

LA APLICACIÓN DEL DERECHO

M.^a ISABEL GARRIDO GÓMEZ. Profesora Titular de Filosofía del Derecho de la Universidad de Alcalá (España)

Como punto de partida, en este estudio titulado “La aplicación del Derecho” lo que pretendo subrayar es que las normas se promulgan teniendo en cuenta unos hechos, unas conductas y unas necesidades sociales que hay que regular. La especificación normativa presupone una instancia reguladora de la realidad que nos ocupa, debiendo incluir la técnica legislativa vías para llevar a cabo el contenido que las normas establecen. Esto se traduce en que los órganos judiciales han de hacerlas cumplir valorando la gran variedad de circunstancias incluidas en su generalidad y abstracción, lo cual denota la pretensión de poseer validez en los casos comprendidos dentro de su contenido. En consecuencia, la operación no es fácil ya que las sociedades son cambiantes, al igual que las necesidades que demandan ser reguladas en cada momento.

Desde este punto de vista, en el supuesto de que lo que pretendamos sea simplemente justificar la aplicación judicial de las normas, nos conformaremos con la técnica del silogismo judicial; mas, si de lo que se trata es de justificar las resoluciones de los poderes discrecionales, entonces se ha de ver qué criterios son los que se han de emplear para evaluar los instrumentos que determinen el medio óptimo que efectúe o maximice el fin perseguido. Esta operación habrá de hacerse considerando los fines y valores contenidos en el ordenamiento jurídico y mirando hacia las consecuencias futuras, y ella es la que defenderé a lo largo de estas páginas.

1. LAS DECISIONES JUDICIALES DENTRO DE UN ESTADO DE DERECHO PERTENECIENTE AL SISTEMA JURÍDICO CONTINENTAL

Siguiendo los postulados precedentes, es posible decir que la aplicación de las normas jurídicas exige una correspondencia entre los preceptos jurídicos y los casos de la vida real, decidiendo la prudencia judicial cuál debe ser la aplicación determinada¹. Una diferencia que debe ser tenida en cuenta llegados a este punto es la que impera entre la creación judicial de normas y su simple creación². La primera posibilidad no es admisible en los actuales sistemas jurídicos continentales, a causa de que iría en contra del principio de legalidad y de la obediencia a la ley que los jueces tienen que prestar en la realización de su actividad. Contrariamente, la segunda sí se permite al centrarse en la deducción y extensión de normas jurídicas que previamente forman parte del ordenamiento.

Ahora bien, frente a las posiciones que mantienen que las sentencias judiciales son catalogables como normas jurídicas individuales y que, al dictarlas, los jueces crean Derecho, son ilustrativas las cinco tesis que enuncia Bulygin³: a) Las sentencias judiciales encierran normas jurídicas generales y singulares; b) el juez no crea normas individuales, sino generales, por lo menos en algunos supuestos; c) las citadas normas no son obligatorias, si bien pueden adquirir vigencia, formando, en este caso, parte del orden jurídico; d) en lo que se refiere a la creación judicial del Derecho, una aportación muy interesante es la formulación de definiciones de los conceptos jurídicos; y e) la jurisprudencia se conceptúa como “el conjunto de normas generales vigentes creadas por los jueces y de definiciones formuladas por ellos”.

En el sentido expuesto, la respuesta a los interrogantes suscitados dependerá del sistema jurídico del que partamos. Dentro del sistema europeo-continental, podemos decir que toda decisión de los jueces termina con un fallo

¹ QUINTANA BRAVO, F., *Prudencia y justicia en la aplicación del Derecho*, Edit. Jurídica de Chile, Santiago, 2001, p. 241; TARELLO, G., *Cultura jurídica y política del Derecho*, trad. de I. Rosas Alvarado, Fondo de Cultura Económica, México, D.F., 1995, p. 149.

² ASÍS ROIG, R. de, *Jueces y normas. La decisión judicial desde el Ordenamiento*, Marcial Pons, Madrid, 1995, pp. 89 y ss., y 97 y ss.

³ BULYGIN, E., “Sentencia judicial y creación de Derecho”, en ALCHOURRÓN, C.E. y BULYGIN, E., *Análisis lógico y Derecho*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1991, p. 355.

que debe justificarse en una norma general sin que se produzca una creación plena. Sin embargo, debido a que los pasos por los que ha de atravesar la aplicación de las normas jurídicas antes de dictar el juez su fallo nos remiten a la constatación de los hechos, a la búsqueda de la norma aplicable y a la calificación jurídica del hecho, se pone de relieve que las actividades realizadas están teñidas en gran parte de juicios valorativos.

Si profundizamos más, apreciamos que la resolución no puede ser arbitraria aunque el juez cree normas decidiendo desde varias normas y construyendo un enunciado a partir de ellas. De ahí que la pregunta que surja ahora sea la de si son parte del ordenamiento jurídico, apoyándose la respuesta negativa en los argumentos de la aplicación y de la no-incrustación. El primero se reafirma en que a los jueces les compete la aplicación de normas previas, y el segundo se conecta con la vinculación a los precedentes judiciales, manteniendo que, aun si reconocemos la posibilidad de que los jueces creen normas, estas no son válidas ya que una de las notas de la validez es la pertenencia, lo que acarrea la vinculación del precepto a casos que acontezcan posteriormente. A título ilustrativo, según el Derecho español, es conveniente no confundir lo que es considerado como solución derivada de la práctica judicial y la solución jurídico-positiva. En cuanto a la práctica judicial, estas instancias usan decisiones que se han dictado anteriormente para justificar sus fallos; no obstante, en el campo jurídico-positivo no hay una obligación de hacerlo⁴.

De esta forma, por medio de la motivación de las sentencias, se pretende que el juzgador manifieste las razones de su decisión apoyándose en el derecho del justiciable y en el interés legítimo de la comunidad en conocerlas; que se compruebe que la decisión judicial que se adopta no es contraria al ordenamiento vigente; que las partes o la comunidad tengan la información necesaria para recurrir, si procede, la decisión; y que los tribunales competentes posean la información que se precisa para vigilar la correcta

⁴ ASÍS ROIG, R. de, "La creación del Derecho", en PECES-BARBA MARTÍNEZ, G., FERNÁNDEZ GARCÍA, E. y ASÍS ROIG, R. de, con la colaboración de M.J. Fariñas, A. Llamas, J. Ansuátegui, J.P. Rodríguez y J.M. Sauca, *Curso de Teoría del Derecho*, Marcial Pons, Madrid, 2000, pp. 214 y ss.

interpretación y aplicación del Derecho⁵. Así las cosas, la racionalidad se pormenoriza en función de la consideración de las normas y de los hechos. Los jueces deben razonar discurrendo razones comunicadas argumentativamente y el respeto a la ley no garantiza 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 funda en los criterios de oportunidad y de utilidad ante un conflicto de derechos con la satisfacción del mayor número posible de personas⁶.

