

Salvador Vilata Menadas es doctor en derecho y magistrado.

Sobre el valor normativo de las decisiones judiciales

Salvador Vilata

Es pacífico que en los ordenamientos jurídicos que tienen su raíz en la teoría del Estado que nace de la Revolución burguesa en Francia no se atribuye formalmente a la jurisprudencia el papel de fuente del Derecho; esta posición, como es sabido, se basa en última instancia en el principio de *separación de poderes* y, junto a éste, en la necesaria *legitimación democrática* que cabe exigir de los órganos creadores de Derecho. El significado básico que encierran ambos principios es, en efecto, la negación de carácter normativo a la actividad de jueces y tribunales, que encuentran, por contra, la legitimidad de su actuación en la aplicación estricta de las normas creadas por el legislador, éste sí órgano con legitimidad para la producción normativa. Tal conformación demanda precisamente la exigencia y actualidad de otros dos principios, esenciales en el devenir del judicial, y de carácter instrumental en el marco global del sistema jurídico en orden a hacer palpable el carácter legítimo del proceder de los jueces, cuales son el principio de *sujeción a la ley* y el principio de *independencia judicial*.

Es por ello por lo que en Francia, y en los países del continente que siguen su influjo –entre ellos España–, se haya históricamente atribuido a los jueces la posición de sujeto pasivo de la ley, sin que se les pudiese atribuir ninguna tarea que pudiese servir para contrarrestar, en tal labor, al Legislativo. Tal posibilidad hubiere supuesto ir en contra de la configuración del legislador como defensor (además de creador) de los derechos; no se habría podido asignar a los jueces ninguna tarea de reequilibrio del Legislativo, pues ello hubiera supuesto que fueren precisamente los jueces y no el legislador los que pudieran erigirse en defensores de los derechos, lo que significaría la asunción de un planteamiento que desbordaba su fundamento legal.

Ciertamente, la rotundidad de los postulados sostenidos por la Escuela de la Exégesis, o la teoría clásica de la interpretación, ya ha sido superada en los momentos actuales. Pero tal superación no implica, en modo alguno, el olvido ni el abandono de los criterios básicos del sistema. La polémica clásica sostenida por Esser y Larenz sigue, desde este punto de vista, plenamente vigente, y la esfera de creación judicial del Derecho, en este sistema, que es el nuestro, sigue limitada. Es decir, sin desconocer la labor innovadora que realiza la Jurisdicción, actualizando el Derecho en el caso concreto, no ha de obviarse el sistema de legitimación del Estado de Derecho y la garantía de la seguridad jurídica como valor esencial del mismo.

Tal configuración ha quedado desfasada, al hilo de la superación de la teoría mecanicista de la aplicación del Derecho y del postulado cognoscitivistista de la interpretación de las normas, lo que ha llevado al destierro de la idea de que la tarea llevada a cabo por los operadores jurídicos se mantiene dentro de las *neutrales* coordinadas de la lógica. Y es que en todo caso, la exigencia de la garantía de la actuación no arbitraria de los órganos jurisdiccionales sigue siendo, como no podía ser de otro modo, plenamente vigente en la actualidad.

No es difícil en este orden de cosas sostener, como es hoy lugar común de la Teoría de la Argumentación jurídica, que todos los jueces crean Derecho, al resolver una pretensión sometida a su conocimiento, con arreglo a las normas de organización de un Ordenamiento jurídico; esto es, se

admite que una sentencia es una norma particular y concreta que se suma al Ordenamiento jurídico –antes de la sentencia no existe en el Ordenamiento ese mandato–, que no sólo está formado por normas generales y abstractas, y que además puede revestir efectos *erga omnes*. Tal planteamiento, por otra parte, no viene sino a enunciar la cuestión, pero no la resuelve en modo alguno, y ello por cuanto es perfectamente posible admitir en el plano estrictamente fáctico que los jueces crean Derecho y, correlativamente, sostener al tiempo que desde una perspectiva ideológico-política, no deben crear Derecho, y ello con argumentos que hacen referencia, en el aspecto político-democrático, a la cuestión de su legitimidad en el marco del sistema, y en el aspecto jurídico, a la cuestión esencial de la debida salvaguarda de los criterios de certeza y del valor seguridad.

Es lugar común en los sistemas jurídicos la conformación explícita de la prohibición de *non liquet* –para el Derecho español, el artículo 1-7 del Código civil–. Al tiempo, resulta una evidencia la constatación de que el juez se encuentra, en ocasiones, en la situación de estar obligado a resolver *conforme a Derecho* los supuestos que se plantean, y no saber qué Derecho aplicar, por la razón de que tal no existe, al menos explícitamente formulado. Aun admitiendo la existencia de los *casos fáciles*, o rutinarios, en la mayoría de las ocasiones nos encontramos ante *casos difíciles*, esto es, supuestos en los que el establecimiento de la premisa normativa y/o de la premisa fáctica resulta una cuestión problemática susceptible de recibir más de una respuesta correcta, por lo que plantean el problema de armonizar entre sí valores o principios que están en conflicto presentándose diversas soluciones capaces de lograr un equilibrio en cuanto que no sacrifican ninguna exigencia que forma parte del contenido esencial de los principios o valores últimos del Ordenamiento. También, incluso, y en particular en el ámbito de la jurisdicción penal, se pueden llegar a presentar los *casos trágicos*, que son aquéllos respecto de los cuales no cabe tomar una decisión sin caer en la vulneración de algún principio o valor fundamental del sistema. Frente a las concepciones apriorísticas, formalistas y objetivistas de la justicia, que en cuanto justas están exentas de toda justificación y afirman que siempre hay, cuando menos, *una respuesta correcta*, se plantean cuestiones que afectan no sólo a la justicia, sino a la justificación de su resultado y remiten directamente al problema de la legitimidad y legitimación del juez. Esta es la situación que se plantea en el ámbito de las sociedades democráticas, pluralistas, tolerantes y abiertas, en las que se exteriorizan percepciones diferentes acerca de la inteligencia de qué engloba la justicia. Y todo ello bien entendido que la necesaria superación del formalismo legalista no debe llevar a una indebida promoción y justificación de un decisionismo arbitrario del juez.

Naturalmente, el punto de vista que se expone no es coincidente si la realidad que se analiza es la relativa al modelo judicial norteamericano. La característica fundamental, en este sentido, de las declaraciones norteamericanas, radica en la fundamentación de los derechos en una esfera jurídica que precede al Derecho que pueda establecer el legislador. Los derechos, en esta óptica, eran un patrimonio subjetivo existente *per se*, que debía mantenerse inalterado y protegido de todas las potenciales amenazas procedentes de un legislador considerado omnipotente. En la declaración americana, los derechos se consideraban una realidad preexistente, digna de ser preservada de los riesgos de la admisión de una incondicionada *soberanía del Parlamento*. Los derechos eran la garantía del *statu quo* y podían concebirse como una pretensión de abstención, esto es, como una limitación a la capacidad regulativa de la ley. Los derechos, en cuanto que patrimonio subjetivo independiente, constituían a los ciudadanos en sujetos activos originarios y soberanos. La ley, en este sistema, derivaba de los derechos. En las concepciones europeas, el poder legislativo es visto como una fuerza originaria; en la concepción americana, la legislación, por el contrario, es entendida como poder delegado.

