado concreto de un texto normativo que va a jugar el papel de fundamento jurídico de la decisión judicial. Al no disponer los textos jurídicos de un único significado que les sea mecánicamente atribuido el juez dispone de una mayor gama de opciones a la hora de fundamentar su decisión, contribuyendo todo ello a aumentar su función creadora de derecho. No es que se desvincule de su deber general de sometimiento al ordenamiento jurídico, porque en última instancia el ordenamiento jurídico tiene también determinadas claves que ha de seguir el juez en las distintas fases del proceso de aplicación del derecho. Pero sí puede decirse que la personalidad del juez incide también a la hora de representarse un significado normativo concreto, coherente con la solución que quiere atribuir al caso que ante él se presenta y buscar el texto jurídico que le sirva de referencia. El juez crea en este sentido una norma particular, directamente aplicable a las circunstancias específicas que presenta la controversia jurídica, conectando un significado preciso al texto jurídico que le va a servir de fundamento jurídico de su decisión.

Cabe también que el juez entienda que el supuesto planteado no encuentra una solución precisa en el ordenamiento jurídico, lo que supone decir que ninguna adscripción razonable de significado a los textos jurídicos que lo componen permite resolver la cuestión. Es igualmente posible que el juez entienda que el seguimiento de las reglas racionales de adscripción de significado a los textos normativos pueda llevar a soluciones contradictorias. En este tipo de supuestos el juez no sólo crea normas particulares, específicas para el caso que se le presenta, sino normas generales de aplicación extensibles a otros supuestos semejantes. Son normas jurisprudenciales cuya vigencia dependerá lógicamente del seguimiento que las distintas decisiones jurídicas puedan hacer de la opción desarrollada por el juez. Eugenio Bulygin expresa este proceso cuando señala que: "Las normas generales mediante las cuales el juez justifica su decisión en un caso de laguna normativa no obligan, en principio, a los otros jueces. Pero una norma general creada por un juez en un caso determinado constituye un precedente. Si otros jueces siguen el camino trazado, tendremos una jurisprudencia uniforme: la norma general creada por los jueces adquiere el carácter de obligatoria. Pero bien puede suceder que otro juez resuelva de otra manera un caso análogo. En tal situación tendríamos normas generales incompatibles.

12 Guastini, R., "Norma: una noción controvertida", en Guastini, R., *Distinguiendo. Estudios de teoría y metateoría del derecho*, cit., pág. 101.

El conflicto entre esas normas será resuelto, tarde o temprano, por otros jueces, de modo que el proceso de creación judicial de las normas generales desembocará en una norma general reconocida, de origen jurisprudencial¹³.

En todo caso, bien se trate de la creación de normas singulares o generales, el juez se ve enfrentado a diferentes opciones. El que puedan éstas tener o no un fundamento directo en el conjunto del ordenamiento jurídico no excluye el deber general del juez de justificar su decisión con arreglo a criterios precisos que permitan valorar adecuadamente su sentido como decisiones jurídicas aceptables.

II. LOS REQUERIMIENTOS DE LA PREVISIÓN DEL SENTIDO DE LAS DECISIONES JUDICIALES.

Reconocer que el juez realiza una actividad creadora no significa imaginarle absolutamente desvinculado del derecho, porque en última instancia su acción creadora tiene su límite precisamente en el sometimiento al ordenamiento jurídico. Tampoco reconocer el peso evidente de la personalidad del juez a la hora de dictar sus decisiones supone imaginarle liberado del vínculo jurídico, porque de hecho la personalidad de los jueces suele incorporar también un sentimiento fuerte de respeto al ordenamiento jurídico en el sentido en el que el mismo es comprendido normalmente por la comunidad jurídica. El juez resulta así comprometido con la cultura jurídica de su tiempo, que de modo más o menos intenso acaba impregnando su propia personalidad.

Lo que sí hace la consideración real del modo de operar del juez es poner de manifiesto que no son los textos jurídicos los únicos elementos que juegan un papel importante a la hora de dirigir el sentido de la sentencia judicial. Junto a la comunidad jurídica que prescribe el significado comúnmente admitido de los textos jurídicos y a los propios enunciados normativos existen otros factores imposibles de controlar en su totalidad a priori. El mayor o menor peso del silogismo y de otro tipo de sensaciones fundadas en elementos irracionales a la hora de actuar el juez depende de las circunstancias del caso y del propio juez¹⁴.