Pero estas ideas no se pueden hacer inteligibles de modo integral si no las enmarcamos en el terreno de la discreción judicial, cuyo elemento principal es la elección entre diversas posibilidades reales mutuamente excluyentes, de manera que, en un sentido fuerte, tener discreción significa que no hay una respuesta correcta. La vinculación recae en la presencia o ausencia de ciertos hechos relacionados con los comportamientos lingüísticos en una comunidad o los actos normativos de una autoridad⁷.

Al hilo de esta afirmación, la aplicación de las normas jurídicas representa una actividad racionalizadora dirigida a los titulares del derecho a la jurisdicción, siendo de especial importancia ver a quién le corresponde decir la última palabra en materia de Derecho, lo cual se conecta con la soberanía y el origen del ordenamiento⁸. Con tales coordenadas, se debe tener en cuenta que, a la hora de abordar si las decisiones judiciales son predecibles, la complejidad crece y se produce alguna confusión porque los modelos de conexión son muy diversos conllevando respuestas igualmente diferentes según sea la relación entre los jueces y la esfera socio-política. Esa tipología se

⁵ Sobre el tema, ver las posiciones de ASÍS ROIG, R. de, *Jueces y normas. La decisión judicial desde el Ordenamiento*, cit., p. 111, y GASCÓN ABELLÁN, M., *Los hechos en el Derecho. Bases argumentativas de la prueba*, Marcial Pons, Madrid, 2004, pp. 193 y 194.

⁶ 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" y aplicación judicial del Derecho*, Lex Nova, Valladolid, 2000, pp. 216 y ss.; SEGURA ORTEGA, M., *La racionalidad jurídica*, Tecnos, Madrid, 1998, pp. 118-120.

⁷ ALCHOURRÓN, C.E. y BULYGIN, E., *Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas y sociales*, Astrea, Buenos Aires, 2006, pp. 63-65; PRIETO SANCHÍS, L., *Ideología e interpretación jurídica*, Tecnos, Madrid, 1993, pp. 90-92.

⁸ CIURO CALDANI, M. Á., *Filosofía de la jurisdicción: con especial referencia a la posible constitución de un Tribunal judicial del MERCOSUR*, Rosario (Argentina), 1998, p. 77.

resume en el juez *ejecutor*, con “baja creatividad judicial y baja autonomía política”, el cual aplica simplemente la voluntad legislativa. Este tipo ha sido sustituido por el modelo “consensual”, que defiende la aplicación del Derecho conformada por el punto de vista de la sociedad. El juez *guardián*, con “baja creatividad jurisprudencial y alta autonomía política”, caso en el que la aplicación judicial se apoya en los derechos de las partes. El juez *delegado*, con “alta creatividad jurisprudencial y baja autonomía política”, el cual procede cuando no existe una respuesta clara de las normas jurídicas, sometido a límites mucho mayores y más rígidos que el legislador. Y el juez *político*, con “alta creatividad jurisprudencial y alta autonomía política”, característico del realismo jurídico norteamericano y del movimiento *Critical Legal Studies*⁹.

2. LAS FUNCIONES DE LA SEGURIDAD Y LA IGUALDAD EN LA APLICACIÓN DEL DERECHO

Para una mejor comprensión de los postulados que deben regir la actividad judicial en lo atinente a la aplicación del Derecho, la tradicional confrontación entre los partidarios del logicismo y el creativismo judicial no ofrecen muchas alternativas intermedias que desarrollen formas de entendimiento. Un modelo aceptable tendría como punto de arranque la calificación previa de la controversia y de los límites jurídicos y fácticos del caso, cuestión compleja en el empleo 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 acarrea una actividad interpretativa, demandando muchas veces la adjudicación de significado al criterio elegido sin que se eluda que el juez tiene que fijar lo que *verdaderamente* ha sucedido en la selección, evaluación y descripción fáctica¹⁰.

Estas ideas nos conducen a enfatizar la trascendencia que tiene la seguridad, la cual ha dejado de ser contemplada como un valor enemistado

⁹ RODRÍGUEZ-TOUBES MUÑÍZ, J., *Principios, fines y derechos fundamentales*, Instituto de Derechos Humanos “Bartolomé de las Casas” de la Universidad Carlos III de Madrid, Madrid, pp. 112-114.

¹⁰ RUIZ MIGUEL, A., “Creación y aplicación en la decisión judicial”, *Anuario de Filosofía del Derecho (España)*, t. I, 1984, pp. 7-16.

con la justicia para pasar a ser vista como un conjunto de dimensiones éticas que vendrían a formar parte de la llamada justicia formal¹¹. No hay duda de que las exigencias de la seguridad del Derecho en la fase analizada constituyen un medio idóneo para garantizar el respeto de algunos valores, cuya realización se estima imprescindible para el logro de un orden social justo.

Los requerimientos de la seguridad del Derecho permiten crear algunos de los presupuestos de la libertad. Esta es una de las características del liberalismo clásico, apreciada por Montesquieu, Locke y Humboldt¹². De semejante modo, algunos piensan que sobre las reivindicaciones de la seguridad del Derecho se erige un orden jurídico que protege el valor de la igualdad. Muchas reclamaciones de la seguridad jurídica serían, simultáneamente, principios de igualdad formal, siendo la generalidad de las normas, la prohibición de las discriminaciones arbitrarias o la fuerza vinculante del precedente, algunas de las que conectan directamente con la igualdad entendida como igualdad de trato. O también se cree que, probablemente, sea más correcto suscribir que algunos principios jurídicos tradicionalmente relacionados con la igualdad de trato son, más bien, concreciones o requerimientos de la seguridad jurídica. Que las normas sean generales y su aplicación uniforme constituiría, más que una expresión del valor de la igualdad, una reclamación de la seguridad jurídica¹³. La certeza y la confianza de los ciudadanos en el Derecho no encajan fácilmente con un marco jurídico que introduce diferencias injustificadas en sus normas y actos de aplicación; de lo que se desprende que la seguridad jurídica ha de actuar como un imperativo

¹¹ PÉREZ LUÑO, A.E., *La seguridad jurídica*, Ariel, Barcelona, 1994, pp. 21 y 22.

¹² Montesquieu vincula la libertad a la seguridad personal y esta a la seguridad del Derecho. "La libertad consiste en la seguridad, o al menos en la opinión que se tiene de la propia seguridad [...], la seguridad del ciudadano depende principalmente de que las leyes criminales sean buenas" (MONTESQUIEU, C., *Del espíritu de las leyes*, XII, II).

Von Humboldt define la seguridad que debe proporcionar el Estado a los ciudadanos como la certeza de la libertad concedida por la ley. Se trata de una expresión sintácticamente ambigua pero que, de acuerdo con el autor, debe interpretarse como la seguridad de aquella libertad que ya ha sido reconocida por el Derecho y no cualquiera otra que se reclame. HUMBOLDT, W. von (1792), *Los límites de la acción del Estado*, estudio preliminar, trad. y notas de J. Abellán, Tecnos, Madrid, 1988, Cap. IX.