No obstante la diferencia que se apunta, y que ciertamente es trascendente, tal no aparece como especialmente significativa en el aspecto que ahora nos interesa, pues sin desconocer la esencial cuestión relativa al prestigio de la función judicial en Estados Unidos (que deriva tanto de su sistema de selección como de las potestades de control constitucional que, de manera difusa, en todo caso desenvuelven), sus miembros no son ajenos a la posible tacha decisionista, y ello por cuanto por los propios fundamentos del Estado de Derecho, la regularidad de las decisiones de los órganos públicos no viene justificada simplemente por razón de su origen, debiendo aparecer en todo caso racionalmente justificadas con el soporte de argumentos sólidos que permitan su discusión.

La incardinación del judicial como poder del Estado El esquema conformado por la relación dominación-subordinación es inherente a cualquier grupo social, tanto más en los supuestos más complejos y evolucionados. Se estructura la sociedad en una organización jerarquizada, en cuya cúspide se enclavan unas potestades capaces de dominar y dirigir a toda la comunidad: es el poder político. Y este poder político tiene una pretensión absoluta, cual es asumir todas las formas y medios de dominación.

El contrato social en que se funda el Estado democrático no pasa al modo hobbesiano por una cesión absoluta a la voluntad del poder político, sino que antes bien, del propio *status* de ciudadanía de los sujetos integrantes del colectivo social, se deriva que aquél no se legitima sólo por el mantenimiento de la paz interna y el formal desenvolvimiento del régimen de mayorías. Y es que la legitimidad de un auténtico sistema democrático pasa por la superación de un test valorativo, conformado por la garantía y constante profundización en la efectividad de los derechos fundamentales a modo de mínimos éticos.

En el marco del Estado de Derecho es esencial el criterio de que todo poder estatal debe estar sometido a control, articulándose las técnicas de control, en la enunciación de Loewenstein, estructuralmente en dos formas esenciales: mediante *controles intraórgano* –cuando las instituciones de control operan dentro de la organización de un sólo titular de poder–; y mediante *controles interórganos* –esto es, que funcionan entre los diversos titulares del poder que cooperan en la gestión estatal.

Si admitimos que la independencia del poder judicial, que se enmarca en su propia esencia, no tolera la más mínima injerencia en su ejercicio por parte del legislativo y del ejecutivo, y superada la tesis de Montesquieu, dando paso a un juez técnico, cada vez más preparado y especializado, habrá de concluirse que nos encontramos ante un problema, que ha planteado grandes disyuntivas teóricas para responder a la cuestión de si el poder judicial queda al margen del sistema de controles interórganos, pues las resoluciones judiciales sólo pueden fiscalizarse en virtud de los recursos (ordinarios o, aún, extraordinarios) prevenidos, por órganos que ejercen igualmente, plenamente, potestades de carácter jurisdiccional.

Se hace preciso, pues, buscar respuesta satisfactoria a tal cuestión, por más que la capacidad del poder judicial, de sus miembros, titulares de la potestad, para influir en el devenir político-social sea, cuantitativa y cualitativamente, mucho menor que la del Ejecutivo y, desde luego, del Legislativo ①. La distinción entre legislación y jurisdicción se emparenta con el problema más amplio de la clasificación de las funciones del Estado, esto es, «legislativa», «jurisdiccional» y «ejecutiva» conforme al constitucionalismo clásico. Y distinguir entre tales funciones no es sino trazar la línea divisoria entre el carácter de los actos emanados de los órganos respectivos.

Desde un punto de vista material, los actos legislativos y los actos jurisdiccionales se distinguen en razón a su distinto contenido. La ley se caracteriza por su contenido normativo, esto es,

① Cfr. Otto Bachof: *Jueces y Constitución*, Taurus, Madrid, 1963, pág. 51.

participa de las notas de generalidad y abstracción, en tanto que la sentencia tiene un contenido singular y concreto; de otra parte, en esta línea, se dice que la ley es el resultado de un acto de voluntad, en tanto que la sentencia es el fruto de un doble acto de conocimiento y verificación: verificación de la ley y verificación del supuesto concreto sometido al conocimiento del juez. En suma, se dice que la jurisdicción es una actividad subordinada a la ley, y lógicamente dependiente de la legislación, en tanto que es una actividad necesariamente dirigida a «aplicar la ley». En este sentido, se apostilla diciendo que la legislación es la creación de nuevas normas, en tanto que la jurisdicción es el conocimiento y la aplicación de normas preexistentes, y así, la labor del juez se estima eminentemente conservadora, desterrándose de plano la posibilidad de reconocerle autonomía política ②.

② Albert Calsamiglia: *Introducción a la ciencia jurídica*, Ariel, Barcelona, 1986, pág. 99. Cfr. NINO, C.S. *Introducción al análisis del Derecho*, Ariel, Barcelona, 1983, págs. 114 y ss.

Tal planteamiento hace hincapié en sendas cuestiones que hoy día aparecen netamente superadas, a saber: de un lado, la idea según la cual la jurisdicción es la aplicación de normas preexistentes –normas que los jueces encuentran ya hechas por obra del legislador– presupone que cada ordenamiento jurídico sea necesariamente completo, de modo que los jueces puedan encontrar una –y solo una– «respuesta correcta» a cada controversia que les sea sometida ③. En este orden de cosas, es claro que el dogma de la necesaria plenitud de todo ordenamiento jurídico es, en la actualidad, un planteamiento superado, en cuanto que modelo que tenía la función de justificar la abdicación valorativa. Por otra parte, la idea según la cual la jurisdicción consiste en la aplicación de normas preexistentes presupone que la tarea aplicativa es una actividad de puro conocimiento o de comprobación de las normas.

③ M. Atienza Rodríguez: «Argumentación jurídica», en *El derecho y la justicia*, Enciclopedia Iberoamericana de Filosofía, nº 11, Trotta-CSIC-B.O.E., Madrid, 1996, págs. 235 y ss.

En la Teoría del Derecho contemporánea es lugar común que el dogma de la plenitud está totalmente desautorizado, y con ello, el argumento *sustancial* o *material* para trazar una tangible línea de separación entre la capacidad normativa de uno y otro sujeto. Los tribunales pueden y deben introducir cambios en el sistema jurídico y social en materias en las que el poder legislativo, autor del marco jurídico básico, no estima oportuno intervenir, superándose la imagen monolíticamente conservadora de la judicatura, que ni es ya y sólo, «la boca muda que pronuncia las palabras de la Ley», ni se identifica corporativamente con los sectores más conservadores de la sociedad, haciéndose llamamiento sólido a que se reconozca el verdadero carácter de fuente del derecho de la jurisprudencia. En este orden de cosas, la alusión a la expresión *activismo judicial* ya no encerraría tintes peyorativos, sino antes bien, trataría de poner el acento en el carácter virtuoso de tal proceder judicial, en cuanto que el juez asumiría activamente su papel de garante de los derechos subjetivos de los ciudadanos, y su tarea cotidiana se orientaría a su realización efectiva y profundización ④, y ello por cuanto el juez, el buen juez, no debe ser neutral, sino que debe evidenciar un compromiso efectivo con el buen fin de la Constitución y las leyes, y ello bien entendido que precisamente de la configuración que se sustenta acerca de la entidad y alcance de la labor de interpretación y aplicación del Derecho se deriva una concreta inteligencia acerca de la conformación ideal del judicial, y viceversa.