Un mismo juez enfrentado a casos distintos puede tomar una u otra postura según sea que el seguimiento de la regla del silogismo lleve a resultados más o menos compatibles con su visión de la justicia del caso. Es además frecuente que el juez, aun creyendo que sigue las reglas del silogismo, se aparte de las mismas e incluso del significado generalmente reconocido por la comunidad jurídica a los textos jurídicos con la mirada puesta en dictar una respuesta jurídica más acorde con sus sentimientos. En otros casos, aun reconociendo en su decisión jurídica la presencia

13 Bulygin, E., "Los jueces ¿crean derecho?", en Malem, J., Orozco, J. y Vázquez, J., (compiladores), *La función judicial. Ética y democracia*, Editorial Gedisa, Barcelona, 2003, págs. 35-36.

14 Wróblewski, J., "Il sillogismo giuridico e la razionalità della decisione giudiziale", en Comanducci, P. – Guastini, R., (a cura di), *L'analisi del ragionamento giuridico*, traducción de P. Comanducci, G. Giappichelli Editore, Torino, 1987, pág. 280.

de un cierto activismo judicial la cultura jurídica que comparte puede hacer que su decisión responda en alto grado a la lógica del silogismo judicial. Todo depende, ciertamente, del peso que en la personalidad del juez puedan tener factores externos a su misma condición profesional y de la mayor o menor asimilación de la cultura jurídica a la que pertenece, así como de su compromiso con la realización de la justicia en el desarrollo del proceso. La común pertenencia a una misma cultura jurídica no puede impedir que haya jueces que entiendan que su sentencia dictada conforme a derecho no se ajusta exactamente a las exigencias de la justicia mientras que otros jueces piensan que no cabe una sentencia conforme a derecho que no sea a su vez expresión de la justicia¹⁵.

En este marco queda indiscutiblemente afectado el principio de certeza del derecho, requiriéndose para poder afirmar su presencia un conocimiento no sólo de los textos jurídicos, sino también de la personalidad concreta del juez que ha de aplicar el derecho a la controversia jurídica¹⁶. Evidentemente, este conocimiento de la personalidad del juez es ilusorio, porque por muchos datos que se puedan tener acerca de su modo de actuar y de pensar, y sobre todo de su sentimiento de vinculación a una determinada forma de comprender el ordenamiento jurídico, siempre habrá factores que se nos escapen que en última instancia pueden ser decisivos para que el juez dé uno u otro signo a su sentencia.

En las tres operaciones de determinación de los hechos jurídicamente relevantes en el caso, identificación de los textos jurídicos aplicables que conformarán el fundamento jurídico de la sentencia e interpretación de los textos dotándoles de un contenido normativo concreto, la actuación del juez resulta en gran medida imprevisible. La pretensión de previsibilidad del sentido que habrán de tomar sus decisiones constituye “un espejismo inalcanzable cuya fascinación impide en ocasiones comprender en su justa medida la realidad de las cosas”¹⁷. La doctrina jurídica ha tomado conciencia de esta dificultad de previsión atendiendo en manera diferente a los problemas presentes en cada una de estas tres operaciones¹⁸. En todo caso se constata que no caben juicios a priori que garanticen con absoluta seguridad el sentido de la actuación del juez.

15 La incorporación al ordenamiento jurídico de disposiciones que positivizan el valor de la justicia, como sucede en el caso del sistema constitucional español relativiza esta doble situación haciendo que el proceso de aplicación del derecho sea, por exigencia del mismo derecho, conforme con el valor de la justicia. Y en este sentido precisa el propio ordenamiento jurídico también un proceso de aplicación de la justicia a los supuestos que se plantean ante el juez, quedando en todo caso pendiente la propia expresión de lo que la justicia del caso pueda requerir en los distintos supuestos.

16 Álvarez, N., *Jalones para una teoría crítica de la seguridad jurídica*, Madrid, 1995, pág. 55: “Saber que el derecho que me rige tiene plena vigencia supone, no solo conocer su contenido, sino también saber qué jueces lo aplican”.

