

ANUARIO DE FILOSOFIA JURIDICA Y SOCIAL

2004

ESTUDIOS Y TESTIMONIOS
PARA LA DISCUSIÓN



SOCIEDAD CHILENA
DE FILOSOFIA JURIDICA Y SOCIAL



ANUARIO DE FILOSOFÍA
JURÍDICA Y SOCIAL
2004

SOCIEDAD CHILENA DE FILOSOFÍA
JURÍDICA Y SOCIAL

ANUARIO DE FILOSOFÍA JURÍDICA Y SOCIAL Nº 22
2004

Esta obra ha sido impresa con la colaboración de las Facultades de Derecho de las Universidades Austral de Chile, de Los Andes, de Chile, de Concepción, Adolfo Ibáñez, del Mar, Diego Portales y de La República.

Especial mención cabe hacer a la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de Valparaíso, en cuyo taller de imprenta, "Edeval", se llevó a cabo la impresión de este volumen.

©

Sociedad Chilena de Filosofía Jurídica y Social

I. S. B. N. — 0170 — 17881

Diseño Gráfico: Allan Browne Escobar

Impreso en EDEVAL
Errázuriz 2120 - Valparaíso
E-mail: edeval@uv.cl

ANUARIO DE FILOSOFÍA JURÍDICA Y SOCIAL

2004

ESTUDIOS Y TESTIMONIOS PARA LA DISCUSIÓN

SOCIEDAD CHILENA
DE FILOSOFÍA JURÍDICA Y SOCIAL



SOCIEDAD CHILENA DE FILOSOFÍA
JURÍDICA Y SOCIAL

DIRECTORIO
(2003 - 2005)

Antonio Bascañán Rodríguez, Antonio Bascañán
Valdés, Jesús Escandón Alomar, Pedro Gandolfo
Gandolfo, Joaquín García-Huidobro Correa,
Fernando Quintana Bravo, Nelson Reyes Soto,
Agustín Squella Narducci, y Aldo Valle Acevedo.

La Sociedad Chilena de Filosofía Jurídica y Social
tiene su domicilio en la ciudad de Valparaíso. La
correspondencia puede ser dirigida a la casilla 3325,
Correo 3, Valparaíso, o al correo electrónico
asquella@vtr.net

PRESENTACIÓN

El presente número del *Anuario de Filosofía Jurídica y Social* corresponde a 2004 y, en su parte principal, contiene 13 estudios sobre los temas que pueden ser consultados en el índice. De esos *Estudios*, destacamos “Formación de conceptos y aplicación del derecho en el Derecho Penal”, de Max Grünhut, traducido por José Luis Guzmán Dálvora, y “Creación judicial del derecho y seguridad jurídica”, de la profesora de la Universidad Carlos III de Madrid, María Isabel Garrido.

A continuación de *Estudios*, la sección *Testimonios* incluye la traducción castellana de “Religión y religiosidad”, de Norberto Bobbio, que efectuó para nuestra publicación el profesor de la Escuela de Derecho de la Universidad de Valparaíso, Aldo Topasio. La siguiente sección, *Presentación de Libro*, incluye el texto que el sociólogo Ernesto Ottone leyó con motivo del lanzamiento de “Norberto Bobbio: un hombre fiero y justo”, de Agustín Squella, que Fondo de Cultura Económica publicó en 2005.

Por último, la sección *Recensiones* incluye reseñas de libros recientes de Alasdair MacIntyre, Robert Dahl y Santiago Legarre.

Cabe anticipar que el número de nuestro Anuario correspondiente a 2005 aparecerá en octubre de 2006 e incluirá la versión escrita de las ponencias que autores chilenos presentaron en 2004 en la Primera Jornada Argentino Chilena de Filosofía del Derecho y Filosofía Social, que tuvo lugar ese año en la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires. En octubre de 2006 tendrá lugar la segunda de tales jornadas, en Santiago, con el auspicio de la Universidad Diego Portales. Interesados en participar en ella pueden dirigirse a asquella@vtr.net

De esta manera, a través de publicaciones y jornadas, la Sociedad Chilena de Filosofía Jurídica y Social procura cumplir los objetivos que se puso al constituirse como tal en 1981.

Sociedad Chilena de Filosofía Jurídica y Social

ESTUDIOS

CREACIÓN JUDICIAL DEL DERECHO Y SEGURIDAD JURÍDICA

MARÍA ISABEL GARRIDO GÓMEZ *

SUMARIO. 1. Planteamiento de la cuestión. 2. Algunos tipos de creación judicial del Derecho. 3. La seguridad jurídica en el marco de la acción judicial. 4. Por una aplicación dúctil del Derecho.

1. PLANTEAMIENTO DE LA CUESTIÓN

Afirma Bulygin que sobre el tema de la creación judicial del Derecho son distinguibles: a) La teoría defensora de que el Derecho, sinónimo de normas generales, es creado por el legislador y los jueces lo aplican a los casos particulares; b) la que promueve que el Derecho abarca toda clase de normas, tanto generales como individuales, y los jueces ejercen un oficio creador; y c) la que sostiene que los jueces pueden llegar a componer Derecho excepcionalmente (¹). Mas, como dice Ruiz Miguel, la tradicional confrontación entre los partidarios del

* Profesora Titular de Filosofía del Derecho de la Universidad Complutense de Madrid (España).

1. Bulygin, E.: "Los jueces ¿crean Derecho?", en Malem, J.; Orozco, J.; y Vázquez, R. (comps.): *La función judicial. Ética y democracia*, Tribuna Electoral del Poder Judicial de la Federación-Gedisa-Instituto Tecnológico Autónomo de México, Barcelona, 2003, p. 21.

logicismo y del creativismo judicial no ofrece alternativas intermedias que desarrollen formas de entendimiento. Un modelo aceptable partiría de la calificación previa del punto controvertido y de los límites jurídicos y fácticos del caso, cuestión compleja en la utilización de criterios de relevancia aportados por el Derecho, catalogándose la juridicidad del supuesto en función de los hechos posibles. La misma operación de estratificar la relevancia de los hechos y la juridicidad del caso conlleva una actividad interpretativa, exigiendo muchas veces la adjudicación de significado al criterio elegido. A lo que se añade que en la selección, evaluación y descripción fáctica el juez tiene que fijar lo que “verdaderamente” ha sucedido. En este contexto, ni la deducción lógica ni la verificación empírica desenvuelven una función trascendente en relación con otros factores normativos y valorativos. La descripción que emplea la teoría de la subsunción se da sólo en la fase final ⁽²⁾.

Hablar de un Ordenamiento supone que las normas que lo conforman no están aisladas, sino que están conectadas por su pertenencia a un sistema estructurado. El concepto de estructura nos da a conocer una pluralidad de elementos y la configuración dinámica de una totalidad ⁽³⁾. Los sistemas jurídicos se caracterizan por su sentido ordenador según una serie de tipos funcionales. A estos efectos, Raz enuncia las funciones primarias: “controlar el comportamiento” y “reprimirlo”; “otorgar instrumentos para el desenvolvimiento de la interacción privada”; “regular la distribución social de bienes y servicios”; y “resolver disputas que están fuera de la normatividad positiva”. Por otro lado, aparecen las funciones secundarias que dependen de la condición que desempeñan las normas ⁽⁴⁾. La configuración del Derecho implica un proceso cen-

2. Ruiz Miguel, A.: “Creación y aplicación en la decisión judicial”, en *Anuario de Filosofía del Derecho (España)*, t. I (nueva época), 1984, pp. 7-16.

3. Lumia, G.: *Principios de Teoría e ideología del Derecho*, trad. de A. Ruiz Miguel, Debate, Madrid, 1993, pp. 53 y 54.

4. Raz, J.: *La autoridad del Derecho. Ensayos sobre Derecho y Moral*, trad. y notas de R. Tamayo Salmorán, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 1985, pp. 213 y ss.

trado en diversas operaciones que muestran sus notas estructurales y las insuficiencias formales ⁽⁵⁾.