④ Cfr. R. Bergalli: «Protagonismo judicial y representatividad política», *Doxa* 15-16, Alicante, 1994, págs. 439-443.

La legitimidad de los titulares del poder judicial. Legitimidad de origen y legitimidad de ejercicio

A diferencia de los poderes legislativo y ejecutivo, respecto de cuales es dogma no contestado que por su origen en la soberanía popular deben contar para la designación de sus miembros con la voluntad del

electorado expresada con cierta periodicidad temporal, siendo ésta condición de su legitimidad, el poder judicial, en cambio, se legitima en el marco del Estado de Derecho por el ejercicio de su función y potestad, ajustada a determinados requisitos y parámetros, con independencia de que la concreta designación de los miembros que lo integran se sustraiga al sufragio directo de los ciudadanos.

El problema de la legitimidad de la función judicial constituye una de las cuestiones centrales de la Teoría y la Filosofía del Derecho, habiendo sido abordada por juristas y filósofos desde diversas perspectivas, en ocasiones desde la cuestión de la independencia y de la responsabilidad de los jueces y magistrados; en otras ocasiones, desde la teoría de la argumentación o, finalmente, desde la problemática de la interpretación-creación del Derecho. En definitiva, desde diversos frentes, se intenta justificar una función del Estado que parece escapar a los cauces ordinarios de legitimación, de origen, de las instituciones democráticas.

Podemos definir legitimidad, en sentido estricto, como aquella cualidad que, atribuida a un orden jurídico-político, supone su «reconocimiento» como dominio, y el reconocimiento de su capacidad para dictar órdenes que deben ser obedecidas. En este sentido se ha dicho que el problema de la legitimidad de cualquier poder no es otro que el de su justificación. Ciertamente, durante un largo período de tiempo, el Poder Judicial, para sentirse tal, no ha tenido de modo imperioso la necesidad de justificarse, por motivo de que, de alguna manera, la legitimidad de la actividad de los jueces procedía, de modo indirecto, de las normas que aplicaban y a las que se sometían, y en cuyo origen se encontraba la más alta fuente de legitimidad democrática para los pensadores ilustrados, a saber, la voluntad general. Trátase, en este sentido, de una legitimación puramente formal, no material –precisamente porque tal búsqueda se reputaba como no necesaria–, postura que radicalizará el positivismo jurídico, cuya Escuela Normativista llega a equiparar el criterio de lo justo con el criterio de lo legal. Y desde el ámbito de la Sociología, la racionalidad puramente formal debe caracterizar lo jurídico, reputándose amenazas para aquélla, cualesquiera intentos de fundamentación material de los ordenamientos jurídicos. En este sentido, restringir la legitimidad dentro de los confines formalistas, sólo parece posible si el Derecho, y sus métodos de aplicación, pueden, a su vez, contenerse igualmente dentro de los cauces de una teoría formalista.

El juicio de legitimidad está en función, necesariamente, de un conjunto de valores que requiere venir justificado por argumentos racionales, desterrándose el temido decisionismo. Las tendencias jurídicas actuales –se ha dicho al comienzo de este epígrafe– se desarrollan en sentido diverso al que representa el formalismo legalista, y así las cosas, surge el planteamiento de la cuestión de la aparente falta de legitimidad democrática del poder judicial.

No son nuevas las posiciones que han demandado la solución de la cuestión planteada, por la vía de democratizar los modos de selección de los jueces y magistrados, que vendrían legitimados, de este modo, a semejanza de los miembros del poder legislativo, por la voluntad popular. Pero tal opinión no es, desde luego, pacífica. Advierte, en este sentido, Ferrajoli que el poder judicial, a diferencia de cualquier otro poder público no sólo no exige sino que ni siquiera admite una legitimación de tipo representativo o consensual, sino sólo una legitimación de tipo racional y legal, y ello tanto si la función judicial se entiende desde un paradigma puramente mecanicista como si se la reconoce creacionista; y es que no de otra manera se conciliaría el regular ejercicio de la Jurisdicción con los criterios de independencia e imparcialidad que le son inherentes, y cuya vigencia no se deriva, de suyo, de una previa selección conforme a principios mayoritarios; esta legitimidad no tiene nada que ver con la de la democracia política, ligada a la representación, no se deriva de la voluntad de la mayoría, de la que asimismo la ley es expresión ⑤. En su teoría sobre la legitimidad de la función judicial en los sistemas democráticos, el citado autor, desde una perspectiva garantista, combina dos fuentes de legitimidad, una sustancial y otra formal, paralelamente a las fuentes de legitimidad de la democracia, a saber:

⑤ L. Ferrajoli: *Derechos y garantías. La ley del más débil*, Trotta, Madrid, 1999, pág. 27.

- La legitimación formal o política se condensaría en la más clásica sujeción del juez a la ley, en la observancia del consagrado principio de legalidad. El Poder Judicial se legitima en la adecuada conformidad de su actuación a la ley.

- La legitimidad sustancial se manifiesta en la función de garantía de los derechos, la cobertura de la intangibilidad de los derechos fundamentales, y de la solución de las controversias sometidas a su decisión. En definitiva, en la realización de la «verdad constitucional».

Siguiendo la síntesis efectuada en 1989 por González-Cuéllar sobre esta cuestión, se puede hacer mención de la existencia de las siguientes tres teorías:

1. Legitimación a través del proceso

Según Luhmann, dado que la legitimación del juez tiene que alcanzar a todos sus actos, no sólo al inicio de su función, la actividad judicial se legitima por el proceso mismo. Entre los autores españoles, Andrés Ibáñez, profundizando en esta línea, ha dicho que «será a través de la rigurosa observancia del régimen de garantías constitucionalmente previsto, y del fiel cumplimiento de las exigencias procedimentales, es decir, de la observancia de la inmediación, de la efectividad del contradictorio, del respeto al principio de la presunción de inocencia en sus diferentes y múltiples proyecciones, de la autenticidad material de la motivación de las resoluciones, etc., como puede y debe legitimarse el juez. Es decir, por la incorporación –en la práctica jurisdiccional diaria– plena de los valores inspiradores de la disciplina constitucional del proceso. Sopor tanto, por tanto, en primera persona, las consecuencias deslegitimadoras de una posible actitud de signo contrario en ese plano» ⑥.

⑥ P. Andrés Ibáñez en *El Poder Judicial*, (obra con Movilla Álvarez, Claudio), Tecnos, Madrid, 1986, pág. 28.

2. Sumisión del juez a la ley e independencia judicial

Dice en este sentido Gimeno Sendra que «la legitimación de la actividad jurisdiccional estriba en la sumisión del Juez a la Ley y en su independencia, que es lo que en definitiva la sociedad reclama del oficio judicial» ⑦. Como ya apuntara González-Cuéllar, esta opinión, que es la que se sostiene en tanto que superadora de vestimentas puramente formalistas, es la que razonablemente debe ir consolidándose como la mayoritaria.

