

LA CREACIÓN JUDICIAL DEL DERECHO: UN ASUNTO ENRIQUECEDORAMENTE CONTROVERTIDO

Marena Briones Velasteguí¹

RESUMEN:

¿Pueden los jueces crear derecho? La pregunta, aun sin una solución pacífica en nuestros días, ha abarcado extensas páginas en la literatura jurídica desde finales de posguerra. En el presente ensayo, y con importantes referencias teóricas de por medio, se reseñan las principales posiciones acerca de este auténtico problema de la Filosofía del Derecho, desde las concepciones formalistas – iuspositivistas imperantes, hasta las contemporáneas corrientes de la argumentación jurídica que hoy desembocan en el denominado Neoconstitucionalismo.

PALABRAS CLAVE:

Razonamiento jurídico, actividad judicial, decisión judicial, casos difíciles, argumentación jurídica.

Sumario

I.- La frontera inicial indispensable. II.- ¿Una marca sin retorno? III.- Otro quiebre más. IV.- Las preguntas siguen en pie. V.- Un final, que es tan sólo un aperitivo. VI.- A modo de breve colofón.

¹ Catedrática de Metodología Jurídica y, posteriormente, de Lógica Jurídica en la Universidad Católica de Santiago de Guayaquil, Marena Briones es una destacada jurista e intelectual guayaquileña. Especialista en Argumentación Jurídica por la Universidad de Alicante (España), la Dra. Briones divide sus actividades entre el ejercicio profesional y el ámbito académico, donde participa activamente con la publicación de ensayos jurídicos y artículos de opinión.

La frontera inicial indispensable

Para que mi afirmación sea rotunda tendría que haber podido saborear íntegramente el exquisito manjar que conforman el cúmulo de reflexiones que han nutrido y continúan nutriendo el asunto que alienta estas páginas. Como eso no ha sido posible –quizás nunca sea del todo posible en un mundo tan prolífico y vertiginoso como el de hoy-, no me queda más alternativa que confiar en mi percepción parcial, para aseverar que uno de los temas más enriquecedores de los que se ocupan las disquisiciones iusfilosóficas de estos tiempos, es precisamente el de si los jueces crean o no crean Derecho, enunciado así de una manera² amplia y sin entrar por el momento en precisión o distinción algunas. Lo es, no solo porque el interés teórico suele poner su mira en él, sino porque está inevitablemente vinculado a otras preocupaciones filosófico-jurídicas de envergadura, igualmente estimuladoras de un profuso pensamiento y de un vívido debate.

Tales son los casos, por ejemplo, de las inquietudes que giran en torno al lenguaje jurídico, al carácter derrotable o no derrotable de las normas, a la indeterminación o no indeterminación del Derecho, a la existencia o no existencia de una única respuesta correcta proporcionada por el Derecho, a la tarea jurídico-interpretativa, a la validez jurídica, al proceso de aplicación del Derecho³, al razonamiento jurídico como tal y al razonamiento judicial en particular; a la completitud o no completitud de los sistemas jurídicos, a la coherencia o no coherencia de ellos; al papel que juegan los principios en el razonamiento judicial, especialmente de

² Otras expresiones con las que se denomina al mismo fenómeno, cuya seña mayor de identidad estaría dada por la trascendencia jurídico-política que han adquirido las Constituciones en la configuración de los Estados de Derecho y en la decisión judicial, son "neoconstitucionalismo" o "constitucionalismo contemporáneo". En cualquiera de esos casos y dicho de modo muy general, la expresión engloba a los remozados ímpetus constitucionalistas que fueron tomando cuerpo alrededor de la segunda mitad del siglo pasado, en parte vinculados con la incorporación de los derechos sociales, económicos y culturales en las Constituciones, y con la noción de Estado Social de Derecho. Quedaría así distinguido tanto del "constitucionalismo clásico" como del "constitucionalismo moderno".

³ Postulados que han sido parte esencial del denominado "paradigma dogmático" (ver Zuleta, 1981) de la ciencia del derecho, que tiene una larga, variada, desigual y no poco problemática historia en la tradición jurídica continental europea. De manera muy general y en extremo sintética, podemos caracterizarlo como una profesión de fe absoluta en el derecho legislado y en su atribuida racionalidad.

cara a la preeminencia alcanzada en estas épocas por lo que se ha denominado el "nuevo paradigma constitucionalista"⁴; e, incluso, a qué es el Derecho y a qué rol desempeñan los órganos jurisdiccionales en la construcción de la democracia.

A cada uno de esos derroteros y a cada uno de los otros que no he mencionado le corresponderían múltiples referencias de autores y autoras, que se han adentrado en ellos con perspectivas similares, modificadas o completamente distintas, y hasta desde puertas diversas. De allí que haya preferido saldar esta primera cuenta de ubicación del terreno omitiendo todo nombre y toda obra. No se si es una buena manera de hacer justicia; pero, dado que este comienzo no está destinado a hincarle exhaustivamente el diente a ninguno de esos afanes en concreto, me ha parecido que, frente a una enunciación tan general como la que he hecho, cualquier lista pecaría de demasiado reducida.