Tras lo dicho, el valor que posee la previsibilidad de las decisiones judiciales se liga a la seguridad que produce en sus destinatarios, gracias a la que alcanzamos autonomía para vivir en sociedad, procediendo una serie de interrogantes: ¿son previsibles tales decisiones?, ¿de qué tipo de previsibilidad hablamos?, ¿es posible lograr que lo sean?, ¿es predicable la seguridad del Derecho judicial? ... ⁽⁶⁾. En respuesta a estas preguntas, el presente trabajo analiza algunos de los paradigmas creacionales del Derecho. A continuación, estudia su conexión con la seguridad jurídica. Y, por último, plantea la posición de lo que Peces-Barba denomina la creación judicial del Derecho desde el Ordenamiento jurídico. Perspectiva que supone que los jueces crean Derecho general y abstracto bajo ciertas condiciones, a partir de la interpretación del lenguaje jurídico. Así, las lagunas, los conflictos normativos y la salvaguarda de la coherencia serían los principales puntos a tener en cuenta ⁽⁷⁾, y quedaría demostrado que, con palabras de Ost y Van de Kerchove, el encadenamiento entre el orden y el desorden es continuo, distribuyéndose los discursos jurídicos entre los dos polos ⁽⁸⁾.

5. Alchourrón, C.E. y Bulygin, E.: *Introducción a la metodología de las Ciencias jurídicas y sociales*, Astrea, Buenos Aires, 2002, p. 23; Navarro, P. y Redondo, C.: *Normas y actitudes normativas*, Fontamara, México, 2000, p. 11.

6. Arcos Ramírez, F.: “La seguridad en la aplicación judicial del Derecho. De la previsibilidad a la argumentación”, en *Anuario de Filosofía del Derecho (España)*, t. XIX (nueva época), 2002, pp. 192 y 193.

7. Peces-Barba Martínez, G.: “La creación judicial del Derecho desde la teoría del ordenamiento jurídico”, en *Poder Judicial*, 6, 1983, pp. 20 y 21.

8. Kerchove, M. Van de y Ost, F.: *El sistema jurídico entre orden y desorden*, trad. de I. Hoyo Sierra, Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid, Madrid, 1997, pp. 196 y ss.

2. ALGUNOS TIPOS DE CREACIÓN JUDICIAL DEL DERECHO

El siglo XIX pervivió bajo la influencia de los principios racionalistas incompatibles con los sistemas normativos anacrónicos, confusos y, en buena medida, contradictorios, vigentes hasta el momento. Bajo el dominio del positivismo jurídico, se sostuvieron técnicas metodológicas sintetizadoras de la ecuación entre el Derecho y el Estado (estabilidad del Derecho); la sobreestimación de la formación de las normas jurídicas positivas (normativismo) y nuclearmente de la ley (legalismo); la vinculación del jurista al Derecho positivo; y la reducción a una mera tarea lógica, reproductiva y ordenadora (dogmatismo) con renuncia a la valoración (formalismo) (9). La labor del juez se tenía que ceñir a la ley, surgiendo dos niveles cronológicos: El referido a una acción política de creación jurídica, cuyo protagonista es el Poder legislativo, y en el que la actuación se remite a la aplicación técnica del Derecho, representada por los Poderes ejecutivo y judicial. De aquí que la labor no sea creativa y que se resuma en varios puntos: a) El juez puede encontrar una solución correcta para cada caso que se le plantee, sólo tenemos que indagar en el Ordenamiento explícita o implícitamente; b) los medios de los que se ha de valer son los instrumentos que aporta la metodología jurídica; y c) el camino que transcurre hasta efectuar la aplicación judicial se desenvuelve apoyado en la lógica deductiva (10).

La Escuela del Derecho libre, la Jurisprudencia de intereses y el realismo norteamericano sometieron a revisión la concepción de una "realidad" jurídica fluida y no determinable definitivamente sin que se desvirtúe. La dimensión "judicial" se presenta como juicio de valor sobre un hecho y resalta su necesidad subordinada a unos esquemas normativos, que confieren a nuestra existencia un mínimo de seguridad, de

9. Hernández Gil, A.: *Metodología del Derecho. (Ordenación crítica de las principales direcciones metodológicas)*, Edit. Revista de Derecho Privada, Madrid, 1945, p. 378.

10. Arcos Ramírez, F.: *La seguridad jurídica: Una teoría formal*, Universidad Carlos III de Madrid-Dykinson, Madrid, 2000, pp. 294-297.

capacidad de previsión de la conducta de los que coexisten con nosotros y de control de los llamados a arbitrar esa coexistencia (11). Para el movimiento del Derecho libre (Ehrlich y Kantorowicz), junto al Derecho estatal está el que es creado por el juicio de los que forman parte de la comunidad jurídica, por la jurisprudencia y por la Ciencia. Lo que interesa a este movimiento es salir de la concepción estatista del Derecho, pues está desfasada (12). Así las cosas, el juez realiza una actividad de gran protagonismo con arreglo a su personalidad. Factor individual que es positivo y que se ejecuta a la hora de profesar valoraciones de las circunstancias, fijando una solución acorde con la ley que no olvide "las necesidades sociales, los intereses en juego, la naturaleza de las cosas ...". De esta forma se consiguen las soluciones justas, sin embargo, hay que delinear hasta dónde llega el poder creador del juez. Éste colma las lagunas dejándosele, incluso, que obre excepcionalmente *contra legem* cuando entienda que la legislación no ofrece una decisión exenta de dudas y cuando, por su convicción, piense que el poder estatal no decidiría en el tiempo del fallo como prescribe la ley (13).

En lo atinente a la jurisprudencia de intereses (Heck, Müller-Erbach, Rümelin y Stoll), lo más significativo es que se emplea la noción de "interés" como concepto metódico auxiliar al lado de otras nociones que están conectadas con él: la "estimación", "situación" o "contenido de intereses". El concepto designa "cualquier disposición reivindicativa en un ámbito de cultura sin tener en cuenta la naturaleza especial del objeto deseado". Conforme a la tesis de Heck, toda decisión de-

11. Ollero Tassara, A.: *Interpretación del Derecho y positivismo legalista*, Edersa, Madrid, 1982, pp. 16 y ss.; Garrido Gómez, M.I.: *Criterios para la solución de conflictos de intereses en el Derecho privado*, Dykinson, Madrid, 2002, p. 101.

12. Larenz, K.: *Metodología de la Ciencia del Derecho*, trad. de M. Rodríguez Molinero, Ariel, Barcelona, 2001, pp. 83-85. Y Ehrlich, E.: *Lücken in Recht*, 1988; id.: *Freie Rechtsfindung und frage Rechtswissenschaft*, 1903; Kantorowicz, H.: *Der Kampf um die Rechtswissenschaft*, 1906.

13. Segura Ortega, M.: "El movimiento del Derecho libre", en *Anuario de Filosofía del Derecho (España)*, t. X (nueva época), 1993, pp. 422-452 y, especialmente, 447-452.

be interpretarse como una delimitación de intereses contrapuestos y una estimación con arreglo a juicios e ideas de valor⁽¹⁴⁾. Pero el juez no es libre, ha de ponderar las notas que han sido tenidas en cuenta por el Orden jurídico. “Lo característico del procedimiento consiste en el estudio de los intereses ... al concebir el cuadro fáctico concreto y al interpretar el contenido de la ley”⁽¹⁵⁾. En el supuesto de que se haya de hacer extensible analógicamente un principio, se tienen que valorar las necesidades de la vida circunscritas a los juicios que, previamente, se hayan realizado “en otras determinaciones del Derecho decisivas para él”. Únicamente si hay una carencia, el juez decidirá con su “sensibilidad individual”. Al hilo de esta argumentación, la aceptación de un postulado por una norma puede ser decisiva “para la satisfacción de las necesidades en otras constelaciones objetivas”. Si existieran medios ya aplicados, el juez habrá de decidir no desconociéndolos⁽¹⁶⁾.