⑦ V. Gimeno Sendra: «Poder judicial, potestad jurisdiccional y legitimación de la actividad judicial», en *Revista de Derecho Procesal Iberoamericano*, 2 y 3, pág. 336. Vide también, V. Gimeno Sendra en *Fundamentos de Derecho Procesal*, Civitas, Madrid, 1981, pág. 40.

Y es que superada la idea de que la independencia suponga un privilegio de fuero especial del juez, la doctrina la ha venido contemplando, esencialmente, en dos vertientes: en su proyección externa, como posición de la Magistratura –o más propiamente, de cada uno de sus miembros– frente a los restantes poderes estatales, o grupos o fuerzas sociales de presión; y en su vertiente interna –que realmente se corresponde con el aspecto subjetivo de su imparcialidad– o relación del juez encargado de un asunto con las partes que promueven el mismo. Así las cosas, el auténtico sentido de la independencia judicial debe centrarse en el primero de los supuestos apuntados, considerando que supone, no ya sólo la separación de los diversos poderes del Estado, sino un plus respecto de la misma, por cuanto aquélla permite considerar a los distintos poderes del Estado en su visión estática, mientras que la independencia incorpora una visión dinámica, relativa a la *reserva funcional* de que se trata en cada caso y que les viene constitucionalmente atribuida.

3. Legitimación de los jueces y magistrados por la Constitución

Desde este punto de vista, sería la Constitución la fuente de legitimación de los Jueces. Para el caso español, al proclamar el texto de 1978, en su artículo 1-2 que «la soberanía nacional reside en

el pueblo español, del que emanan los poderes del Estado» y configurar después el Poder Judicial declarando en el artículo 117-1 que «la justicia emana del pueblo y se administra en nombre del Rey por jueces y magistrados integrantes del poder judicial, independientes, inamovibles, responsables y sometidos únicamente al imperio de la Ley». Éste sería un argumento eminentemente formal, y que de suyo carecería de sustantividad propia para fundamentar la cuestión que tratamos, y con la relevancia a que nos conduce cuál sea el planteamiento que se sostenga, como hemos anticipado con anterioridad, tanto más si la referencia a la Ley la entendemos, asimismo, en el sentido de Ley formal y no como sinónimo de ordenamiento jurídico, pues descansaría en una pura tautología, que no se plantearía, sustancialmente, el supuesto de la cuestión.

Los problemas de delimitación de la discrecionalidad judicial

Es admitido mayoritariamente que el juez cuando aborda la resolución de un conflicto que se le plantea, deambula por el campo de la normatividad positiva en orden a delimitar cuál sea la premisa menor del argumento a desarrollar para alcanzar la conclusión que estima debida a partir de la conformación de la *questio facti* y, superado el dogma de la plenitud positiva de la ley, es claro que goza de un ámbito de discrecionalidad en el marco del ordenamiento en orden a conformar aquella premisa normativa. El problema que ahora se plantea es el relativo a cuáles sean los contornos, los límites de esa discrecionalidad judicial, esto es, replanteando la tensión –radical– entre las tesis antiformalistas y las tesis procedimentales.

En una primera aproximación a la cuestión, debe recordarse ^⑧ que la mayor parte de las técnicas constitucionales de garantía de los derechos y libertades se reducen a una forma cualquiera de control jurisdiccional; sin embargo, es de ver que, correlativamente, la jurisdicción pudiere parecer que no está sujeta a control de ninguna clase, en razón a que, en última instancia, ningún control se dispensa sobre las decisiones de los tribunales constitucionales o sobre los tribunales de casación (o el tribunal superior, de última instancia, de que se trate). Ahora bien, este posicionamiento apuntado deriva de una concepción equivocada y ya superada, a saber, aquélla que en el liberalismo sostenía que la jurisdicción es, simplemente, conocimiento y aplicación de normas positivas preexistentes, es decir, una concepción que estima que el poder judicial no es un poder normativo. Pero esta consideración está hoy ampliamente superada, admitiéndose mayoritariamente que el poder judicial es también un poder normativo y, por ende, un poder político, surgiendo entonces la necesidad de estatuir las técnicas de garantía del derecho a la libertad incluso frente al poder judicial. En este sentido, la discrecionalidad judicial se ve favorecida, como correctivo instrumental e ideológicamente neutro en el marco de la ideología constitucional, en la medida en que el legislador recurra a expresiones indeterminadas, vagas u oscuras, así como en los casos en que se incurra en situaciones de asistemática legislativa propiciando, *ab initio*, la diatriba en el intérprete aplicador de la opción por la salvaguarda de derechos fundamentales en conflicto o en tensión; la expansión del rol judicial supone el contrapeso a la paralela expansión de «lo político» en el Estado moderno, debiendo asumirse como criterio pacífico que un cierto grado de discrecionalidad, y aún de creatividad, es inherente a la labor interpretativa, posicionamiento éste que no hace sino reforzar la consideración de la jurisprudencia como auténtica fuente material de Derecho, en tanto que implica un factor clave de los Estados de Derecho para asegurar el ejercicio pleno de todas las libertades –pues supone el acogimiento de formas de participación dinámicas y activas por parte de los diversos operadores en

^⑧ Cfr. R. Guastini: «Legislación y Jurisdicción en la Teoría del Derecho», en *La crisis del Derecho y sus alternativas*, Cuadernos de Derecho Judicial, C.G.P.J. Madrid, 1995, págs. 262-317.

los procedimientos tendentes a la formación de actos jurídicos— pero que, desde luego, no resuelve en modo alguno la cuestión relativa a su consideración como fuente formal.

La función judicial precisa de una legitimidad democrática y tal recaba, desde luego, fuentes sustanciales o materiales de justificación, amén de la fuente formal; pues bien, una adecuada ponderación de las técnicas apuntadas, en el marco del proceso, realiza adecuadamente ambas, confiándose carta de naturaleza a la judicatura, cuya actitud mayoritaria realiza un ejercicio de racionalidad práctica dirigido hacia la decisión formal y materialmente correcta.

Sobre la jurisprudencia y su valor normativo

En los apartados anteriores, se ha hecho mención somera a la cuestión relativa a la discusión que todavía late en el ámbito de la dogmática jurídica en punto a si debe considerarse a la jurisprudencia como una auténtica fuente formal de Derecho, o solamente como fuente material; la resolución de este planteamiento exige un posicionamiento en cuanto a la asunción de la labor creativa de los titulares de la jurisdicción y al carácter vinculante y obligatorio que se asigne —más allá de la resolución del conflicto habido *inter partes*— a la jurisprudencia. Y ello, además, dejaría inconcusa una cuestión respecto de la que no puede decirse hoy día que la doctrina científica haya alcanzado solución pacífica. Se trata del problema relativo a la aducida tacha de aplicación retroactiva de la jurisprudencia, en cuanto que la solución judicial se dispensa en el dictamen de situaciones fácticas habidas en el pasado, y la incidencia de este planteamiento es tanto más intenso en los supuestos de resoluciones, no sólo que no puedan ser calificadas como *puramente interpretativas* o *meramente interpretativas*, sino incluso, en estos últimos casos, por la fuerza vinculante que quepa atribuir a tales decisiones en orden a la resolución de casos similares, sometidos a la jurisdicción en un momento posterior pero habidos físicamente *ex ante*. Tal consideración, de no venir adecuadamente corregida, o al menos entendida, vendría a entrar en colisión con uno de los rasgos esenciales de las normas jurídicas (en cuanto a su estructura interna) cual es, en orden al ámbito de aplicación temporal, el relativo a que las normas deben ser prospectivas y no retroactivas.