¹³ GASCÓN ABELLÁN, M., *La técnica del precedente y la argumentación racional*, Tecnos, Madrid, 1993, p. 59. Sobre estas cuestiones, ver ZAPATERO, V., GARRIDO GÓMEZ, M.I. y ARCOS RAMÍREZ, F., *El Derecho como proceso normativo. Lecciones de Teoría del Derecho*, Universidad de Alcalá, Alcalá de Henares (Madrid), 2010, pp. 212 y ss.

dirigido al Derecho con vistas a que se vertebre y funcione con regularidad, sin distinciones que puedan ser imprevisibles y arbitrarias.

De otra parte, no se debe olvidar que el principio de igualdad en la aplicación judicial de la ley actúa como si se tratara de un parámetro determinante de la adecuación de las resoluciones de los jueces a la Constitución. En este sentido, el tratamiento que nuestro Tribunal Constitucional da a este tipo de igualdad es más complicado técnicamente que el de la igualdad en el contenido de la ley, orientándose su labor a la elaboración de una fórmula de equilibrio que salve la contradicción entre el principio de libertad de la interpretación judicial y el de la igualdad aplicativa de la ley. Ahora, si esta ni busca ni puede garantizar la identidad de trato de los supuestos que son iguales, lo que se quiere garantizar es que no se actúe arbitrariamente a la hora de interpretar y aplicar las normas¹⁴. En suma, no son admisibles las decisiones *ad personam* y solo se pueden admitir los criterios de diferenciación entre personas o situaciones contenidas en la norma.

Mas el modelo descrito, que emana desde la Revolución francesa, comenzaría a chocar con la realidad desde comienzos del siglo XIX pues la formalización de la separación de poderes rompía con la heterogeneidad material de las propias funciones. Ciertamente, desde una época temprana se produjo una disgregación de la concepción del juez. Por una parte, actuaba el ordinario que aplica el Derecho civil, el penal y el mercantil; y, por otra, el que posee naturaleza contencioso-administrativa. Igualmente, la función legislativa se fue haciendo cada vez más compleja y más heterogénea, el concepto del legislador como representante de la voluntad general fue perdiendo consistencia, al tiempo que su tarea se formalizaba y los individuos no se encuadraban en un todo homogéneo de seres iguales, sino en un todo

¹⁴ MARTÍNEZ TAPIA, R., *Igualdad y razonabilidad en la justicia constitucional*, Universidad de Almería, Almería, 2000, pp. 136-138; OLLERO TASSARA, A., "Igualdad ante la ley y uso alternante del Derecho", en BETEGÓN, J., LAPORTA, F.J., PÁRAMO, J.R. de y PRIETO SANCHÍS, L. (coords.), *Constitución y derechos fundamentales*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2004, pp. 493-536.

heterogéneo constituido por muchos grupos diferentes entre sí que subsisten en situaciones reales distintas¹⁵.

Clásicamente, por tanto, la igualdad en la aplicación de la ley se diseña como un derecho absoluto, porque, una vez que ha sido definido por el legislador, el aplicador no puede hacer entre los titulares de los derechos u obligaciones más diferenciaciones que las que ella establece, tratando a todos por igual. El *tertium comparationis* se incluye dentro de la norma y el aplicador ha de considerar lo que dijo el legislador¹⁶. El término de comparación es una situación jurídica que se compone por el hecho más la consecuencia (jurídica) y se contrapone a la situación (jurídica) impugnada. No obstante, como se quiere juzgar si hay una similitud entre ellas y la consecuencia es distinta en la práctica, acaba siendo un juicio sobre la similitud o diferencia entre los supuestos de hecho. Ese término se ha de alegar por el actor y no se obliga al tribunal a admitir su validez, no debiéndose aceptar cuando el que se elige es una práctica ilegal, ni cuando entre el supuesto de hecho que se sustancia y el término de comparación alegado haya una diferencia preexistente y originaria¹⁷. Los jueces buscan lo más adecuado, la solución que comporte el menor sacrificio compatible con la mayor satisfacción de otro bien o valor. Sin embargo, en el enjuiciamiento de leyes, aparece una función negativa puesto que se pretenden excluir las soluciones que implican el sacrificio de un principio que no es tolerable en presencia del cumplimiento de otro¹⁸.

Desde estos parámetros, se percibe que el principio de igualdad en la aplicación judicial de la ley precisa que no sea posible modificar arbitrariamente el sentido de sus decisiones en casos sustancialmente idénticos y, cuando se estime que debe haber un apartamiento de sus precedentes, la justificación

¹⁵ RUBIO LLORENTE, F., *La forma del poder. Estudios sobre la Constitución*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1997, pp. 638 y ss.

¹⁶ 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*, Escuela de Derecho de la Universidad Diego Portales, Santiago (Chile), 2000, pp. 111 y ss.; GIMÉNEZ GLÜCK, D., *Juicio de igualdad y Tribunal Constitucional*, Bosch, Barcelona, 2004, pp. 71 y ss.

¹⁷ GIMÉNEZ GLÜCK, D., *Juicio de igualdad y Tribunal Constitucional*, cit., pp. 71-75.

¹⁸ PRIETO SANCHÍS, L., *Justicia constitucional y derechos fundamentales*, Trotta, Madrid, 2003, p. 214.

habrá de ser suficiente y razonable. En torno a este punto, el Tribunal Constitucional español reconoce que la contradicción puede ocasionarse entre resoluciones pertenecientes a distintos órganos jurisdiccionales, estableciendo la compatibilidad del principio de igualdad en la aplicación de la ley con el de la independencia judicial. Por eso, el restablecimiento de la igualdad vulnerada corresponde a los órganos superiores mediante los recursos ordinarios y extraordinarios. De la jurisprudencia constitucional también se sigue el respeto a la legalidad interpretativa ejercitada por los órganos judiciales ordinarios. No es factible entrar a valorar las razones del cambio de criterio ni si hay una evolución de las normas. Aquella se recoge en la resolución judicial en cuestión, cabiendo valorar la incidencia de los criterios interpretativos por los órganos judiciales en toda la primera etapa de vigencia de nuestras normas coherentemente con la Constitución.

3. ALGUNOS DE LOS PROBLEMAS QUE SE PRESENTAN EN LA APLICACIÓN JUDICIAL DE LAS LEYES

Primeramente, se aprecia que la formulación lingüística que emplea el legislador está hecha para establecer razones para la acción o, lo que es lo mismo, las razones jurídicas configuran el discurso jurídico prescriptivo¹⁹. Desde la óptica que utilizamos, la ambigüedad y la indeterminación se ven incrementadas en función de que el Estado de Derecho traduce un modelo político-jurídico, que se sintetiza en el desenvolvimiento de los miembros de la sociedad desde el reconocimiento de su igualdad y la restricción en las atribuciones de los órganos estatales en lo que respecta a su actuación²⁰. Implica un Estado sometido al Derecho, contrapuesto a cualquier fórmula de absolutismo o totalitarismo con poder ilimitado, jurídicamente hablando o, por lo menos, insuficientemente regulado y sometido que se enfrenta a varios problemas, los cuales inciden en la actividad aplicadora de los jueces²¹. Algunos de ellos son los siguientes:

¹⁹ BERNAL PULIDO, C., *El Derecho de los derechos. Escritos sobre la aplicación de los derechos fundamentales*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2005, p. 110.