Con referencia al realismo jurídico norteamericano (Llewellyn, Frank, Arnold, Garlan y Cook), el Derecho se conceptúa como realidad que sufre un cambio incesante apoyada en la actividad judicial creativa. Se orienta a cumplir fines sociales, no mezclando temporalmente el ser con el deber-ser, y conviniendo la separación de las reglas atinentes a la conducta (*rules for doing*) o preceptos (*precepts*), de las reglas de procedimiento (*rules of doing*) o práctica judicial (*practices*). Por tanto, se mantiene que las formulaciones prescriptivas no son el factor determinante de las decisiones de los tribunales, y que se ha de superar la convicción de que merece la pena agrupar casos y situaciones legales en categorías fijas practicadas en el pasado. Semejantemente, hay que subrayar que toda la evaluación de una parte o sector del Derecho se debe

14. Heck, P.: *El problema de la creación del Derecho*, trad. de M. Entenza, Comares, Granada, 1999, pp. 60-64; id.: *Begriffsbildung und Interessenjurisprudenz*, 1932; Müller-Erzbach, R.: *Wohin führt die Interessenjurisprudenz?*, 1932; Rümelin, M.: *Erlebte Wandlungen in Wissenschaft und Leben*, 1930; Stoll, H.: *Begriff und Konstruktion in der Lehre der Interessenjurisprudenz*, 1931.

15. Heck, P.: *El problema ...*, op. cit., pp. 65-67.

16. *Ibidem*, pp. 67 y 96.

hacer en función de sus efectos⁽¹⁷⁾. Los realistas rehúsan las concepciones del Ordenamiento como un sistema lógico. Interesa el funcionamiento real de los tribunales, los aspectos que inciden en sus decisiones y la importancia que tienen los factores extrajurídicos. En este orden de ideas, las normas son un factor relevante, desde luego no el exclusivo ni tampoco el decisivo, dado que el Derecho goza de un alto grado de incertidumbre en virtud de la ambigüedad normativa, de la dificultad verificadora de los hechos alegados en el proceso y de que, casi siempre, se pueden aplicar distintas regulaciones sin que el Derecho diga cuál ha de ser la elegida⁽¹⁸⁾.

Según Ross, el Derecho no se crea sólo por el legislador, sino que también toma parte el juez, siendo sus decisiones menos libres en razón de estar sujetas a la ley y a las demás fuentes del Derecho. Su creación se reenvía a la interpretación de la norma aplicable, y a que la norma particular en la que deriva la decisión no es efecto de la lógica. Ross rechaza el positivismo porque obvia la influencia de lo cultural en la operatividad judicial, y el iusnaturalismo porque coloca el fundamento de las normas en lo metafísico. “Una doctrina realista de las fuentes del Derecho se apoya en la experiencia, pero reconoce que no todo Derecho es positivo en el sentido de ‘formalmente establecido’”. La semántica de los términos jurídicos se ve condicionada por la tradición cultural que sufre cambios. Puntualmente, “el factor de cambio en su desarrollo parece ser cierta captación racional de tipo más o menos científico que lentamente surge de la experiencia”. El juez interpreta la ley según su conciencia jurídica material para justificarla y, si las conciencias formal y material chocan, modificará el significado⁽¹⁹⁾.

17. Rodríguez Molinero, M.: *Introducción a la Filosofía del Derecho*, Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid, Madrid, 2000, pp. 237 y 238. Y Arnold, T.W.: *The Symbols of Government*, 1935; Cook, W.W.: *The Legal Method*, 1933; Frank, J.: *Law and the Modern Mind*, 1949; Garlan, E.N.: *Legal Realism and Justice*, 1941; Llewellyn, K.N.: *The Bramble Bush. On our Law and its Study*, 1930.

18. Latorre Segura, A.: *Introducción al Derecho*, Ariel, Barcelona, 2002, pp. 142-144.

19. Ross, A.: *Sobre el Derecho y la justicia*, trad. de G.R. Carrió, Eudeba, Buenos Aires, 1997, pp. 130-134.

Paradigmáticamente, el modelo kelseniano aboga por que las sentencias judiciales vayan más allá de la mera declaración, no tratándose sólo de descubrir lo que ha sido dictado por el legislador. Los jueces “crean” Derecho al configurar normas individuales. Otra cuestión es la de si crean normas generales, a lo que Kelsen responde afirmativamente en dos supuestos: en el de los precedentes y en el de que las normas superiores lo permitan expresamente. En el primero, la solución de un litigio se convierte en obligatoria para la resolución de casos iguales. Nota imputada a una sentencia cuando “la norma individual no tiene predeterminado su contenido por una general producida por legislación o costumbre, o no lo tiene determinado unívocamente, admitiendo diferentes posibilidades de interpretación” (20). En aquél, el resultado que se obtiene es el de un nuevo Derecho de fondo, mientras en éste logramos una norma general. No obstante, no todo es tan sencillo. Si los precedentes sirven para resolver casos “iguales”, la pregunta es ¿cuándo apreciamos que hay esa igualdad?, reconduciéndonos a la norma general que crea la sentencia asentadora. Su formulación, dirá Kelsen, “es el presupuesto bajo el cual la solución adoptada en el precedente puede ser obligatoria para la resolución de casos ‘iguales’”. La facultad otorgada al juez por el Ordenamiento jurídico de dictar normas generales es criticada duramente, ya que parte de que hay lagunas legislativas y consuetudinarias, y oculta el auténtico problema (21).

Hart asevera que los términos del lenguaje común son vagos, si bien poseen significados suficientes para hacer posible la comunicación, aumentando la vaguedad en el lenguaje jurídico. Cree el filósofo del Derecho que los legisladores no son capaces de considerar todas las circunstancias que acontecen en la vida real, originándose una indeterminación en los propósitos. Cuando el caso que no ha sido evaluado aparece, entonces hemos de confrontar las cuestiones que interesan y resol-

20. Kelsen, H.: *Teoría pura del Derecho*, trad. de R. J. Vernengo, Porrúa, México, 2002, pp. 258 y 259.

21. *Ibidem*, pp. 258-263; Lifante Vidal, I.: *La interpretación jurídica en la Teoría del Derecho contemporánea*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1999, pp. 85 y 86.

ver el conflicto, “al hacerlo habremos hecho más determinado nuestro propósito inicial y, de paso, habremos resuelto una cuestión sobre el significado que, a los fines de esta regla, tiene una palabra general” (22). En el Derecho obra la textura abierta del lenguaje de referencia, es decir, el de las leyes, los principios generales que son habitualmente reconocidos y la doctrina más prestigiosa, la jurisprudencia invocada, etc. Hart confirma que “es imposible eliminar la dualidad de un núcleo de certeza y una penumbra de duda, cuando se trata de colocar situaciones particulares bajo reglas generales. Esto imparte a todas las reglas un halo de vaguedad o “textura abierta”, y puede afectar tanto a la regla de reconocimiento que especifica los criterios últimos usados en la identificación del Derecho; como a una ley particular” (23).

Una crítica a la tesis hartiana es la que hace Dworkin; según él, los principios son parte del Derecho, siendo algunos obligatorios. La construcción se propone desde una concepción integral como virtud política diferente de la justicia y de la equidad, categorizado que “el Derecho como integridad es más inexorablemente interpretativo que el convencionalismo o el pragmatismo”, “es el producto y la inspiración para la interpretación comprensiva de la práctica legal” (24). El modelo de juez deseable es el que recibe el nombre de Hércules. Él es cuidadoso y metódico y ha de asumir que la estructuración del Derecho se encarna en “un conjunto coherente de principios sobre justicia, equi-

22. Hart, H.L.A.: *El concepto de Derecho*, trad. de G.R. Carrió, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1998, pp. 160 y 161. Y Hart, H.L.A. y Dworkin, R.: *El debate Hart-Dworkin*, Universidad de los Andes, Santafé de Bogotá, 2000, pp. 32 y 33.

23. Hart, H.L.A.: *ibidem*, pp. 152 y 153. Siguiendo a Hart, lo que hacen el formalismo y el conceptualismo congelando el significado de una regla jurídica es asegurar la certeza y predecibilidad con la contrapartida de prejuzgar rigurosamente cómo se ha de actuar en los casos que en un futuro se presenten. En conjunto, la teoría enunciada es intermedia entre el formalismo y el escepticismo (p. 162).

24. Dworkin, R.: *El imperio de la justicia. De la teoría general del Derecho, de las decisiones e interpretaciones de los jueces y de la integridad política y legal como clave de la teoría y práctica*, trad. de C. Ferrari, Gedisa, Barcelona, 1992, pp. 164 y 165. Y Arango, R.: *¿Hay respuestas correctas en el Derecho?*, Ediciones Uniandes, Santafé de Bogotá, 1999, p. 106.

dad y debido proceso ... haciéndolos cumplir en los nuevos casos que se les presenten, de modo que la situación de cada persona sea justa y equitativa según las mismas normas" (25). De ahí que ante un "caso difícil" haya una respuesta correcta, ya que la promoción de la discrecionalidad judicial hace que los derechos sean tratados como una ficción. Su argumentación es que, cuando haya una carencia de normas en la regulación de un caso, una de las partes tendrá derecho a ganar. Por consiguiente, constatamos un deber judicial a "descubrir los derechos de las partes" (26).