La seguridad jurídica es un valor que conforma presupuesto y función indispensable de los ordenamientos jurídicos de los Estados de Derecho, bien entendido que seguridad no es necesariamente sinónimo de normatividad positiva, y no se realiza, sin más, en la mera legalidad formal. La seguridad jurídica se conforma como un valor jurídico ineludible para el logro de los restantes valores constitucionales. En este orden de cosas, el moderno Estado constitucional pone en discusión el modelo determinista propio del Estado liberal, donde la muy limitada capacidad de los juristas en el ejercicio de la tarea interpretativa debía constreñirse a la aplicación de la letra de la ley y la búsqueda del propósito que guió el proceder del legislador, esto es, la *mens legislatoris*.

Hoy, la Constitución es pacíficamente considerada como auténtica norma y no como sólo como elenco programático, materialmente engloba normas sustantivas, en unos casos directamente aplicables y en otros, al menos impregnadas de un componente ideológico que conforma *prius* decisivo para la posterior tarea legislativa y aplicativa.

Con ello vendría a superarse, cuando no a tomar partido radicalmente inverso, la concepción estática de la Jurisdicción configurada por la sociedad decimonónica liberal, pues, con esta perspectiva, la alusión al *activismo judicial* no llevaría implícito, de suyo, un juicio negativo o

desfavorable, sino antes al contrario, se trataría de que el Juez comprometido con la realización efectiva de los derechos y libertades fundamentales configurados por el texto constitucional profundizase materialmente en los mismos, propiciando su interpretación evolutiva y extensiva, superando, desde luego, la *mens* del legislador ordinario y aún, incluso, la del propio constituyente; bien entendido que con ello no se pretende legitimar una toma de postura favorable por posiciones puramente decisionistas, pues el ejercicio correcto de la función jurisdiccional conlleva decidir sin ser un decisionista, el juez debe tratar de potenciar al máximo los aspectos cognoscitivos de su práctica, pero sin perder de vista que siempre quedará al menos un resto de voluntad y que, en consecuencia, juzgar significa siempre ostentar un poder [Ⓣ], debiendo ser pacífico que el modelo de juez en el moderno Estado de Derecho incorpora las notas decisivas de independencia, imparcialidad, pero no neutralidad, todo lo cual conduce a la consagración de un juzgador comprometido con el sistema de valores, principios y normas que informan e integran la Constitución y el resto del Ordenamiento jurídico, sin que quepa identificar independencia con neutralidad ideológica, ni mucho menos apoliticidad, sino compromiso y aceptación crítica con la Constitución y las leyes, siendo la motivación, esto es, la explicitación de las razones decisivas de la decisión que se adopta, un auténtico deber jurídico que implica un test de legitimidad de la actuación del juez, toda vez que el Estado democrático, en cuanto idea regulativa, implica que las decisiones de los órganos públicos no se justifican simplemente por razón de su autor, pues ello iría en contra, al menos en ocasiones, de las exigencias de la racionalidad práctica.

En los Estados modernos es aceptado que existe una etapa inicial de creación jurídica que se conforma en el establecimiento de una norma positiva fundamental, la Constitución, siendo en este sentido la Ley el primer estadio de su desarrollo aplicativo en el marco de una *política constitucional* diseñada genéricamente en aquélla. Pues bien, en este marco, la legislación y la jurisdicción no son sino etapas diferentes, de ordinario sucesivas, del proceso de creación jurídica cuyo sentido se encuentra –como ya dijera Kelsen hace medio siglo– orgánicamente en la distribución funcional que efectúa la Constitución entre los órganos que integran el aparato estatal. Y la importancia, y también la trascendencia, de la función jurisdiccional radica en la tarea de concreción de las normas de origen legislativo –que participan de las notas de generalidad y abstracción– para la resolución del conflicto particular que a su decisión se somete. No debe olvidarse que la norma de origen legislativo debe tener una esencial vocación de pervivencia en el tiempo, precisamente porque tal característica dotará de estabilidad al sistema al que por ende revestirá esencialmente de la nota de seguridad jurídica.

Pues bien, para el desenvolvimiento de esta labor de concreción del sentido de la ley resulta indispensable llevar a cabo su interpretación, y ello aun en los casos en que aparentemente la norma legal presenta una literalidad que se revela aparente. Es una falacia sostener la pretendida virtualidad de la máxima *in claris non fit interpretatio*, y ello por cuanto tal no supondría sino la conclusión, y en ningún caso el presupuesto, de la tarea interpretativa llevada a cabo. Pero en todo caso, el devenir cotidiano evidencia como el legislador ha empleado con cierta frecuencia formulaciones lingüísticas abiertas (tales como «orden público», «buen padre de familia», etc.) que evidencian la necesidad de interpretación ulterior por parte del aplicador, para integrar su sentido y alcance en el caso concreto. La experiencia judicial pone de manifiesto que no siempre tales cláusulas abiertas merecen el recurso a idéntico método interpretativo y, por ende, merecen idéntica conclusión en el proceso intelectual llevado a cabo por el aplicador, pero en todo caso debemos reconocer el carácter normativo al producto obtenido de la labor desenvuelta, que en ningún

Ⓣ Cfr. M. Atienza Rodríguez: «¿Qué puede hacer la teoría por la práctica judicial?» en *La crisis del Derecho y sus alternativas*, Cuadernos de Derecho Judicial, C.G.P.J., Madrid, 1995, pág. 250.

caso, en un marco de normalidad democrática, habría de venir tachada de arbitraria en coherencia con lo que se ha expuesto más arriba. Con ello reiteramos el carácter de fuente material de Derecho de la decisión judicial, pero permanecemos en el punto de partida en cuanto a la dilucidación de su carácter de fuente formal.

Ahora bien, la realización efectiva del valor seguridad jurídica, como función y también como presupuesto del Derecho, en sus vertientes objetiva y también subjetiva –esto es, la certeza jurídica–, exige que *a priori*, y mientras no se alteren las circunstancias que nos son conocidas pueda, al menos hasta cierto punto, objetivarse un cuerpo de doctrina integrado por los criterios que de manera constante y/o uniforme sostienen regular y reiteradamente los tribunales al resolver una suerte de conflictos concretos. Estamos haciendo mención al problema, no de los métodos de interpretación, sino antes bien, del alcance o el ámbito de la propia tarea interpretativa. Es una realidad innegable que existen elementos ideológicos en el trabajo hermenéutico-jurídico, y tal constatación supone sostener la presencia de un insuprimible momento de valoración moral o política, que cualitativamente no es distinto del que de igual manera se aprecia en las tareas legislativas o de gobierno. Pues bien, como quiera que la opción ideológica o política depende en buena medida de la concepción del Derecho que se mantenga, es claro que la debida cobertura del principio de seguridad jurídica debe implicar la fijación de unas reglas de interpretación uniformes, al menos en sentido relativo, pues sólo así se conciliará la legitimidad de la tarea del jurista con el concepto y la concepción de orden estatuido por el Derecho, en cada momento histórico, siendo consustancial a la ordenación jurídica existente en el marco de una sociedad democrática la idea del consenso, que es presupuesto del cumplimiento voluntario de las normas en cuanto que en las mismas los destinatarios ven realizados justos mandatos de orden y de paz, y ello bien entendido que las ideologías –en un sentido positivo– son las concepciones del mundo que funcionan como guía para la acción en el terreno ético, social y político.