²⁰ PRIETO SANCHÍS, L., *Justicia constitucional y derechos fundamentales*, cit., p. 189.

²¹ FERRAJOLI, L., *Derechos y garantías. La ley del más débil*, cit., pp. 15 y ss.

En primer lugar, hemos de citar el problema de las lagunas, el cual viene conectado con la característica de la integridad de los ordenamientos, lo que designa su ausencia o, desde otra óptica, completud, gracias a que cada caso es resoluble. Esta propiedad representa en la doctrina una concepción estatista del Derecho y es el movimiento codificador el que simboliza tal actitud²². Si conceptuamos la laguna en el sentido de que no hay una norma para resolver un caso, el problema es ¿cuál es el criterio que hay que utilizar para saber si realmente hay o no una carencia normativa?²³ Para llenar los vacíos normativos, los Códigos modernos se sitúan, a grandes rasgos, en el mantenimiento de un sistema analógico autointegrador o de un sistema de heterointegración judicial²⁴.

En especial, conviene recalcar que la operatividad judicial es creativa cuando tiene ante sí lagunas y valora los vacíos jurídicos; si bien las reglas para integrarlas pueden ser contradictorias, habrá de existir una decisión en cada caso para decantarse por una u otra. La multitud de fines a los que está llamado el Derecho, junto a la realización de la igualdad, limitan su efectividad de diversas formas y demuestran un altísimo grado de complejidad interna, de contradicciones y lagunas²⁵.

En segundo lugar, se debe poner en evidencia que, realmente, como ocurre con la plenitud, la coherencia es un ideal y no una realidad de los ordenamientos modernos que aspiran a poner en práctica la igualdad en el contenido de la ley, pues lo normal es que se presenten numerosas antinomias cuando un comportamiento sea deónticamente calificado de dos modos incompatibles en dos normas que forman parte del sistema jurídico, y haya un supuesto de hecho al que se le otorgan dos consecuencias no compatibles

²² BOBBIO, N., *Teoría general del Derecho*, trad. de E. Rozo Acuña, Debate, Madrid, 1998, pp. 224 y 225.

²³ CARACCILO, R.A., *La noción de sistema en la Teoría del Derecho*, Fontamara, México, D.F., pp. 27 y 28; SEGURA ORTEGA, M., "El problema de las lagunas en el Derecho", *Anuario de Filosofía del Derecho*, n.º 6, 1989, p. 301.

²⁴ BOBBIO, N., "Sul ragionamento dei giuristi", en COMANDUCCI, P. y GUASTINI, R. (eds.), *L'analisi del ragionamento giuridico*, vol. II, Giappichelli, Turín, 1989, pp. 6 y ss.

²⁵ FERRARI, V., *Acción jurídica y sistema normativo. Introducción a la Sociología del Derecho*, prólogo de M.J. Fariñas Dulce y trad. de A. Greppi, Dykinson, Madrid, 2000, pp. 273 y ss.

recogidas en dos formulaciones normativas diferentes²⁶. Tales antinomias se producen cuando dos o más normas regulan la misma conducta con el mismo ámbito temporal, espacial, personal y material, de manera contradictoria, esto es, declarando una de ellas que X es obligatorio y otra que X está prohibido. O que es obligatorio y, al tiempo, se permite negativamente, o que está prohibido y, simultáneamente, permitido. Cuando ocurre esto, estamos en presencia de una antinomia y decimos que el ordenamiento es incoherente²⁷.

En este punto sucede igual que lo reflejado en la plenitud: la cuestión no es que no tenga antinomias (la coherencia plena es imposible de obtener en unos sistemas políticos donde los poderes normativos son múltiples), sino que hay que saber si tiene mecanismos adecuados para resolver esas contradicciones normativas en el contenido de la ley. Nuestros ordenamientos jurídicos poseen varios criterios aplicables, el cronológico, el jerárquico, el de competitividad 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. Así las cosas, el conflicto normativo induce al aplicador de las normas a que use todos los criterios de interpretación viables, 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 normativa, problema que aumenta en el análisis de los principios y valores²⁸.

Claro está que estos principios no resuelven todos los conflictos posibles. No los resuelven cuando la contradicción se produce entre normas que son contemporáneas, están situadas al mismo nivel y son especiales o generales. En dichos supuestos, no es que se carezca de criterios para solucionar las antinomias, sino que hay varios aplicables que engendran

²⁶ ITURRALDE SESMA, V., *Aplicación del Derecho y justificación de la decisión judicial*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004, pp. 161 y ss.

²⁷ GAVAZZI, G., *Studi di teoria del diritto*, Giappichelli, Turín, 1993, p. 5.

²⁸ BOBBIO, N., *Teoría general del Derecho*, cit., 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.

resultados diferentes, siendo las más difíciles de resolver las de los criterios²⁹.

4. ESPECIAL CONSIDERACIÓN DE LA DISCRECIÓN JUDICIAL

4.1. Aspectos generales sobre la discrecionalidad judicial

A propósito de lo señalado, la discreción judicial es uno de los temas ineludibles para poder llegar a conocer en profundidad las cuestiones relativas a la aplicación de las normas jurídicas. Aun cuando esta clase de discreción se plantea en distintas vertientes, siendo M. Iglesias Vila una de las autoras que de forma más completa las desarrollan y resume las acepciones en el compendio de ciertas cualidades personales de los jueces cuando desempeñan su función. La aplicación del Derecho es una actividad que requiere la cualidad personal de la sensatez y de la prudencia. Ahora bien, la mayoría de la doctrina otorga a este significado un valor secundario, pues enlaza el discernimiento y el juicio con las dificultades de comprensión del Derecho y del lenguaje jurídico en los supuestos en los que se deben aplicar pautas abstractas e imprecisas. Otra designación, que podemos denominar *débil*, da cuenta de las situaciones a las que el Derecho no otorga una solución clara, necesitándose un conocimiento del lenguaje normativo para llegar a identificar la respuesta jurídica correcta. También hay autores que entienden por discreción judicial el margen de libertad que posee el órgano de adjudicación en la determinación de los hechos. Esta noción se une a los problemas de naturaleza epistémica, ya que hay una falta de información para determinar la versión de los hechos que más se acerca a la realidad. Por esta razón, la discreción en dicho campo es reconducible a la que hemos llamado *débil*. En tercer lugar, hablamos de discreción judicial como *definitividad* cuando nos referimos al carácter de algunas decisiones judiciales, caso de las que no están sometidas a revisión y hacen referencia a atribuciones de competencias relativas a la instancia a la que corresponde declarar en último grado, la cual es concretada por el Derecho. Finalmente, existe la discreción *fuerte*, según la terminología de Dworkin, que remite a la elección entre variados cursos de acción que tienen igual grado de validez y admisibilidad, y

²⁹ BOBBIO, N., *Contribución a la Teoría del Derecho*, ed. de A. Ruiz Miguel, Debate, Madrid, 1990, pp. 350 y ss.

que debe distinguirse de la *explícita*, extensible a los ámbitos en los que la autoridad competente deja explícitamente la determinación del resultado de su decisión al arbitrio de los jueces³⁰.