Hoy día, el Derecho es más garantista que represor. Es un conjunto de normas que regulan el uso de la fuerza, aunque esta consideración no es separable tajantemente de la comprensión de una técnica de control social tendente a la represión de los comportamientos (27). Por otra parte, el fenómeno de la globalización ha supuesto un gran cambio en las relaciones jurídicas, y muy peculiarmente en la aplicación del Derecho. En este terreno, pasamos de la simplicidad moderna en la que el Derecho es la raíz sobre la que se sustenta una sociedad, materializando los juristas la seguridad "en reglas que tienen vocación de perpetuidad y en toda una gama de normas procedimentales y de formalidades minuciosas", al plano desregulador y re-regulador de una complejidad contenedora de muchos datos contradictorios y entramados cristalizados en diversos sistemas (28). Simultáneamente, el pluralismo jurídico reconoce la libertad de las organizaciones sociales, decantada por las facultades de autonomía (poder de autogobierno), autarquía (poder de

25. Dworkin, R.: *ibidem*, pp. 175 y 176.

26. Dworkin, R.: *Los derechos en serio*, trad. de M. Guastavino, Ariel, Barcelona, 1999, pp. 146, 147 y 155. Y Arango, R.: *¿Hay respuestas correctas ...?*, op. cit., pp. 48-53. Sobre los modelos de creación judicial del Derecho, ver Ruiz Manero, J.: *Jurisdicción y normas*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1990.

27. Lumia, G.: *Principios de Teoría ...*, op. cit., p. 20.

28. Arnaud, A. J.: *Entre modernidad y globalización. Siete lecciones de Historia de la Filosofía del Derecho y del Estado*, trad. de N. González Lajoie, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2000, pp. 124, 258-266.

autogestión) y autotutela (poder de autojurisdicción); y consigue los "sistemas de interlegalidad" o, lo que es igual, la "intersección de sistemas de áreas y niveles jurídicos sobrepuestos e interrelacionados de forma asimétrica y asistemática" (29).

Con el fin de asentar la postmodernidad en el Derecho, se supera la dicotomía entre Estado y sociedad civil, habiendo un nexo dialéctico entre el pensamiento y la práctica. El postmodernismo es una toma de posición ante algo: 1) Se presenta como un paradigma racional sistemático; 2) descansa en conceptos cuyo producto asegura el pragmatismo, relativismo, descentramiento del sujeto, pluralismo de racionalidades, policentralidad, lógicas fragmentadas y complejidad; 3) propone políticas que sustituyan el lugar del orden impuesto; 4) defiende la interdisciplinariedad, considera provisionales, hipotéticos e instrumentales los planos del saber; y 5) reconoce la implicación del sujeto en el conocimiento del objeto y emplea una orientación teleológica (30). En este marco, tiene mucho que ver la teoría crítica para la que el discurso jurídico es una estrategia que encierra la finalidad de distribuir o consolidar el poder. El valor social emancipatorio que encierra el Orden jurídico descansa en la capacidad de asegurar y extender los derechos (31). Todas las decisiones son indeterminadas, con soluciones que, en ocasiones, se contraponen; a la vez que el poder es tolerable sólo a condición de enmascarar una parte de sí mismo. Se conforman comunidades políticas interpretativas que provienen del pluralismo dentro de las sociedades complejas y de la justicia informal. Surgidas las necesidades radicales de la práctica diaria, hay una percepción opuesta a la manipulación y a la margina-

29. Pérez Luño, A. E.: *El desbordamiento de las fuentes del Derecho*, Real Academia Sevillana de Legislación y Jurisprudencia, Sevilla, 1993, pp. 84 y 85.

30. Arnaud, A. J. y Fariñas Dulce, M. J.: *Sistemas jurídicos: elementos para un análisis sociológico*, trad. de la segunda parte de R. Escudero Alday, Universidad Carlos III de Madrid-Boletín Oficial del Estado, Madrid, 1996, pp. 218 y ss., y, sobre todo, 221 y 222; Grün, E.: "El Derecho postmoderno: un sistema lejos del equilibrio", en *Doxa*, 21, vol. II, 1998, p. 172.

31. Aseff, L. M.: "La teoría crítica en la Argentina", en *Doxa*, 21, vol. II, 1998, pp. 29 y 30.

ción, pretendiendo el uso alternativo de ámbitos de emancipación nuevos (32).

El Derecho simboliza la justicia de una clase, es un producto de la política por la que los grupos dominantes signan su voluntad y la imponen. Debido a las pugnas entre los grupos de poder que se imponen en el resultado final de la letra de la ley, el Derecho integra contradicciones y vacíos que, según las corrientes alternativas, han de ser comprendidos "abierta, libertaria e igualitariamente". Las creencias de cuál debe ser la actuación judicial son intermediarias entre el "realismo de la discrecionalidad judicial" y el "reconstructivismo de límites infranqueables y de decisiones correctas en la labor judicial". Si, en Hart, el juego en la teoría de la adjudicación entre libertad y restricción se producía en los casos difíciles y fáciles, se suele propugnar que esa distinción no tiene sentido, la dificultad o facilidad depende de la experiencia concreta del juez al resolver un caso (33).

Los *Critical Legal Studies* concentran sus esfuerzos en declarar que la indeterminación del Derecho recae en las justificaciones de las decisiones. El problema es encontrar "la justificación racional de esas decisiones como 'las correctas' jurídicamente frente a decisiones alternativas". Otra formulación es la que plasma que hay un método racional para que se resuelvan las confrontaciones entre los principios del Derecho, y dar con la solución fundamentada verdaderamente por éste. Lo relevante en la *indeterminacy thesis* es que las convenciones de la comunidad jurídica son frágiles y cualquier juez puede fundar un distanciamiento de ellas en casos concretos. Los principios de las decisiones son incoherentes, por ende, "una lectura alternativa del sistema de normas a la luz de esos otros principios estaría jurídicamente tan justifi-

32. Arnaud, A. J. y Fariñas Dulce, M. J.: *Sistemas jurídicos ...*, op. cit., pp. 24, 25, 118, 218 y ss.; Santos, B. de Sousa: "La transición posmoderna: Derecho y Política", en *Doxa*, 6, 1989, pp. 250 y ss.

33. Kennedy, D.: *Libertad y restricción en la decisión judicial*, trad. de D. E. López Medina y J. M. Pombo, Edic. Uniandes, Santafé de Bogotá, 1999, pp. 85 y 86; Rodríguez, C.: "Presentación", en Kennedy, D.: *Libertad y restricción ...*, op. cit., p. 79; Souza, M. L.: "Del uso alternativo del Derecho al garantismo: una evolución paradójica", en *Anuario de Filosofía del Derecho (España)*, t. XV (nueva época), 1998, p. 243.

cada como la percepción hoy dominante de lo que 'es' el Derecho". El Derecho no es "realmente" ninguna de las dos lecturas, es ambas y, por eso, ningún sistema de principios que sea coherente pretenderá fundar el Ordenamiento (34).