Resulta decisivo, en este sentido, centrar la idea relativa a la vinculación de los criterios jurisprudenciales anteriores, toda vez que pudiendo entenderse como pacífico que tal vinculación en modo alguno puede resultar absoluta –pues ello vendría a cercenar la tarea del aplicador jurídico llamado precisamente a concretar y adaptar la norma legislativa abstracta a cada caso particular en cada momento histórico–, es claro que sí debe desplegarse aun de modo relativo, pues resultaría absolutamente contrario al principio de seguridad jurídica que el acto decisor pudiere, en cada momento, residenciarse en un puro voluntarismo subjetivo. Esto es, haciendo llamamiento de las notas relativas a la incidencia de los aspectos valorativo e histórico, se hace hincapié en un aspecto esencial de la filosofía hermenéutica, por más que la distancia en este punto respecto de los analíticos sea, cada vez, más pequeña, al tiempo que se revela la trascendencia de las cuestiones relativas a la sujeción y carácter vinculante de la jurisprudencia y, en un sentido más amplio, la vinculación del propio precedente.

Se destaca el papel esencial que despliega la jurisprudencia como elemento central de todo sistema jurídico, y ello resulta innegable. Cuestión conectada, pero diversa, es la relativa a cuál sea el fundamento de la exigencia de observancia y seguimiento del criterio jurisprudencial imperante, si es que tal existe, desde luego. En este sentido son lugar común las referencias al mandato de autoridad y también es de observar la referencia a la jurisprudencia anterior como una técnica de argumentación. Por lo que a esta última se refiere, es de destacar que parece una realidad práctica fácilmente constatable que en el *usus fori* es habitual que los jueces en sus decisiones efectúen referencias, más o menos constantes, a resoluciones del Tribunal Supremo (y aun

para consideraciones *obiter dicta* del Tribunal Constitucional) con las que dotan de mayor autoridad al sentido de su fallo, al tiempo que publicitan que el tenor de su decisión es acorde con el criterio que sustenta el más alto tribunal al respecto, que en este sentido le asiste en la razonabilidad y justificación de la misma.

La prohibición de *non liquet* que consagra el artículo 1-7 del Código civil español implica el deber inexcusable de resolver en todos los casos no pudiendo aducir un eventual supuesto de oscuridad o insuficiencia de la ley, con el límite centrado en la frontera de la discrecionalidad y la proscripción de la arbitrariedad. En el marco de la conformación y desenvolvimiento de la *política constitucional* cuyo simple esbozo ha realizado el legislador constituyente en el texto que alumbró como punto de partida del sistema, y en la decantación de la recta combinación (o de las posibilidades de combinación) de los «materiales» diseñados por aquél ¹⁰, incluso superando el criterio estático que en el tiempo del proceso constituyente pudo sustentarse, resulta decisiva, en el ámbito del Derecho Continental, la labor a desarrollar por el Tribunal Constitucional, en la recta inteligencia de que le corresponde a él determinar qué interpretaciones son las que resultan contrarias, en todo o en parte, a la Constitución, no pudiendo ser arrogada tal faceta por otro tipo de órganos, y ello aun sin obviar los problemas que puede plantear la determinación del alcance del artículo 5 LOTC. En este sentido, el Tribunal Constitucional español ha expuesto que «es cierto que todo proceso de desarrollo normativo de la Constitución implica siempre una interpretación de los correspondientes preceptos constitucionales, realizada por quien dicta la norma de desarrollo. Pero el legislador ordinario no puede dictar normas meramente interpretativas, cuyo exclusivo objeto sea precisar el único sentido, entre los varios posibles, que deba atribuirse a un determinado concepto o precepto de la Constitución» (STC 76/1983). De igual manera, se plantean severos problemas en punto a la dilucidación de los contornos ciertos de la regular actuación del Tribunal Constitucional, tanto en sus relaciones con el Legislador, como con los órganos de la jurisdicción ordinaria, y ello se plantea especialmente en los supuestos de las sentencias *interpretativas*.

En este orden de cosas, es evidente particularmente en el ámbito de los recursos de amparo la preocupación que muestra el Tribunal Constitucional por no invadir el ámbito de cobertura de la legalidad ordinaria, por más que con cierta frecuencia no haya caído sino en la tentación de explicitar cuál es la mejor interpretación de entre las varias posibles, y no siempre resulta pacífico en el supuesto particular deslindar cuando se trata de una cuestión de legalidad ordinaria y cuando, aunque tal se presente, resulte afectante a derechos fundamentales.

Las sentencias interpretativas se enmarcan en el ámbito del principio de *conservación de las normas*, conforme al cual una ley sólo puede ser contraria a la Constitución y por tanto debe ser expurgada del Ordenamiento, cuando no admita ninguna interpretación conforme a la Constitución. En palabras de nuestro Tribunal Constitucional (en Sentencia 5/1981, Fundamento jurídico sexto) son sentencias interpretativas «aquéllas que rechazan una demanda de inconstitucionalidad o, lo que es lo mismo, declaran la constitucionalidad de un precepto impugnado en la medida en que se interprete en el sentido que el Tribunal Constitucional considera como adecuado a la Constitución, o no se interprete en el sentido (o sentidos) que considera inadecuado».

En todo caso, el planteamiento expuesto mantiene inconcusa la problemática que se plantea en los supuestos de evolución jurisprudencial con explicitación de variación de criterio afectante a la situación particular planteada a la resolución de los órganos del Poder Judicial. Reiterando una idea ya expuesta más arriba, una de las tachas esenciales que se plantean a la jurisprudencia para venir a considerarla como fuente del Derecho es su falta de estabilidad y permanencia, si bien es pre-