17 Ara Pinilla, I., *Teoría del Derecho*, Taller de Ediciones J.B., Madrid, 1996, pág. 469.

18 Mendonca, D., *Interpretación y aplicación del derecho*, Servicio de Publicaciones de la Universidad de Almería, Almería, 1997, pág. 73, ha destacado la “asimetría” entre la atención que prestan los científicos del derecho a las premisas normativas y a las premisas fácticas de la decisión jurídica.

La consideración tradicional de la seguridad jurídica como la posibilidad de saber en todo caso a qué atenerse, de conocer de antemano cuáles son las consecuencias jurídicas que van a derivar de nuestras actuaciones, queda, por consiguiente descartada. Sirve de poco la proliferación de textos normativos que pretendan adecuar soluciones jurídicas a los distintos problemas que plantea la realidad social, porque ésta supera siempre a la previsión normativa, y además no está claro el modo en que el juez va a asumir el material jurídico que se le ofrece como fundamento de su propia decisión. Tampoco vale de mucho la consideración de las sentencias anteriores dictadas por otros jueces, que aun en el caso de que, tal como hemos visto con anterioridad, pudieran actuar como normas generales, acaban convirtiéndose, en afortunada expresión de Benjamin Nathan Cardozo en “centros de infección” del funcionamiento del proceso judicial¹⁹.

Los textos jurídicos, bien sean disposiciones normativas o precedentes judiciales, acaban proporcionando ciertamente una sensación de seguridad al destinatario del derecho, pero es una sensación falsa, que se difumina cuando comprueba éste que el juez dicta una resolución que no coincide con el sentido que él mismo daría al texto jurídico aplicable. Sucede en muchas ocasiones que la sentencia del juez es más equitativa y razonable que lo que el ciudadano pudiera deducir del tenor literal de los textos jurídicos. Pero esto no cuestiona en nada lo afirmado. Antes bien, nos hace conscientes de que el juez escapa muchas veces de la consideración del sentido convencional de los textos jurídicos para incorporar a la sentencia su sentido de la justicia. Sentido de la justicia que en último término es subjetivo y personal, estando condicionado por muchos factores extraños al derecho y a la misma cultura jurídica.

El principio de seguridad jurídica en su sentido tradicional queda así sustituido por la única certeza que cabe en el derecho, que no es otra que la lógica de las probabilidades²⁰. El conocimiento del modo en que probablemente actuará el juez a la hora de dictar su decisión en la controversia jurídica presupone el del material jurídico disponible, el de la psicología del órgano judicial y el de las reglas y procedimientos que se entiende que han de guiar a la actividad judicial para que ésta pueda considerarse que funciona adecuadamente.

El primero es desde luego asequible, aun cuando la proliferación de disposiciones normativas cada vez más detallistas y de precedentes judiciales sobre supuestos particularizados haga cada vez más necesario su reformulación como conocimiento exclusivamente de los rasgos más destacados del ordenamiento jurídico.

El segundo plantea el problema preliminar de conocer cuál es el juez concreto que se ha de ocupar de la causa que preocupa al ciudadano, que normalmente no está determinado en el momento en el que éste puede incurrir en el supuesto de

19 Cardozo, B.N., *The Growth of the Law*, (primera edición de 1924), Yale University Press, New Haven; Humphrey Milford, Oxford University Press, London, 1931, pág. 19.

20 *Ibidem*, pág. 33.

hecho normativo. Podría hablarse como mucho del análisis de la psicología del juez en general, sin que tampoco en este punto se hayan producido demasiados avances²¹. Pero esto no podría garantizar que el órgano judicial se acomodase al prototipo estudiado. Es éste un factor que inevitablemente incide en la determinación final de la respuesta judicial. La pertenencia a una misma cultura jurídica puede disminuir la diferencia entre las sensaciones que guían a unos y otros jueces en el dictado de sus sentencias. Pero esa disminución no garantiza en ningún caso la convergencia de actuaciones. No hay que olvidar además que tampoco la probabilidad de que el órgano judicial responda de un determinado modo en las distintas controversias jurídicas, por muy uniforme que éste sea, garantiza la corrección de la actuación judicial, que en último término deberá atender en las distintas operaciones que componen el proceso de aplicación del derecho al respeto del fin general del orden jurídico.