3. LA SEGURIDAD JURÍDICA EN EL MARCO DE LA ACCIÓN JUDICIAL

De acuerdo con el apartado que precede, la actuación judicial y de la seguridad jurídica evoluciona con grandes cambios. En efecto, en el modelo de la ilustración racionalista auspiciado por el positivismo, el juez había de respetar el contenido de la ley y satisfacer el requisito de la previsibilidad. Todos los problemas concurrentes eran fácilmente resueltos por la analogía, las reglas subsanadoras de antinomias o los criterios de interpretación (35). Sus pilares se resumen en ciertas creencias: creencia de que el sistema jurídico contiene respuestas preexistentes para todos los problemas; creencia de que la doctrina de la separación de poderes hace que sean los legisladores los que creen Derecho; creencia de que cuando un legislador constituye Derecho nuevo no ha de olvidar que se ha de armonizar con el preexistente; creencia de que el verdadero Derecho está en los textos escritos; creencia de que la abstracción y la generalidad son sus virtudes; creencia de que la pieza clave del razonamiento jurídico radica en la lógica interna inserta en los conceptos; creencia de que las decisiones judiciales han de justificarse por la subsunción de su resultado en los conceptos generales de las reglas jurídicas; y creencia en la certeza y predecibilidad. De forma que, en el modelo liberal de la seguridad, hay una conexión entre las exigencias de la seguridad del Derecho y los caracteres de una organización social y política consustancial al Estado moderno. Todo lo cual hace que vinculemos a aquélla con la legalidad, hablando más correctamente de seguridad legal. La

34. Pérez Lledó, J. A.: *El movimiento Critical Legal Studies*, Tecnos-Fundación Cultural Luño Peña, Madrid, 1996, pp. 267-269.

35. Arcos Ramírez, F.: *La seguridad jurídica: Una teoría formal*, Universidad Carlos III de Madrid-Dykinson, Madrid, 2000, pp. 294-297?

citada concepción sigue la directriz iniciada desde la modernidad, y llega a su perfección con el pensamiento ilustrado de un tipo de Derecho sistemático y estable (36).

Como dejamos patente, la Escuela del Derecho libre introdujo una modificación por la que se deseaba alcanzar la sinceridad, acabando con las ficciones que respetan la forma de la ley pero no su contenido. Considerada la imposibilidad de prever las decisiones judiciales, la Escuela encarna las verdaderas razones que mueven a la adopción de una resolución, dejando que el Derecho progrese y que las necesidades de la sociedad queden satisfechas (37). Posteriormente, el sociologismo insistió en que la seguridad jurídica desde el punto de vista de un orden cierto, eficaz e instaurador de reglas hace que comprendamos la normatividad verticalmente, como elemento esencial del Derecho, identificándose con la previsibilidad de las normas (legales, judiciales y administrativas). Con lo que esta postura resulta incompleta. Las reglas del Derecho no se contemplan desde la significación de las relaciones sociales, escribiendo Corsale que la seguridad constituye un elemento del propio Derecho y que la concepción común se debe a una visión, la derivada del Estado moderno y de la burguesía. Matiza el autor que es menester un cambio en el plano ideológico, sustituyendo el individualismo y el conservadurismo por la seguridad social y comunitaria, dejando a un lado, en el plano jurídico, el legalismo formalista y promoviendo una concepción ideológica informadora del Ordenamiento. Lo que precisa un concepto de las normas jurídicas como interacción social, de la que nace un proceso por el que todos los individuos actúan para satisfacer sus necesidades, recalcando la superioridad de los resultados conseguidos gracias a la cooperación (38).

36. *Ibidem*, pp. 204 y ss.; Lifante Vidal, I.: *La interpretación jurídica ...*, op. cit., pp. 103 y 104. Y Gianformaggio, L.: "Certeza del Diritto", en *Studi sulla giustificazione giuridica*. Giappichelli, Turín, 1986, pp. 158 y 159.

37. Segura Ortega, M.: "El movimiento del Derecho ...", op. cit., pp. 453-455.

38. Arcos Ramírez, F.: *La seguridad jurídica ...*, op. cit., p. 20 y ss.; Pérez Luño, A. E.: *La seguridad jurídica*, Ariel, Barcelona, 1994, pp. 79-82.

Corsale intenta no caer en un legalismo conservador, aunque tampoco quiere caer en un antilegalismo totalitario ni en una vía intermedia. Piensa que la firmeza de la ideología es la que garantiza la seguridad, puesto que da vigor a las normas en las que se exterioriza e inspira. La seguridad jurídica posibilita en las sociedades abiertas que los grupos influyan libremente, valiéndose de proyectos universalizables en un desenvolvimiento pleno. En este punto, subyace una oposición de legitimidad democrática apoyada en un sistema de creencias y valoraciones sociales prevalentes sobre otros criterios de legitimidad idealistas o formalistas. La seguridad no es inmanente al Derecho positivo, sino a las vivencias éticas y a las aspiraciones de justicia de la sociedad (39).

Por lo que respecta a la teoría crítica postmoderna, la seguridad y la certeza jurídicas se encuadran en el ámbito privado de la experiencia individual. La causa de la crítica se enfoca hacia una perspectiva epistemológica, porque la concepción tradicional de corte cartesiano acoge elementos normativos identificables analíticamente. En los sistemas en los que impera la complejidad, la unidad ya no tiene sentido. En este supuesto, el pluralismo es superior al monismo, igual que ocurre con la diversidad en relación con la unidad y con el sistema en conexión con la parte. Congruentemente, la tarea más importante sería la de "asimilar los efectos producidos por desontologización y funcionalización de la idea de elemento" (40). Esboza Grün que la postmodernidad supone un cambio de época en la que las fronteras no están bien definidas. En ella desaparece un criterio único de verdad, adquiriendo su lugar los sistemas de valores pragmáticos, estéticos y éticos (41).

El problema de fondo de los enunciados precedentes es si los jueces están legitimados para comportar producción jurídica. Las soluciones judiciales de un Estado de Derecho deben tener en cuenta los valo-

39. Corsale, M.: *Cetezza del Diritto e crisi di legittimità*, Giuffrè, Milán, 1979, p. 24; Pérez Luño, A.E.: *La seguridad ...*, op. cit., pp. 82 y 83.

40. Peña Freire, A.M.: *La garantía en el Estado constitucional de Derecho*, Trotta, Madrid, 1997, pp. 30 y ss.

41. Grün, E.: "El Derecho postmoderno ...", op. cit., p. 172.

res e intereses en pugna, calificados por el legislador previamente con carácter general y abstracto. Una valoración libre del litigio no sería admisible. Según apuntábamos, los periodos de las grandes Codificaciones correspondientes al siglo XIX se han caracterizado por la pretensión de querer contener en la ley todas las soluciones, y por no admitir las interpretaciones que provengan de un agente distinto al propio legislador. Lo que no obsta a que sea innegable que la equidad ha penetrado en los sistemas jurídicos legalistas, exteriorizándose en la operatividad del Orden positivo y exigiéndose para recurrir a aquélla una autorización específica ⁽⁴²⁾.

En el ámbito europeo occidental los ejemplos que mejor muestran lo expuesto son:

—El Código civil francés de 1804, el cual no integra la equidad entre las fuentes del Derecho ni enumera las que pueden suplir los vacíos legales, absteniéndose de introducir alguna disposición general que acote el poder del juez en la formación de las normas jurídicas, prescribe en su artículo 4º: “El juez que no juzgue bajo pretexto de silencio, de oscuridad o de insuficiencia de la ley podrá ser perseguido como culpable de denegación de justicia”. Y hay una remisión expresa a la equidad en supuestos especiales (arts. 565 y 1.135), o implícita al delegar en el poder discrecional del juzgador (art. 1.231).

—El Código civil italiano de 1865 (derogado por el de 1942), en su artículo 3, consolidaba la progresión del método de Derecho natural al de Derecho orgánico: “Cuando una controversia no pueda decidirse mediante una disposición precisa de la ley habrán de tenerse en cuenta las normas que regulan casos similares o materias análogas, y cuando el caso permanezca aún dudoso se decidirá según los principios generales del Derecho”. Aparte de los artículos que ordenaban decidir en equidad (arts. 463, 578, 1.124 y 1.652).

—El Código civil portugués de 1867 (derogado por el de 1966) regulaba en el artículo 16: “Si las cuestiones sobre derechos y obligacio-

nes no pudieran ser resueltas ni por el texto de la ley, ni por su espíritu, ni por casos análogos previstos en otras leyes, se decidirán conforme a sus circunstancias especiales por los principios del Derecho natural”. En agregación, había otras normas (arts. 711.3 y 1.232) en las que se aceptaba implícitamente el principio de equidad por confiar la decisión de esos supuestos al prudente arbitrio del juzgador.