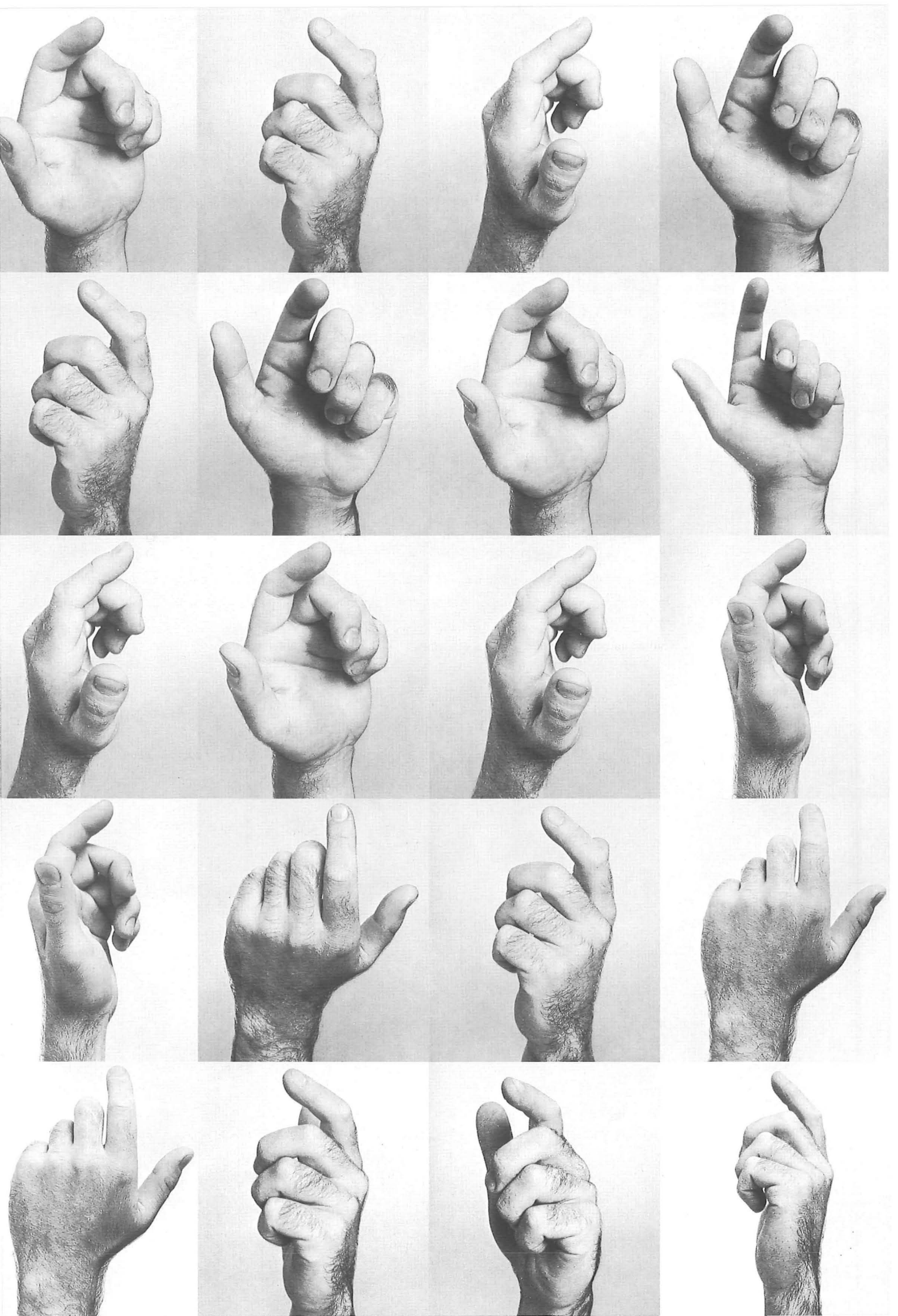
¹⁰ Cfr. G. Zagrebelsky: *El derecho dúctil*, Trotta, Madrid, 1995, pág. 13.

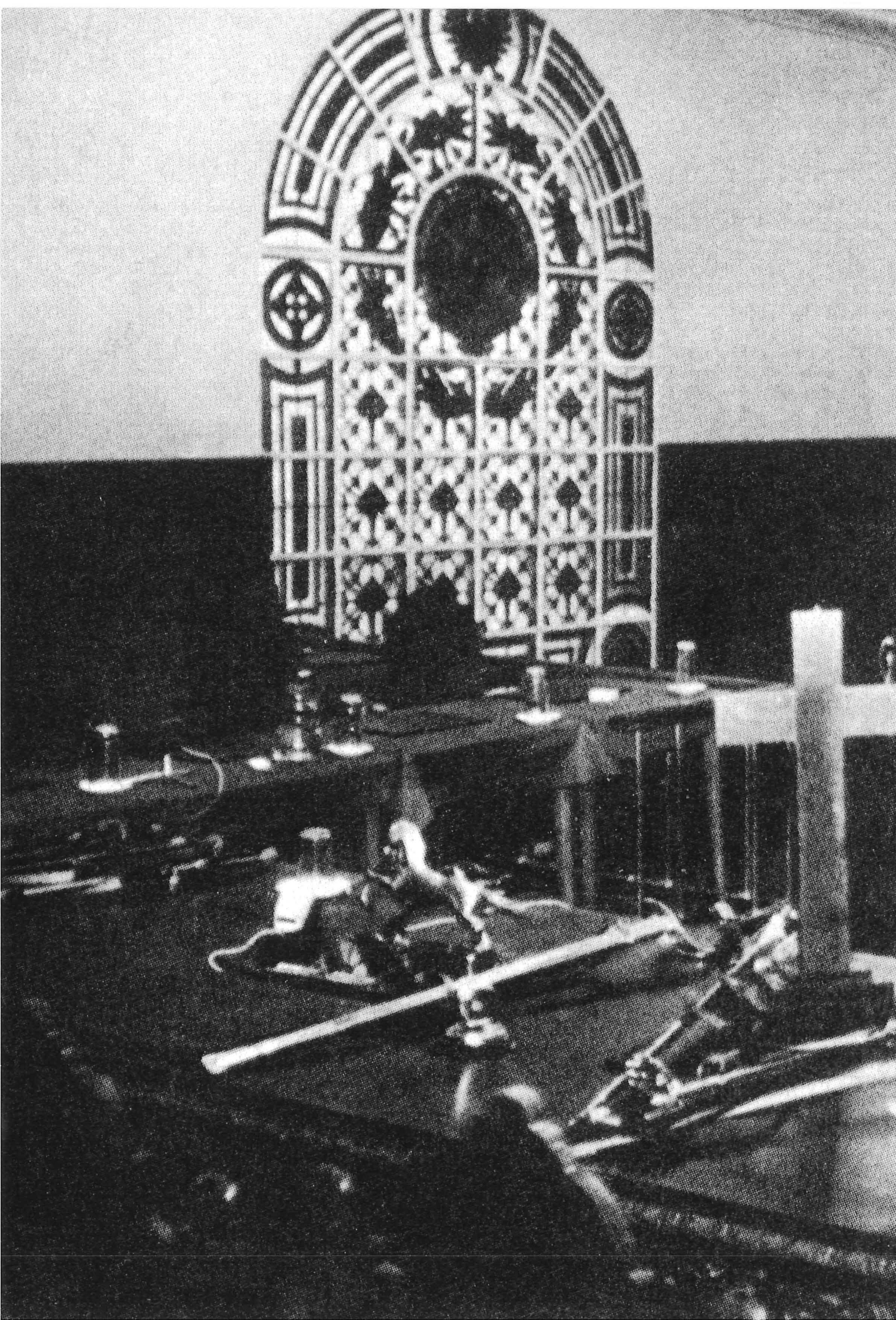
cisamente ese uno de sus principales rasgos, pues es una de sus tareas principales la adecuación normativa al caso particular en atención a la realidad social imperante al tiempo de realizar el enjuiciamiento. Pero el juez no es absolutamente libre ya que amén del sometimiento elemental a la ley inherente a todo planteamiento democrático, la vigencia del principio de seguridad jurídica –y en particular la dimensión subjetiva del mismo, esto es, la certeza jurídica– implican, cuando no exigen, la existencia y vigencia de unos ratios de procedimiento decisorio estables. Estos ratios se reconocen, hoy día, en las tesis de la vinculación al precedente.