Concretamente, una de las líneas argumentales que a nosotros nos interesa es la que define la decisión discrecional como aquella que se toma entre dos, o más, soluciones igualmente válidas para el Derecho. Pero, en general, este argumento suele considerarse superado por aquel que sostiene su integración en el proceso de aplicación de la norma, la cual no llega a eliminar de la noción aportada el elemento de la libertad de elección. Su integración dentro del proceso de aplicación normativa recae en que no puede referirse a la totalidad de los elementos de una decisión, ni tiene su origen en normas aplicables al supuesto de hecho, ni en un *prius* respecto a la cuestión de fondo de la legitimidad de tal decisión³¹. Esto obliga a hacer continuas referencias tanto al poder, cuanto a la actividad y al acto discrecional. El poder es la fuente de legitimidad de la que emana la actividad, y el acto es la situación que habilita, permitiendo adoptar una serie de posibilidades de obrar. Por actividad se estima el medio que materializa el poder conferido explícitamente, o que conlleva la propia función realizada para que cristalice la justicia. La operación exigida es la de un juicio de valor a través de la correlación entre la exigencia presente en la formulación de la norma y una situación concreta³².

Las decisiones judiciales discrecionales y su defensa por la doctrina tienen una serie de causas que les sirven para legitimarlas y fundamentarlas,

³⁰ IGLESIAS VILA, M., *El problema de la discreción. Una aproximación al conocimiento jurídico*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1999, pp. 25 y ss. Sobre la discreción judicial, ver, entre otros: BARAK, A., *Judicial Discretion*, Yale University Press, New Haven, 1989; DAVIS, K., *Discretionary Justice: a Preliminary Enquiry*, University of Illinois Press, Urbana, 1969; GALLIGAN, D., *Discretionary Powers*, Clarendon Press, Oxford, 1986; HAWKINS, K. (ed.), *The Uses of Discretion*, Clarendon Press, Oxford, 1992; SCHAUER, F., *Playing by the Rules. A Philosophical Examination of Rule-Based Decision-Making in Law and Life*, Clarendon Press, Oxford, 1991.

³¹ MORTATI, C., Voz "Discrezionalità", en *Novissimo Digesto Italiano*, t. V, UTET, Turín 1981, pp. 1.098 y ss.

³² AZZARITI, G., "Premesse per uno studio sul potere discrezionale", en *Scritti in onore di M.S. Giannini*, vol. III, Milán, 1988, pp. 89 y ss.

las cuales vienen a desembocar en la consecución de la adecuación particular de las normas jurídicas a los casos que surgen en las relaciones sociales, para el logro de forma justa de una auténtica satisfacción de los intereses correspondientes. Se consuma la concordancia entre el Derecho y la vida, y derivativamente la realización de la justicia³³.

La primera de las causas aludidas se remite a la naturaleza de la relación litigiosa, debido a que existen supuestos en los que se estima su valoración como algo estrictamente indispensable. La discrecionalidad, en caso contrario, actuaría olvidando las notas consustanciales a la índole y fin de la relación jurídica de que se trate y las particularidades de los intereses ponderables; al lado de las consideraciones sociales humanitarias y de oportunidad, las exigencias de buena fe y muchos otros elementos de imposible enumeración. Por lo tanto, en la mayoría de las ocasiones las partes que se han sometido a la heterocomposición de sus desavenencias no se quedarían satisfechas³⁴.

El segundo fundamento consiste en la dificultad de conocer o enjuiciar un caso dimanante de la naturaleza del objeto de la contienda, íntimamente unido al fundamento anterior que solo es superable cuando se toma una de las decisiones discrecionales posibles. Problemática que se traduce en el desconocimiento de las características de un objeto, la evaluación de ciertas cualidades y la necesidad de efectuar pronósticos, expresada en dificultades técnicas las dos primeras y valorativas la tercera.

Pero la mera dificultad no convierte a una decisión en discrecional cuando el conocimiento o juicio correspondiente constituya el presupuesto de cierta actuación, porque desde el punto de vista del cumplimiento de la norma no es indiferente una u otra solución. Lo que ocurre es que, al tener que tomar

³³ A pesar de la gran diversidad de supuestos filosóficos y de criterios políticos, se mantiene siempre como una armonía (ver, paradigmáticamente, ARISTÓTELES, *Ética a Nicómaco*, Libro V).

³⁴ Seguimos paralelamente las afirmaciones de F. SAINZ MORENO referidas al fundamento de la discrecionalidad administrativa (*Conceptos jurídicos, interpretación y discrecionalidad administrativa*, Civitas, Madrid, 1976, pp. 305 y ss.). Ver también ROSS, A., *Sobre el Derecho y la justicia*, trad. de G.R. Carrió, EUDEBA, Buenos Aires, 2005.

una decisión, se hace prevalecer la eliminación inmediata de la incertidumbre sobre la búsqueda de la solución mejor, cuando esta búsqueda puede hacer ineficaz e injusta, por tardía, la solución que se tome; justificándose la adopción de resoluciones sobre materias discutibles, o no bien conocidas, con la atribución de un margen de confianza en que debe prevalecer la norma. De aquí que la dificultad *haga buena* la decisión dentro de unos límites de razonabilidad, siempre que el criterio de la norma no imponga una solución diferente³⁵.

Similarmente, no podemos olvidar la posición de los sujetos decisores de las controversias litigiosas que tienen la misión de juzgar y resolver los casos que se les presentan, y sobre los que tienen competencia, correspondiéndoles una función que exige dar soluciones discrecionales. Su tarea de realización del Derecho se concibe fundamentalmente como un fenómeno de solución de conflictos de intereses, satisfacción que ha de ser real, no generalizada y superficial, para que sea uno de los núcleos del orden societario en evitación de la venganza privada. La postura opuesta supondría una situación no satisfactoria en el grado deseado para los adversarios, creando una auténtica ficción, por lo que el decisor no estaría cumpliendo con las finalidades propias de su posición³⁶.

En último lugar, es citable la función social del Derecho presentada como *presupuesto* y *fin* de toda ordenación jurídica, al constituir el factor social la idea de que el Derecho no puede pensarse fuera de relaciones de interdependencia³⁷. En cuanto *fin*, la función social es un mero mostrar el contenido de las instituciones jurídicas, entrañando una reflexión del *para qué* de las mismas. En consecuencia, el *presupuesto* es predominantemente intrasocial y la comprensión teleológica es un grado más avanzado de reflexión que se anuncia a través de un juicio de valor. Se advierte desde el plano de lo jurídico un elemento común, la total referencia del Derecho a la realidad social.

³⁵ ROSS, A., *Sobre el Derecho y la justicia*, cit., pp. 401 y ss.

³⁶ Ver las tesis de BARAK, A., *La discrecionalidad del juez*, trad. de I. Mattei, Giuffrè, Milán, 1995; BESSONE, M., *L'attività del giudice: mediazione degli interessi e controllo della attività*, Giappichelli, Turín, 1997.