El conocimiento de las reglas y procedimientos que guían la actuación judicial es una consecuencia lógica de la pertenencia común a una determinada cultura jurídica. Ésta establece el modo en que, llegado el caso, ha de actuar el juez para que su sentencia pueda ser considerada conforme a derecho, pero no garantiza en ningún caso una previsibilidad absoluta del sentido de la decisión judicial. La seguridad jurídica se reformula así como la previsión de que la decisión judicial se atenga al conjunto del ordenamiento jurídico, obviando con la puesta en marcha de las reglas de la argumentación e interpretación del derecho la acomodación a automatismos legales de los que de ningún modo se puede garantizar su realización²². Pero si el seguimiento de estas reglas no puede tampoco garantizar la homogeneidad de la actuación judicial, ni siquiera en el caso de jueces en los que las sensaciones ajenas al orden jurídico tuvieran un peso idéntico en la determinación del sentido de la sentencia, habrá que preguntarse cuál es el criterio determinante para garantizar la corrección de la decisión judicial.

III. PROTAGONISMO DEL JUEZ Y REFERENCIAS DE VALOR

El sometimiento del juez al derecho no podría nunca alcanzarse sin el seguimiento de las reglas que impone la racionalidad de la actuación judicial. Que los jueces se acomoden a un determinado modelo de comportamiento puede llegar a garantizar una cierta seguridad jurídica. Una seguridad probabilista, que es la única que se puede alcanzar en el proceso judicial. El control de la actividad judicial es así

21 Tienen todavía validez las palabras de Wróblewski, J., "Il sillogismo giuridico e la razionalità della decisione giudiziale", cit., pág. 280, cuando señalaba que: "El proceso psíquico de la toma de decisiones judiciales es más a menudo objeto de referencias por parte de la teoría jurídica, sin que sea analizado con las modernas técnicas de investigación psicológica. La psicología de la actividad judicial, con la excepción de interesantes investigaciones que emplean métodos cuantitativos, se encuentra todavía en estado incipiente".

22 Miraut Martín, L., "Seguridad jurídica y niveles de predicción en el derecho", en Zapatero, V., (Ed.), *Horizontes de la Filosofía del Derecho. Homenaje a Luis García San Miguel*, Tomo II, Servicio de Publicaciones de la Universidad de Alcalá, Alcalá de Henares, 2002, págs. 253-268.

muchas veces un control de la compatibilidad de la actuación del juez con el modelo más o menos homogéneo imperante. Pero la homogeneidad de la respuesta judicial no es tampoco sinónimo de corrección jurídica. Todo depende del sentido general que tome el comportamiento homogéneo, pues cabe pensar en determinados sistemas jurídicos que, aun disponiendo de ordenamientos jurídicos más o menos aceptables desde el punto de vista de su legitimidad formal, acogen actuaciones judiciales generalizadas de desprecio a los valores del ordenamiento jurídico e incluso de corrupción²³.

No es que en estos casos no sigan los jueces las reglas y procedimientos establecidos para alcanzar una decisión racional. Cabe que las sigan o que no lo hagan. Pero en última instancia, aun cuando fueran seguidas, su incorrección deriva en muchas ocasiones de la inaceptabilidad del criterio guía de la decisión judicial. La homogeneidad del comportamiento judicial no puede, por consiguiente, ser acriticamente aceptada como fundamento de la actuación del juez. Habrá que comprobar si son efectivamente los valores superiores del ordenamiento jurídico los atendidos como criterios de inspiración final de la sentencia judicial, a fin de evitar que la previsión del sentido de la decisión judicial dependa directamente de lo que valga el juez, en el peor de los sentidos de la expresión²⁴.