—El Código civil español de 1889 reglamenta en el artículo 3.2 (Decreto de 31 de Mayo de 1974): “La equidad habrá de ponderarse en la aplicación de las normas. Si bien las resoluciones de los Tribunales sólo podrán descansar de manera exclusiva en ella cuando la ley expresamente lo permita”. Este precepto se coloca en una posición intermedia que no etiqueta a la equidad entre las fuentes autónomas del Derecho. La conceptúa como fuente preferente y orientadora en su función interpretativa, e *in fine* es elevada a una jerarquía preceptiva primaria (arts. 1.154 y 1.690).

—El Código civil suizo de 1907, en vigor desde 1912, hace que se observe en las Codificaciones una influencia del movimiento de renovación de los métodos jurídicos y de liberación del juez. Su artículo 1 dicta: “La ley rige todas las materias a las cuales se refieren la letra o el espíritu de alguna de sus disposiciones. En defecto de una disposición legal aplicable, el juez fallará según el Derecho consuetudinario y, en defecto de costumbre, según las reglas que establecería si tuviese que actuar de legislador, inspirándose en las soluciones consagradas por la doctrina y la jurisprudencia”. Y el número 4 manda que aquél “...aplicará las reglas del Derecho y de la equidad cuando la ley reserva su poder de apreciación o le encarga pronunciarse, teniendo en cuenta bien las circunstancias, bien los justos motivos”.

—El Código civil italiano de 1942, texto muy cauteloso en la admisión de las modernas teorías sobre fuentes jurídicas, dispone en el artículo 12 que las lagunas legislativas se llenen “por la analogía y, en última instancia, por los principios generales del Ordenamiento del Estado”. El recurso a la equidad es un criterio de interdependencia de la ley o un medio de atenuar su rigidez en conformidad con los artículos 1.226, 1.349, 1.371, 1.374, 1.447, 1.450, 1.467, 1.468, 1.526, 1.733, 1.736, 1.738, 1.755, 2.045, 2.047, 2.109, 2.110, 2.118 y 2.120. Además, el Código de Procedimiento Civil de 1949 en el artículo 114 acoge el juicio de

42. Bonet Ramón, F.: “La equidad en los Ordenamientos jurídicos privados”, en *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid*, 8, 1960, pp. 297 y ss.; Legaz Lacambra, L.: *Filosofía del Derecho*, Bosch, Barcelona, 1979, p. 356.

equidad siempre que se trate de “un derecho del que puedan disponer las partes si éstas de común acuerdo lo solicitan”. A la vez que el 113 previene que “el principio regulativo de la materia ha de ser el que rija estos casos”.

—Y el Código civil portugués de 1966 inserta un criterio meramente interpretativo, con motivo de establecer en su artículo 4 que “los Tribunales sólo pueden resolver según equidad: a) Cuando haya disposición legal que lo permita; b) cuando haya acuerdo entre las partes y la relación jurídica no sea indispensable; y c) cuando las partes lo hayan convenido previamente en los términos aplicables a la cláusula compromisoria” (43).

De la exposición se infiere que la legalidad aporta un funcionamiento institucional ordenado, creando certeza en el conocimiento y en las expectativas sobre la licitud de la realización de las conductas y las consecuencias que llevan aparejadas. La sentencia tiene, con preeminencia, el rango de una norma singular que desarrolla y prolonga el Ordenamiento jurídico (44). Una de las técnicas más conocidas del Derecho es la de resolver conflictos señalando los problemas que deben ser

resueltos. A lo que apostilla Atria que, a título ilustrativo, el Derecho no construye al juez decidir si hay un acuerdo de voluntades entre A y B de manera tan diáfana: no todo acuerdo de voluntades ha de ser razón suficiente para obligar a A a entregar la cosa a B. El Derecho no obliga a examinar todas las circunstancias de A y su acuerdo con B para determinar si ambos fueron adecuadamente libres al contratar. El Derecho positivo desplaza los problemas para que se solucionen por algunas personas, lugares o momentos. Los desplazamientos dispuestos son protegidos por exclusiones que reducen el ámbito de contingencia en la determinación de las relaciones personales (45).

4. POR UNA APLICACIÓN DÚCTIL DEL DERECHO

Los Estados constitucionales, como máximas tipificaciones de un Estado de Derecho, están en íntima conexión con la Ley fundamental en forma de “marco de principios” o de “marco cerrado”, residiendo la médula del constitucionalismo en haber concebido una Norma suprema aplicable inmediatamente por todos los operadores jurídicos, que se impone con referencia a cualquier otra clase de norma y con un contenido preceptivo en el que sobresalen los valores, los principios y los derechos fundamentales (46).

Zagrebelsky suscribe que el origen del subjetivismo interpretativo trasluce la falta de certeza en los procesos aplicativos en los que “el cuadro de principios de sentido y de valor compartidos por la generalidad” se ha agotado. El déficit de certeza no se remedia con una teoría interpretativa más adecuada. Zagrebelsky observa que el juez debe ser consciente de los derechos, la justicia y la ley, no olvidando un contexto político y cultural menos homogéneo con situaciones sociales de gran inestabilidad. La equidad se impone por la tensión entre el caso y la

45. Atria, F.: “Concepciones de la función judicial: el caso de la igualdad ante la ley”, en González, F. y Viveros, F.: *Igualdad, Libertad de expresión e interés público*, Cuadernos de Análisis Jurídico, Escuela de Derecho de la Universidad Diego Portales, 10, Octubre de 2000, pp. 112 y ss.

46. Prieto Sanchís, L.: *Ideología e interpretación jurídica*, Tecnos, Madrid, 1993, p. 35; Zagrebelsky, G.: *El Derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*, trad. de M. Gascón, Trotta, Madrid, 2003, p. 150.

43. Bonet Ramón, F.: *ibídem*; Castán Tobeñas, J.: *La formulación judicial del Derecho. (Jurisprudencia y arbitrio de equidad)*, Reus, Madrid, 1954, pp. 58 y ss. Y Entrena Klett, C.M.: *La equidad y el arte de juzgar*, Aranzadi, Pamplona, 1990, pp. 113 y ss.; Mozos, J.L. de los: *Metodología y Ciencia del Derecho privado moderno*, Edit. Revista de Derecho Privado, Madrid, 1977, pp. 319 y ss.

44. Ezquiaga Ganuzas, F.J.: “*Iura novis curia*” y aplicación judicial del Derecho, *Lex Nova*, Valladolid, 2000, pp. 213 y ss.; Peces-Barba Martínez, G.: “La creación judicial ...”, op. cit., p. 20. Y Calvo García, M.: “Los límites de la seguridad jurídica: principios jurídicos y certeza del Derecho”, en *Jornadas de Estudio sobre el Título Preliminar de la Constitución*, vol. IV, Ministerio de Justicia, Madrid, 1988, pp. 3.151 y ss.; García de Enterría, E.: *Justicia y seguridad jurídica en un mundo de leyes desbocadas*, Civitas, Madrid, 1999; López de Oñate, F.: *La certeza del Derecho*, trad. de S. Sentís y M. Ayurro, Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1953; Martínez Roldán, L.: “La seguridad jurídica: realidad e ilusión”, en *IX Jornadas de la Dirección General del servicio jurídico del Estado sobre el Título preliminar de la Constitución*, vol. III, Ministerio de Justicia, Madrid, 1988, pp. 3.349 y ss.; Peces-Barba Martínez, G.: “La seguridad jurídica desde la Filosofía del Derecho”, en *Anuario de Derechos Humanos*, 6 (primera época), 1990, pp. 215 y ss.

regla, y caracteriza al Derecho globalmente como derivación de la constitucionalización de los derechos y principios de justicia, y de la decadencia de la fuerza omnímoda de la ley. El principal *handicap* recae en que los jueces son depositarios de conocimientos técnico-jurídicos sin adaptarse a las nuevas realidades que demanda la sociedad, por lo que no dan respuesta a las peticiones de los ciudadanos (47). Como deja patente Laporta, los requisitos básicos en la resolución judicial de los conflictos son: la imparcialidad y la racionalidad. Con respecto a la imparcialidad, se evitan las decisiones sesgadas a favor de una de las partes, distinguiéndose entre una "parcialidad objetivada", en el seno de "causas tasadas que habilitan a las partes a poner en tela de juicio la idoneidad del juzgador"; y una "parcialidad más subjetiva", que hace hincapié en que el juez "está condicionado por hechos o creencias anteriores al caso que determinarán su fallo". En aras de superar los obstáculos, se anhela que sea transparente poniendo trabas legales a la corrupción. El logro de la imparcialidad se manifiesta también en cuál es la actitud del juez ante las partes, escuchándolas y haciendo que se ejerciten sus derechos (48).