³⁷ HERNÁNDEZ GIL, A., *La función social de la posesión. (Ensayo de teorización sociológico-jurídica)*, Madrid, 1969, pp. 65 y ss.

El objeto de la normativización es algo orientado a la realización, algo que todavía no es, que no ha sido realizado en su existencia y que ha de ser actualizado dentro de la sociedad. Es un operable que se ha de integrar en su entorno específico, merced a la actuación de la decisión judicial discrecional³⁸.

En tal proceso es preciso: a) Una identificación y cualificación de los elementos de la situación de hecho, respecto al que se debe presuponer el *si*, el *cómo* y el *cuándo*; b) la identificación del medio idóneo para satisfacer el fin a perseguir por obra del sujeto enjuiciador; y c) la aplicación del criterio de la equidad y de los principios generales del Derecho relativa a la premisa de hecho. El procedimiento de actuación del poder debe desenvolverse de forma racional para garantizar la consecución del resultado no divergente con la finalidad perseguida. La voluntad normativa es la que limitará la autonomía del juzgador sobre el conocimiento de eventos, circunstancias y motivos que se divulguen o evalúen fuera del estricto ámbito de la tarea que le está encomendada³⁹.

4.2. Las posiciones de Kelsen, Hart y Dworkin

La postura de Kelsen al referirse a la discreción judicial distingue entre la interpretación del Derecho que hace el órgano jurídico de aplicación y la interpretación del Derecho que lleva a cabo la ciencias jurídica: Si una norma jurídica vale por haber sido producida de una manera por la norma fundante básica, cualquier contenido que sea puede ser Derecho. Hay una conexión entre la creación y la aplicación del mismo, y entre la interpretación y la aplicación normativas como dos funciones combinadas. La ley no da una decisión acabada para cada caso singular, da una especie de disposición que el juez ha de llenar, convirtiéndose la aplicación judicial en producción jurídica. De ahí que todo acto de producción de Derecho en relación con la norma superior sea en parte indeterminado, intencional o no intencionalmente,

³⁸ *Ibidem*. Ver además LA TORRE, M., *Rules, Institutions, Transformations: Considerations on the "Evolution of Law" Paradigm*, European University Institut, Badia Fesolana, San Domenico (FI), 1995.

³⁹ BIONDI, B., "Teoria generale della discrezionalità", en *Nuovi Studi*, 1923, pp. 197 y ss. Para mayor información sobre estas cuestiones, ver el punto de vista de GREENAWALT, K., "Discretion and Judicial Decisión", *Columbia Law Review*, n.º 75, 1975, pp. 359 y ss.

variando esta zona en dependencia de los supuestos⁴⁰. Sin que exista un método que permita dar preferencia a las distintas posibilidades en el marco de una norma y sin que la ciencia del Derecho se decante por un sentido u otro, exclusivamente se reduce a esclarecer los sentidos posibles⁴¹.

Ahondando más en el tema, se manifiesta un vínculo entre las dificultades que ofrecen las normas y la discrecionalidad judicial dentro del cual no se debe olvidar el debate que mantienen dos de los más grandes filósofos del Derecho: Hart y Dworkin. Gráficamente, la teoría hartiana concibe el Derecho como un mecanismo que guía la conducta por el lenguaje, pero es consciente de que el ámbito discrecional que deja puede llegar a ser muy amplio, produciéndose una conclusión que, aun cuando no sea arbitraria ni irracional, en realidad sea una elección. En la línea marcada, Hart suscribe que da igual la técnica, el precedente o la legislación que se utilice para comunicar criterios de conducta, y, por mucho que actúen sin ningún obstáculo en los casos ordinarios, en los puntos en los que se cuestione su aplicación las pautas resultarán ser indeterminadas y tendrán una “textura abierta”. Así, para ser resueltos, los casos difíciles requieren la actuación de una discreción fuerte como elección entre alternativas⁴². En contraste, Dworkin contempla el Derecho desde la posición del que entiende el sentido de la práctica social en la que consiste, siendo necesario interpretar las pautas y los hechos en relación con el

⁴⁰ Sobre estas cuestiones, ver ATRIA, F., “Creación y aplicación del Derecho: entre formalismo y escepticismo”, en ATRIA, F., BULYGIN, E., MORESO, J.J. y otros, *Lagunas en el Derecho. Una controversia sobre el Derecho y la función judicial*, Marcial Pons, Madrid, 2005, pp. 45-72; TROPER, M., *Por una teoría jurídica del Estado*, prólogo de G. Peces-Barba Martínez, trad. de M. Venegas Grau, Instituto de Derechos Humanos “Bartolomé de las Casas” de la Universidad Carlos III de Madrid-Dykinson, Madrid, 2001, pp. 53-57; Id., *Le gouvernement des juges, mode d’emploi*, Presses de l’Université Laval, Lévis (Québec), 2006; y TROPER, M., CHAMPEIL-DESPLATS, V. y GRZEGORCZYK, C. (dirs.), *Théorie des contraintes juridiques*, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence-Bruylant, París-Bruselas, 2005.

⁴¹ KELSEN, H., *Teoría pura del Derecho*, trad. de R.J. Vernengo, Porrúa, México, D.F., 2007, pp. 350 y ss.

⁴² H.L.A. HART (en *El concepto de Derecho*, trad. de G.R. Carrió, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2004, p. 159) dice que “en materia de reglas jurídicas los criterios de relevancia y proximidad de parecido dependen de muchos factores complejos que se dan a lo largo del sistema jurídico, y de los propósitos u objetivos que pueden ser atribuidos a la regla. Caracterizar esto sería caracterizar lo que tiene de específico o peculiar el razonamiento jurídico”.

contexto de los principios que los justifican, además de conocer el propósito del Derecho⁴³.

El argumento de Dworkin sobre los casos difíciles gira en torno a que, aunque ninguna norma vigente resuelva un caso, una de las partes puede ganarlo, siendo hallable una solución justa o adecuada a cada supuesto. Un caso es difícil, aclara Dworkin, si concurre incertidumbre por contradicción entre las normas, o en razón de que no exista norma exactamente aplicable. Con lo que su descripción no es opuesta a la de Hart, separándose en las implicaciones de su existencia en conexión con la posibilidad de discreción fuerte. La teoría dworkiana postula que también en los casos difíciles sigue habiendo una única respuesta correcta que el juez está obligado a identificar, requiriéndose solo una discreción débil, al igual que ocurre en los casos fáciles⁴⁴.