El seguimiento de estos valores requiere, no obstante, que se establezca un criterio específico para dotarles de contenido. Otro tanto se puede decir cuando, aun no existiendo una expresión directa de los valores que rigen el conjunto del ordenamiento jurídico, se pueden éstos inducir del conjunto del sistema jurídico, o cuando encontramos alusiones puntuales a conceptos valorativos necesitados de concreción para ser jurídicamente operativos. La relación existente entre las diversas disposiciones del ordenamiento jurídico hace muy difícil su consideración independiente de la de los valores que lo presiden. Por otra parte, contienen también las disposiciones normativas remisiones explícitas o implícitas a conceptos de contenido flexible que contribuyen a fijar el sentido normativo en las diferentes controversias jurídicas. Aulis Aarnio contempla acertadamente esta situación cuando señala que: "Las normas jurídicas no son completamente autónomas con respecto a las otras normas de la sociedad. Ellas reciben, al menos en parte, su propio contenido de las normas morales y de otras normas sociales. En cierto modo las normas jurídicas y las otras normas actúan interconectadamente"²⁵.

El problema es entonces encontrar el criterio preciso para dotar de contenido a esos conceptos flexibles y a los valores en su aplicación directa a los casos que se presentan ante el juez. Caben al menos tres respuestas. La primera supondría dejar en manos del mismo juez la concreción del significado de dichas nociones, fiando a su buen sentido su aplicación. Es ésta una solución problemática puesto que, aunque

23 Sobre la corrupción judicial Malem Peña, J., *La corrupción. Aspectos éticos, económicos, políticos y jurídicos*, Editorial Gedisa, Barcelona.

24 Ojeda, W., *Cuánto vale un juez*, Vadell, Valencia-Caracas (Venezuela), 1995.

25 Aarnio, A., *Lo racional como razonable. Un tratado sobre la justificación jurídica*, traducción de E. Garzón Valdés, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1991, pág. 27.

al juez se le presupone una formación técnica adecuada, sin embargo carece de la legitimidad democrática necesaria para que su criterio personal pueda considerarse socialmente representativo. La segunda solución remite a la concepción moral vigente en el seno de la comunidad, es decir, a lo que la moral social pueda entender a este respecto. Es ésta una solución conforme con el principio democrático, porque remite a lo que mayoritariamente piensa la sociedad con respecto a la configuración del contenido de las nociones que en último término van a presidir el sentido de la actuación judicial. La tercera solución obvia la consideración del sentir social mayoritario para fijarse en el modelo moral del hombre inteligente y virtuoso²⁶, entendiendo que la solución jurídica ha de atender a un criterio modélico de valoración, aunque no refleje el sentimiento moral generalmente extendido en la sociedad. Se supone conforme a este criterio que el juez no ha de ser un mero aplicador de cualquier criterio moral con tal de que resulte suficientemente compartido, anteponiendo la aplicación de los criterios que en mejor medida reflejan el modelo de excelencia y perfección.

En la realidad de los hechos el juez asume alternativamente que atiende al segundo o al tercero de los criterios enunciados. Lo cierto es, sin embargo, que al asumir éste último está proporcionando ya él mismo su propia interpretación del modelo de hombre inteligente y virtuoso, lo que es lo mismo que decir que está optando por la primera de las soluciones indicadas, esto es, por la aplicación de su propio sentido moral. Que en ocasiones aplique el segundo de los criterios, la aceptación de la moral social vigente, lo único que prueba es que su mismo sentido moral coincide en ocasiones con el de la mayoría, lo que no quiere decir tampoco que no pueda asumir el juez en ocasiones un criterio moral contrapuesto a sus propias creencias. Cuando así sucede está claro que el respeto a la fórmula jurídica del sistema democrático es especialmente atendido por el órgano judicial. No es que renuncie el juez entonces a su protagonismo en la decisión jurídica. Simplemente entiende que su posición superior en el proceso que lleva a la decisión lo que hace es comprometerle con su deber de reflejar el sentir general de la sociedad. Sentir general que se refiere no a las exigencias que se imponen las personas para entender que actúan de manera moralmente aceptable, sino a lo que consideran como la forma más justa de resolver los conflictos y dirigir la vida social.

26 Este es el modelo que propone Cardozo, B.N., *The Paradoxes of Legal Science*, Columbia University Press, New York, 1928, pág. 37, cuando señala que el juez "deberá seguir, o esforzarse en seguir, el principio y la práctica de los hombres y mujeres de la comunidad cuya mentalidad social puede calificarse como inteligente y virtuosa".