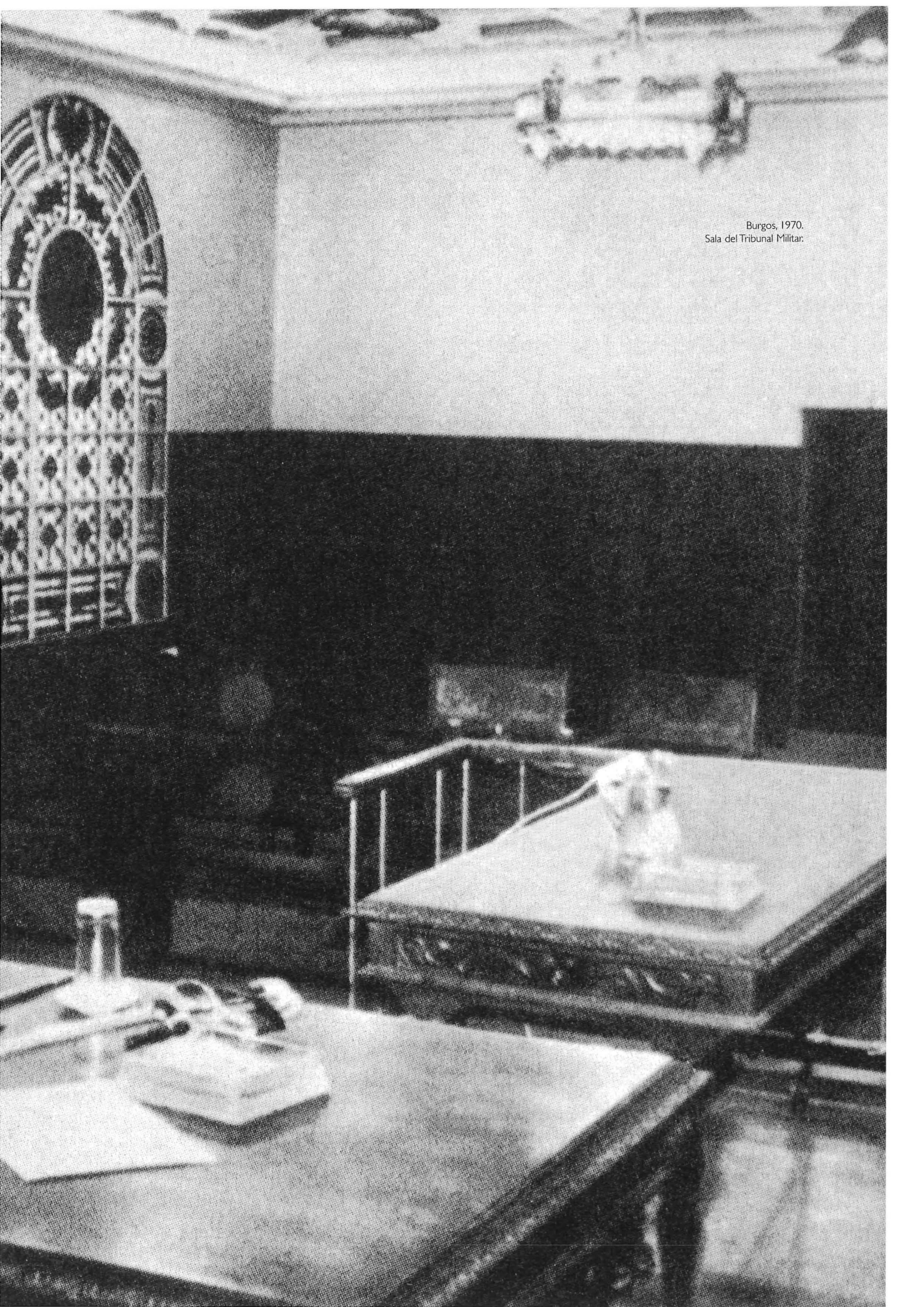
El planteamiento general que se configura sería el siguiente: la decisión judicial tiene que estar justificada en una razón que ya ha sido utilizada para justificar casos semejantes y que va a seguir siendo utilizada en el futuro para la resolución de casos similares. Así las cosas, surgen dos interrogantes, relativos a los supuestos de si es posible, o no, un cambio de criterio; en caso de que la respuesta sea afirmativa, se plantea el supuesto de determinar qué cautelas cabe exigir para llevarlo a efecto, y en otro caso, surge la cuestión del estancamiento de la jurisprudencia, y por ende, del sistema jurídico, que no seguiría la evolución del sentir de la sociedad. Parece una obviedad recordar que el último de los supuestos apuntados no habría de poder concebirse razonablemente, pues ello supondría la dejación de una de las funciones esenciales de la Jurisdicción cual es de llevar a efecto la adecuación normativa al caso particular en atención a la realidad social imperante al tiempo de realizar el enjuiciamiento, por más que en todo caso pueda pensarse que se trate de realizar una interpretación correcta (o más correcta) en relación a la que se sostenía hasta entonces.

En este sentido, surge la cuestión relativa a cuáles sean los mecanismos de procedimiento hábiles a fin de facilitar la realización de tal función al tiempo que se tutela adecuadamente el principio de seguridad jurídica, dicho de otro modo, al tiempo que se proscribe el supuesto de puro voluntarismo decisionista. La exigencia de certeza no permite que la elección final entre las interpretaciones alternativas sea únicamente el resultado del uso del poder. Un buen diálogo justificatorio sigue y observa siempre las premisas de la *argumentación racional*, tendente a lograr la convicción del auditorio respecto al acierto del pronunciamiento efectuado. Queda, de este modo, claramente deslindado el campo de la justificación interna o racionalidad de la decisión y el campo de la justificación externa o razonabilidad, entendiéndose que aquélla queda completada cuando, de modo congruente, se reduce efectivamente la incertidumbre jurídica hasta lograr el máximo de certidumbre en que culmina el concreto pronunciamiento; la segunda, por su parte, viene referida a la publicidad ante terceros del proceso intelectual llevado a efecto por el Juez, haciendo un juicio de los motivos que le han llevado a *su* decisión.

El principio constitucional de independencia de los miembros del poder judicial en el ejercicio de su potestad debe conjugarse con los derechos fundamentales igualmente constitucionalizados de *seguridad jurídica e igualdad ante la ley*, cuestión particularmente relevante en los supuestos de laguna o antinomia del ordenamiento positivo. La conjunción de estos principios lleva a la conclusión de que el juez sólo aparece vinculado a su propio precedente jurídico, en cuanto titular de la potestad de juzgar, de tal suerte que no puede apartarse de él ligeramente so pena de sorprender –y por ende, quebrar la seguridad jurídica y la igualdad ante la ley del justiciable auditorio–, de manera que se excluye así el ominoso supuesto de vulneración del principio de igualdad cuando la resolución finalmente dictada no aparezca como resultado de un mero voluntarismo selectivo frente a casos anteriores resueltos de un modo diverso.







Burgos, 1970.
Sala del Tribunal Militar.

er

GNER HANNOVER

ER

tt

usturm

und

ach

463569

Keine

SIE



Sie?
23
Sonntag

BLAUER VOGEL

Handwritten signature