Pero, en general, la consideración sobre la sujeción que debe tener el juez a la letra de la ley se ha modificado gracias al fortalecimiento de la corriente ferrajoliana, que hace patente que ahora queda sujeto a la ley en cuanto es válida, esto es, en la medida en que sea coherente con la Constitución. Al igual

⁴³ 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. 49 y ss. y 64 y ss. A tales efectos, conviene subrayar la enumeración que realiza M. Iglesias Vila: 1) Casos normativamente difíciles, que son los que no tienen respuesta jurídica, estimándose que las proposiciones acerca del Derecho carecen del valor de verdad dada la existencia de lagunas, contradicciones y situaciones de indeterminación semántica; 2) Casos epistemológicamente difíciles, que son los que, encerrando una respuesta jurídica, requieren un esfuerzo intelectual para identificarla, exigiéndose una diferenciación entre las dificultades de naturaleza objetiva, expresadas en la forma de regular un ámbito de comportamiento, y las subjetivas, exteriorizadas en los problemas del intérprete a la hora de dar una solución, debido a la falta de información o de experiencia; 3) Casos pragmáticamente difíciles, que son los que vienen dados por la concurrencia de circunstancias coyunturalmente difíciles superadoras del aspecto jurídico de la decisión, como las cuestiones políticas y de la opinión pública; 4) Casos fácticamente difíciles, que son los supuestos con una complejidad que reside en la especificación de si un estado de cosas, que puede tener consecuencias normativas, ha tenido lugar; y 5) Casos moralmente difíciles, que son los que en la respuesta que el Derecho positivo da no existe justificación moral.

⁴⁴ DWORKIN, R., *Los derechos en serio*, trad. de M. Guastavino, Ariel, Barcelona, 1999, pp. 146 y ss. En relación con estas cuestiones, cfr.: AARNIO, A., *Lo racional como razonable. Un tratado sobre justificación jurídica*, trad. de E. Garzón Valdés, revisión de E. Garzón Valdés y R. Zimmerling. Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1991, pp. 212 y ss.; IGLESIAS VILA, M., *El problema de la discrecionalidad judicial. Una aproximación al conocimiento jurídico*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1999, pp. 250 y ss.

que se trasluce el reforzamiento del papel de la jurisdicción, produciéndose una mayor y nueva legitimación democrática del poder judicial y de su independencia⁴⁵. Con estos parámetros básicos, Ferrajoli presenta a un juez que nunca podrá actuar de forma arbitraria con funciones de corte cognoscitivo y no un poder decisonal. Para el garantismo, la cuestión de la situación de insuficiencias y deficiencias llena de lagunas, ambigüedades y vaguedades ha de superarse y no es invencible, mostrando gran confianza en la razón jurídica⁴⁶. La expansión de la funcionalidad del juez y de los ámbitos de jurisdicción es un efecto de la expansión del Derecho y de los derechos como técnica que actúa en la regulación y la limitación de los poderes. Ello se expresa en aras de la expansión misma del Estado de Derecho⁴⁷.

Al panorama actual se debe agregar que se están multiplicando las vías parajudiciales de resolución de conflictos, constitutivas de modos informales y reveladoras de la aparición y el desenvolvimiento de una regulación jurídica que queda fuera del Derecho elaborado y aprobado oficialmente. Las posiciones alternativas suponen unas técnicas jurídicas de aplicación que radicalizan los postulados del movimiento del Derecho libre y la Jurisprudencia de intereses, fijándose en un cambio de la interpretación burguesa⁴⁸. En este contexto, la jurisdicción ha pasado de ser un simple momento burocrático a constituirse en instancia con un estatuto peculiar que la sitúa a medias entre el Estado y la sociedad. El pluralismo y la apertura cultural del ámbito judicial han incidido en este cambio, y la nueva idea de certeza del Derecho ha hecho que haya una mayor permeabilidad⁴⁹. El poder judicial ya no está configurado por órganos que velan por los intereses particulares de los sujetos y se convierten en órganos

⁴⁵ FERRAJOLI, L., *Derecho y garantías. La ley del más débil*, trad. de P. Andrés Ibáñez y A. Greppi, Trotta, Madrid, 2010, pp. 25 y 26.

⁴⁶ GASCÓN ABELLÁN, M., "La teoría general del garantismo", en CARBONELL, M. y SALAZAR, P., *Garantismo. Estudios sobre el pensamiento jurídico de Luigi Ferrajoli*, Trotta-Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, Madrid, 2005, pp. 28-30.

⁴⁷ FERRAJOLI, L., "Entrevista a Luigi Ferrajoli", en CARBONELL, M. y SALAZAR, P., *Garantismo. Estudios sobre el pensamiento jurídico de Luigi Ferrajoli*, cit., p. 516.

⁴⁸ GALGANO, F., "Le fonti del diritto nella società post-industriale", *Sociología del Diritto*, n.º 1-2, 1990, pp. 153-164; MERCADO PACHECO, P., "El "Estado comercial abierto". La forma de gobierno de una economía desterritorializada", en CAPELLA, J.R. (coord.), *Transformaciones del Derecho en la mundialización*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1999, p. 132.

⁴⁹ ANDRÉS IBÁÑEZ, P., "Derecho y justicia en el siglo XXI. Más difícil todavía", *Jueces para la Democracia*, n.º 48, 2003, pp. 27 y ss.; SHAPIRO, M., *Courts. A Comparative and Political Analysis*, The Chicago of University Press, Chicago, 1981, pp. 1 y ss.

del Estado encargados del cumplimiento de una función política fundamental; la consideración contemporánea es que forman parte del Estado y cumplen una relevante función social al efectuar un papel en la formación y aplicación de las políticas públicas⁵⁰.

5. LA RACIONALIDAD JUDICIAL EN EL PLANO DE LA APLICACIÓN DE LAS NORMAS

Como inferencia de algunas de las tesis enunciadas, la actuación judicial de la aplicación de las normas ha evolucionado. 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 interpretación⁵¹. Sus pilares se pueden resumir en la creencia de que el sistema jurídico contiene respuestas preexistentes para todos los problemas; en la creencia de que la doctrina de la separación de poderes hace que sean los legisladores los que creen Derecho; en la creencia de que cuando un legislador constituye Derecho nuevo no ha de olvidar que se ha de armonizar con el preexistente; en la creencia de que el verdadero Derecho está en los textos escritos; en la creencia de que la abstracción y la generalidad son sus virtudes; en la creencia de que la pieza clave del razonamiento jurídico radica en la lógica interna inserta en los conceptos; en la creencia de que las decisiones judiciales han de justificarse por la subsunción de su resultado en los conceptos generales de las reglas jurídicas; y en la 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 aquella con la legalidad, hablando más correctamente de seguridad legal. La citada concepción sigue la directriz iniciada desde la modernidad, y llega a su

⁵⁰ LÓPEZ AYLLÓN, S., *Globalización, Estado de Derecho y seguridad jurídica*, Suprema Corte de Justicia de la Nación, México, D.F., 2004, pp. 122-128.

⁵¹ ARCOS RAMÍREZ, F., *La seguridad jurídica: Una teoría formal*, Universidad Carlos III de Madrid-Dykinson, Madrid, 2000, pp. 294-297.

perfección con el pensamiento ilustrado de un tipo de Derecho sistemático y estable⁵².

Asumido esto, la racionalidad se pormenoriza en función de la consideración de las normas y de los hechos. Al aplicar las normas, los jueces deben razonar discurrendo razones comunicadas argumentativamente y el respeto a la ley no garantiza 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 personas⁵³.