Por lo que respecta a la racionalidad, ella se pormenoriza en función de la consideración de las normas y de los hechos. Que una cosa esté probada suele equivaler a que es verdad; mas, Ferrer Beltrán cuestiona que no es lo mismo que el objetivo de la acción probatoria en el proceso sea la averiguación de la verdad sobre las proposiciones fácticas que resulten relevantes en la aplicación del Derecho, o que no se conciba la prueba de una proposición falsa. En definitiva, la decisión judicial, como acto de adoptar una resolución, se justificará "si su realización está permitida o es obligatoria según las normas que regulan esa actuación" (49). La determinación del hecho jurídicamente relevante se

47. Zagrebelsky, G.: *ibidem*, pp. 144-150.

48. Laporta, F.J.: "Imperio de la ley y seguridad jurídica", en Díaz, E. y Colomer, J.L. (eds.): *Estado, justicia, derechos*, Ariel, Barcelona, 2002, pp. 117 y ss. Y Malem Seña, J.F.: *La corrupción. Aspectos éticos, económicos, políticos y jurídicos*, Gedisa, Barcelona, 2002, pp. 145-171.

49. Ferrer Beltrán, J.: *Prueba y verdad en el Derecho*. Marcial Pons, Madrid, 2002, pp. 33, 34 y 112. Y Wróblewski, J.: "El problema de la así llamada verdad judi-

ha de catalogar en un nivel semántico, fijando qué significa la norma en la individualización fáctica. Ahora bien, Taruffo advierte su duda personal sobre si la teoría de la prueba ha de depender de las exigencias de la motivación de las decisiones judiciales, o si debe construir una teoría de la motivación derivada de aquélla, concluido que lo más seguro es que sea una síntesis de ambas. Una teoría racional es imprescindible "para dar un significado concreto a la obligación de motivar, y para hacer que la labor del juez sea coherente con los presupuestos de la administración de justicia en los Ordenamientos modernos" (50).

En adhesión a las teorías de Aarnio y MacCormick, Atienza describe que la decisión "razonable" estricta tiene que: 1) ser acogida en situaciones en las que no sería aceptable, o no se podría adoptar una decisión estrictamente racional; 2) lograr un equilibrio entre exigencias contrapuestas; y 3) ser aceptable por la comunidad (51). De lo que se induce que la no-arbitrariedad y la motivación de las resoluciones judiciales no son separables: garantizan que la forma de conducirse sea racional. Por su lado, la motivación constituye una garantía de cierre del sistema cognoscitivista, eliminando la arbitrariedad con una tríada de tipos de funciones. Uno es el "extra-procesal", "político-jurídico" o "democrático", que aclara públicamente la racionalidad decisional, sobresaliente por ir dirigido al pueblo y a las partes del proceso. Otro es el "endoprocesal", "técnico-jurídico" o "burocrático", remitido a los tribunales y a las partes, que facilita el control interno de las decisiones. Y converge un tercero que se refiere al propio juez, para que pueda ser consciente de los errores argumentativos en los que a lo largo del juicio haya caído (52). En el tema de la argumentación entre hechos y normas se impulsa:

cial", en id.: "Sentido" y "hecho" en el Derecho, Universidad del País Vasco, San Sebastián, 1989, pp. 206 y ss.

50. Taruffo, M.: *La prueba de los hechos*, trad. de J. Ferrer Beltrán, Trotta, Madrid, 2002, pp. 112, 113, 521 y 522.

51. Atienza Rodríguez, M.: "Para una razonable definición de 'razonable'", en *Doxa*, 1987, p. 193. Y Mazzaresse, T.: *Forme di razionalità delle decisioni giudiziali*, Giappichelli, Turín, 1996, pp. 13-26.

52. Gascón Abellán, M.: *Los hechos en el Derecho. Bases argumentales de la prueba*, Marcial Pons, Madrid, 1999, pp. 200-202; Igartua Salaverría, J.: *La motivación*

a) Poner en conocimiento las razones y elementos de juicio que den cuenta de los criterios jurídicos empleados; b) expresar los hechos probados que sirven de punto de partida y la calificación jurídica atribuida; c) que haya congruencia; d) ser coherente internamente; y e) aplicar las normas de modo no arbitrario. Desde el ángulo indicado, el factor que aporta la aceptabilidad de las decisiones es el de la racionalidad de la actuación judicial⁽⁵³⁾.

Los jueces deben razonar discurriendo razones comunicadas argumentativamente. La argumentación jurídica "decide lo que uno hará o puede hacer" razonablemente dentro del Derecho válido⁽⁵⁴⁾, obligándose cada vez más a justificar las resoluciones. El respeto a la ley no ga-

de las sentencias, imperativo constitucional, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2003, p. 33.

53. Asís Roig, R. de: *Jueces y normas. La decisión judicial desde el Ordenamiento*, Marcial Pons, Madrid, 1995, pp. 288 y 289. Y Aarnio, A.: *Lo racional como razonable. Un tratado sobre justificación jurídica*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1991, p. 251.

54. Peczenik, A.: *Derecho y razón*, trad. de E. Garzón Valdés, Fontamara, México, 2000, p. 12; Squella Narducci, A.: *Filosofía del Derecho*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2001, 444 y 445. Atienza aporta un modelo argumentativo para los "casos difíciles". Precisa que lo primero es identificar el problema, encontrándonos con algunos relevantes, nacidos de las dudas sobre la norma aplicable al supuesto que nos interesa. Otros problemas son los interpretativos cuando haya dudas sobre la interpretación de las normas que han de ser aplicadas; los referentes a la prueba constituyen dudas sobre si un hecho ha tenido lugar; y los que giran en torno a la calificación, nacen de las incertidumbres sobre si un hecho que no es discutido cae o no sobre la esfera de la aplicación de un concepto contenido en el supuesto de hecho o en la consecuencia jurídica. En segundo lugar, hay que establecer por qué surge el problema, advirtiendo que generalmente se produce por falta o exceso de información, complicando llegar a una solución. Se deben construir distintas hipótesis con el fin de hallar una salida, elaborando nuevas premisas y, con posterioridad, se han de justificar las hipótesis resolutivas formuladas. Por último, el camino a seguir es el que va desde las nuevas premisas a la conclusión (Atienza, M.: *Las razones del Derecho. Teorías de la argumentación jurídica*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1997, pp. 243-247). Ver también: Alexy, R.: *Teoría de la argumentación jurídica*, trad. de M. Atienza e I. Espejo, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1997; MacCormick, N.: *Legal Reasoning and Legal Theory*, Clarendon Press, Oxford, 1995.

rantiza la racionalidad decisional. La norma puede ser irracional en su contenido, fuera de que en el proceso aplicativo influyan elementos externos, y de que, a menudo, se funde en los criterios de oportunidad y de utilidad ante un conflicto de derechos, con la satisfacción del mayor número posible de personas⁽⁵⁵⁾.

Sobre la interpretación de la ley, Raz mira dos postulados: "Como las interpretaciones son exitosas en la medida en que iluminen el significado de sus objetos, tienen que estar sostenidas por razones constitutivas que muestren cómo lo hacen"; y "hasta donde sabemos, hay significado en el mundo sólo donde se ha introducido por los seres humanos". La conclusión se reconduce a un tercer axioma: "una interpretación ilumina exitosamente el significado de su objeto en el grado en que responde a cualquier razón que haya para prestar atención a su objeto como cosa de su tipo"⁽⁵⁶⁾. El juez elige las normas, y las aplica luego a su resolución. Si existe una norma N1 que prescribe el deber de aplicar otra norma N2 a un caso específico C, N2 es aplicable a C (en cuanto que debe ser aplicada a C con arreglo a N1). Consiguientemente, al juez le es imposible solventar el caso si previamente no identifica la norma que lo resuelve, y no puede hacerlo si no tiene un criterio que le señale cuál es. Particularizar la existencia de N1 es una operación que se remite a la validez de N1 y concisa criterios de pertenencia de normas a sistemas⁽⁵⁷⁾.