Después de todo lo visto, es claro que los parámetros que dirigen las actividades aplicativas del Derecho son sumamente variables y se condicionan por la conceptualización de la discreción judicial y la amplitud que la demos. Una cuestión aledaña que se vislumbra al analizar la racionalidad judicial en el plano de la aplicación de las normas jurídicas es la de la proporcionalidad y el uso de la técnica de la ponderación judicial. Aquí, el problema apunta a los límites de

⁵² ARCOS RAMÍREZ, F., *La seguridad jurídica: Una teoría formal*, cit., pp. 204 y ss.; GIANFORMAGGIO, L., "Certeza del diritto", en *Studi sulla giustificazione giuridica*, Giappichelli, Turín, 1986, pp. 158 y 159; LIFANTE VIDAL, I., *La interpretación jurídica en la teoría del Derecho contemporánea*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1999, pp. 103 y 104.

⁵³ PECZENIK, A., *Derecho y razón*, trad. de E. Garzón Valdés, Fontamara, México, D.F., 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 interese. 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 resolutorias 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. Para más información, cfr.: 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" y aplicación judicial del Derecho, cit., pp. 216 y ss.; SEGURA ORTEGA, M., *La racionalidad jurídica*, Tecnos, Madrid, 1998, pp. 118-120.

los poderes públicos cuando han de realizar alguna actuación sobre los derechos de acuerdo con sus competencias, esto es, a cómo han de tratarse las acciones del poder que se refieren a los derechos fundamentales. De modo que el límite se fija externamente al derecho que antes de la ponderación presentaba un carácter abierto, pasando después a ser cerrado. Si la ley que limita no supera la ponderación, el contenido definitivo coincidirá con el atributo *prima facie*, aunque si la ley y el límite están justificados, ese contenido habrá de ser más reducido que el aparente o *prima facie*⁵⁴.

Recapitulando, la tesis mantenida se esquematiza en la idea de que una sentencia está justificada cuando la lesión que supone en un derecho aparece como razonable para la protección de otro derecho o bien o para la consecución de un fin legítimo. Ello, observamos, vuelve a desembocar en el respeto al principio de proporcionalidad, el cual ofrece las garantías de racionalidad más satisfactorias para determinar el contenido de los derechos fundamentales que vincula al legislador y, por consiguiente, para que se lleguen a fundamentar las decisiones de control de constitucionalidad de las leyes que afectan a tales derechos. No obstante, también hay una frontera entre las competencias materiales del juez constitucional y las legislativas. En este sentido, la propuesta habría de buscarse en los criterios que deben guiar la aplicación del Derecho constitucional de los derechos fundamentales y, particularmente, en una aplicación correcta del principio de proporcionalidad. La garantía de la proporcionalidad apela a que, en la ponderación de los principios constitucionales, todos se estimen razonablemente para evitar restricciones innecesarias constituyendo un límite. Se impide restringir un derecho cuando no lo requiera la protección de otros derechos o bienes que están constitucionalmente protegidos⁵⁵.

Por su parte, la ponderación requiere la aceptación de que no hay jerarquías internas y conduce hacia la exigencia de proporcionalidad. Desde

⁵⁴ PRIETO SANCHÍS, L., *Justicia constitucional y derechos fundamentales*, Trotta, Madrid, 2003, pp. 220 y 221. Ver también BRAGE CAMAZANO, J., *Los límites a los derechos fundamentales*, Dykinson, Madrid, 2004, pp. 251 y ss.

⁵⁵ RODRÍGUEZ-TOUBES MUÑIZ, J., *Principios, fines y derechos fundamentales*, cit., pp. 198 y 200.

aquí, se solicita “la búsqueda de una solución intermedia que en puridad no dé satisfacción plena a ninguno, sino que procure la más liviana lesión de ambos”. La misma ley encierra en sí una ponderación coincidente con el enjuiciamiento de las leyes. Por ende, la ponderación no es un procedimiento que llegue a garantizar la obtención de una única respuesta correcta en todos los casos, tiene límites de racionalidad distintos que dan al intérprete un margen de acción diferente pudiendo hacer valer sus valoraciones. Sin embargo, muestra un procedimiento claro en el que la subjetividad aparece en la graduación de la afectación de los principios, en la determinación de su peso abstracto y de la certeza de las premisas empíricas, y en la elección de la carga de la argumentación que es apropiada para el supuesto en cuestión. La técnica ponderativa posibilita la fundamentación racional de enunciados que establecen preferencias condicionadas entre bienes y valores opuestos⁵⁶.

6. REFLEXIÓN FINAL

Con los planteamientos señalados, el problema de fondo desemboca en clarificar si los jueces están legitimados para producir Derecho e introducir rupturas en la igualdad que establece la ley en el momento de aplicarla; para lo cual debemos analizar la fuente de la creación judicial del Derecho y el resultado de su creación. Las soluciones judiciales de los Estados de Derecho continentales deben tener en cuenta los valores e intereses en pugna, calificados previamente con carácter general y abstracto por el legislador. Pero las razones del Derecho no se deben encontrar solamente en ciertos tipos de normas, sino que se deben encontrar en la totalidad del sistema estimador de unos hechos, unas conductas y unas necesidades sociales, con la función social que les sirve de presupuesto y fin.

La operación de aplicar el Derecho supone la preexistencia de otras normas que dan origen a decisiones judiciales creadoras al emplear diversos criterios interpretativos, además de porque el Derecho es indeterminado, y

⁵⁶ BARNÉS, J., “El principio de proporcionalidad. Estudio preliminar”, *Cuadernos de Derecho Público*, n.º 5, 1998, pp. 15-49; Id., “Jurisprudencia constitucional sobre el principio de proporcionalidad en el ámbito de los derechos y libertades”, *Cuadernos de Derecho Público*, n.º 5, 1998, pp. 333-370; PRIETO SANCHÍS, L., *Justicia constitucional y derechos fundamentales*, cit., p. 191.

tiene lagunas y contradicciones, lo que hace que se deba completar su sentido y alcance. No obstante, la pregunta es de qué clase de producción normativa estamos hablando, ¿hablamos de producción de normas particulares o generales? Pues bien, los jueces crean siempre normas individuales en cuanto que resuelven un caso concreto que afecta a sujetos específicos. Y en relación a la posibilidad de crear normas generales nos hallamos ante una cuestión diferente -si bien afirmativa- por ser una posibilidad más restrictiva al estar referenciada a tribunales de última instancia, caso, por ejemplo, de las denominadas sentencias interpretativas del Tribunal Supremo y el Tribunal Constitucional⁵⁷.

⁵⁷SEGURA ORTEGA, M., "La creación judicial del Derecho", en VV.AA., *Estudios en homenaje al profesor Gregorio Peces-Barba*, vol. II ("Teoría y metodología del Derecho"), Dykinson, Madrid, 2008, pp. 1065-1.075; SILVA, C. de, "La jurisprudencia, interpretación y creación del Derecho", *Isonomía*, n.º 5, 1996, p. 18. Para más información, ver ITURRALDE SESMA, V., "Las decisiones judiciales como fuente del Derecho en los sistemas de *civil law*: el caso español", *Anuario de Filosofía del Derecho*, n.º 12, 1995, pp. 401-424.