La atribución de significado a los vocablos que hay que usar es el centro de la interpretación. Evalúa Prieto Sanchís que su dificultad es variable, sobre todo en los denominados "conceptos jurídicos indeterminados", ya que queda un ámbito para la ejecución de valores ideológicos y culturales engendrado en la práctica judicial. La vaguedad es

55. Atienza, M.: *Tras la justicia. Una introducción al Derecho y al razonamiento jurídico*, Ariel, Barcelona, 1997, pp. 242 y 243; Ezquiaga Ganuzas, F. J.: "Iura novit curia" ..., op. cit., pp. 216 y ss.; Segura Ortega, M.: *La racionalidad jurídica*, Tecnos, Madrid, 1998, pp. 118-120.

56. Raz, J.: "¿Por qué interpretar?", en *Isonomía*, 5, Octubre de 1996, pp. 31 y 32.

57. Mendonça, D.: *Interpretación y aplicación del Derecho*, Universidad de Almería, Almería, 1997, pp. 66 y 67.

una propiedad de la referencia de los predicados, sabiendo que son vagos si la respuesta a la pregunta de ¿a qué cosa se refieren? es dudosa. La vaguedad de las expresiones lingüísticas, confirma Guastini, hace que el intérprete, ante un caso que está al margen del argumento, decida con discrecionalidad si el supuesto de hecho ha de ser incluido dentro de la aplicación de la norma (58).

En general, los conflictos del lenguaje jurídico emanan de los pertenecientes al nivel morfosemántico de la lengua, planteándose, como ya dijimos, por los varios significados de las palabras, el contexto en el que se incluyen y la gran elasticidad que poseen las reglas gramaticales. Las normas componen el Derecho, pero hay algo más. La determinación del significado de los enunciados normativos es imprescindible para saber el mandato que ha querido establecer el legislador. Mas, ¿cuál es el sentido que tienen las expresiones lingüísticas y el procedimiento determinativo? (59). La contestación nos la da Jori al rubricar que el lenguaje se da en tres niveles. Uno "indica, describe y explica un hecho lingüístico o con componentes lingüísticos". Los otros dos se remiten a que "las frases y los términos pueden ser usados para indicar, describir y explicar el hecho de que el término, concepto y conjunto de conceptos son usados en cierto sentido en el lenguaje ordinario", y a que se puede "indicar, describir y explicar un hecho lingüístico que, o bien se propone describir o comprender las propias acciones de quienes los usan, o es empleado en discursos no descriptivos en los que estas acciones son parte integrante" (60).

58. Guastini, R.: *Estudios sobre la interpretación jurídica*, trad. de M. Gascón y M. Carbonell, Universidad Nacional Autónoma de México-Porrúa, México, 2002, pp. 62 y 63; Prieto Sanchís, L.: *Ideología e interpretación ...*, op. cit., pp. 92-97.

59. Alchourrón, C.E. y Bulygin, E.: "Definiciones y normas", en Bulygin, E.; Farrell, M.D.; Nino, C.S.; y Rabossi, E.A. (comps.): *El lenguaje del Derecho*, homenaje a G.R. Carrió, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1983, pp. 12 y ss.; Bono López, M.: "La racionalidad lingüística en la producción legislativa", en Carbonell, M. y Pedroza de la Llave, S.T. (coords.): *Elementos de técnica legislativa*, Porrúa, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 2002, pp. 233 y 234.

60. Páramo Argüelles, J. R.: *H.L.A. Hiri y la teoría analítica del Derecho*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1984, pp. 20 y 21.

En especial, conviene recalcar que la operatividad del juez es creativa cuando tiene ante sí lagunas y valora la existencia de un vacío jurídico. Posteriormente, las reglas para llenarlas pueden ser contradictorias y el juez se decidirá en cada caso por una u otra. De ahí que, en concordancia con Alchourrón y Bulygin, tengamos que discernir entre las lagunas normativas que presentan problemas de carácter lógico, y las que son de conocimiento o reconocimiento que los presentan empíricos o empírico-conceptuales. Simultáneamente, es factible que haya antinomias cuando en un sistema jurídico un comportamiento sea deónticamente calificado de dos modos incompatibles en dos normas que forman parte del sistema, y haya un supuesto de hecho al que se le otorgan dos consecuencias no compatibles recogidas en dos formulaciones normativas diferentes (61). Los criterios clásicos llamados a salvarlas son: el cronológico, el jerárquico y el de especialidad. Pero no siempre son suficientes si la antinomia se ocasiona entre normas contemporáneas emplazadas en el mismo nivel, y las dos son generales. El conflicto normativo induce al juez a que utilice los criterios de interpretación posibles sin exclusión, quedando claro que la lógica deóntica no es suficiente en el reconocimiento de las contradicciones que son propias de la estructura del Derecho y que derivan de la indeterminación de las normas, problema que aumenta en el campo de los principios y valores (62).

En suma, para que se salvaguarde la seguridad jurídica en la esfera judicial, se han de cumplir unos postulados de corrección estructural y funcional. La primera sirve de garantía de disposición y formulación regular de las normas que forman un sistema jurídico, en la aportación de "orden, certeza y protección para los que confían en el Dere-

61. Alchourrón, C. E. y Bulygin, E.: *Introducción a la metodología ...*, op. cit., pp. 63-65; Guastini, R.: *Estudios sobre la interpretación ...*, op. cit., pp. 71 y 72; Prieto Sanchís, L.: *Ideología e interpretación ...*, op. cit., pp. 90-92.

62. Bobbio, N.: *Teoría general del Derecho*, trad. de E. Roza Acuña, Debate, Madrid, 1998, pp. 207 y 208; Ruiz Sanz, M.: *Sistemas jurídicos y conflictos normativos*, Instituto de Derechos Humanos "Bartolomé de las Casas" de la Universidad Carlos III de Madrid-Dykinson, Madrid, 2002, pp. 100 y 101.

cho como medida de sus expectativas". Y la segunda garantiza el cumplimiento del Derecho por sus destinatarios y la actuación regular de los que han de desempeñar la función de su aplicación, conectados con el principio de eficacia de aquél (63).

63. Arcos Segura, F.: *La seguridad...*, op. cit., p. 409; Pérez Luño, A. E.: *La seguridad...*, op. cit., pp. 31 y 35. Y Hart, H.M. y Sacks, A.M.: *The Legal Process. Basic Problems in the Making and Application of Law*, The Foundation Press Inc. Westburg, Nueva York, 1994; Wróblewski, J.: *The Judicial Application of Law*, Kluwer, Dordrecht - Boston-Londres, 1992.

FORMACIÓN DE CONCEPTOS Y APLICACIÓN DEL DERECHO EN EL DERECHO PENAL *

MAX GRÜNHUT **

Una de las principales dificultades de la investigación científica del Derecho reside en su método. Debe éste actualizar en la sentencia judicial las valoraciones de la conducta humana encarnadas en las leyes del Derecho históricamente dado, o anticipar en la formulación de nuevas leyes el futuro pronunciamiento judicial. Es la realidad política la que plantea esta doble tarea. Desde los días del Iluminismo vemos en la vinculación del juez a la ley positiva la garantía fundamental del Estado

* Traducción del alemán por el doctor José Luis Guzmán Dalbora, profesor titular (catedrático) de Derecho penal y de Filosofía del Derecho en la Universidad de Antofagasta (Chile).

Con el título *Begriffsbildung und Rechtsanwendung im Strafrecht* y publicado como folleto por la editorial J.C.B. Mohr, de Tubinga, en 1926, el texto reproduce el Discurso inaugural pronunciado por el autor el 16 de enero de aquel año en la Universidad de Jena.

** Representante característico de la Jurisprudencia de los valores en el Derecho penal, Max Grünhut (1893-1964) fue desuitedo de su cátedra poco después de la ascensión al poder del nacionalsocialismo, al igual que otros miembros de la elite de la intelectualidad judía, según registra Eberhard Schmidt, *Einführung in die Geschichte der deutschen Strafrechtspflege*. Vandenhoeck & Ruprecht, Göttingen, 3ª ed., 1995, cfr. pág. 427. Emigrado al Reino Unido, introdujo en 1947 la enseñanza e investigación criminológicas en la Universidad de Oxford, cuyo *Centre for Criminology* le recuerda con admiración y gratitud como uno de sus ilustres predecesores. Es más, en su artículo