La manera ha sido bastante breve; pero, con las cosas puestas así, me siento también autorizada a advertir que las siguientes líneas no intentarán despejar las ramas de un bosque de semejante magnitud. En primer lugar, por algo obvio: una hazaña de esa naturaleza requeriría ser ejecutada con el concierto de varias manos; y, claro, requeriría además otro espacio y mucho más tiempo. En segundo lugar, porque sería pretencioso de mi parte aspirar a transitar de un solo tiro por caminos así de vastos y de variados, que han venido siendo largamente recorridos por auténticos caminantes de coturno. Y, finalmente, porque el esfuerzo en el que voy a emprender apenas busca tirar de la punta más visible del ovillo, con el fin de despertar la curiosidad sobre una cuestión que, por otro lado, guarda iluminadoras conexiones con los turbadores síntomas que han venido caracterizando a las prácticas jurídicas y políticas ecuatorianas.

⁴ Serna (2005), en la introducción a *De la argumentación jurídica a la hermenéutica*, dice: "Como es sabido, la concepción del razonamiento jurídico surgida de la Codificación –y de los dogmas de racionalidad de la ley y división de poderes que se encuentran en su base– fue perdiendo vigencia desde finales del siglo XIX y comienzos del XX, por obra de las críticas procedentes de múltiples autores y corrientes [...] Todos ellos coincidieron, de un modo u otro, en que la aplicación del Derecho es imposible sin teleología y, por tanto, sin valoración. Coherentemente con esto, todos hicieron hincapié en las dimensiones no lógicas de la aplicación del Derecho, abriendo una línea que se ha prolongado durante el siglo XX con las aportaciones de la Hermenéutica y de autores como Betti, Esser, Engisch o Lombarda Villauri, por citar solo unos pocos. Además, la perspectiva lingüística adoptada por un importante sector de la Filosofía del Derecho contemporánea ha contribuido a poner de relieve ciertos rasgos del lenguaje jurídico [...] incompatibles con una lectura (y, por tanto, también con una aplicación) unívoca de las normas."

Vamos, entonces, de una vez a cosechar algunos granos.

¿Una marca sin retorno?

Tal vez sea aventurado decirlo, porque el futuro parece estar más lleno de incertidumbres que el presente; pero, por los giros que en diversos campos –incluido, por supuesto, el jurídico– ha ido dando la humanidad por lo menos desde los albores del pasado siglo, y por los golpes que tales postulados⁵ en concreto han sufrido⁶, no vislumbro el día en el que puedan dar marcha completa hacia atrás el viejo dogma de la racionalidad de la ley⁷ y su consiguiente visión de que la aplicación del Derecho no es más que la aplicación de un mecanismo lógico de subsunción (silogismo de subsunción⁸). Aunque, ciertamente, como señala

⁵ Entendido también por algunos autores como "legalismo": "esa peculiar ideología jurídica, que prescindiendo de cualquier condicionamiento constitucional, confía a la ley la plena soberanía: la ley lo puede todo, no depende de nada y es un dogma para el jurista y, desde luego, para el juez". (Prieto Sanchís, 1998, pág. 18). La distinción que, por su parte, hace Laporta (1999) entre tres sentidos diferentes de "ley" y tres sentidos diferentes de "crisis de la ley", a cada uno de los cuales le asigna un cierto criterio de racionalidad, es un muy buen auxilio para ilustrar mejor este asunto.

⁶ Explica Larenz (1980) que "En la Lógica se entiende por silogismo de subsunción un silogismo 'que se lleva a cabo de modo que los conceptos de menor extensión se subordinen a los de mayor extensión, que se subsumen bajo ellos'. Esto solo puede ocurrir definiendo ambos conceptos y estableciendo luego que todas las notas distintivas del concepto superior se repitan en el concepto inferior; éste, por ello, tiene una extensión menor...". Un ejemplo simple podría decir así: "Todas las personas que jueguen esta tarde deberán mostrar su credencial. Margarita jugará esta tarde. Entonces, Margarita deberá mostrar su credencial".

⁷ Laporta lo pone así: "El modelo de racionalidad es el deductivo-formal y es el que se deriva de concebir el control de la constitucionalidad como un juicio de "adecuación", es decir, de coherencia o de consistencia entre dos enunciados normativos, por una parte el enunciado constitucional que funciona como parámetro de control y por otra parte el enunciado legal. Expresa o tácitamente se pretende aquí que estamos ante un supuesto de racionalidad deductiva."

⁸ Dice Atienza (2003) que "las tres grandes corrientes con que se inicia la ciencia jurídica moderna a comienzos del XIX (la escuela histórica alemana, la escuela francesa de la exégesis y la jurisprudencia analítica inglesa) parten [...] del concepto de Derecho positivista y dan lugar a tres concepciones formalistas del Derecho: el formalismo conceptual [...]; el formalismo legal [...]; y el formalismo jurisprudencial [...]; y, más adelante, entre otros rasgos, señala los siguientes como característicos del fenómeno formalista en general: "1) El Derecho es un sistema completo y coherente, capaz de dar una respuesta correcta a toda cuestión jurídica [...]. 2) Solo los legisladores, y no los tribunales, pueden crear Derecho, como consecuencia de la doctrina de la división de poderes, que sería un atributo inherente y necesario de cualquier sistema jurídico [...]. 6) Los conceptos jurídicos poseen una 'lógica interna' que permite deducir de ellos soluciones sin necesidad de recurrir para ello a elementos extrajurídicos, esto es, a argumentos que tengan en cuenta las consecuencias sociales de una determinada

Cárcova, aún en estas épocas, "Cuando un operador jurídico (abogado, juez, funcionario) se formula alguna pregunta acerca del razonamiento judicial, salvo en contadas excepciones, suele buscar la respuesta, más o menos automáticamente en la idea de *subsunción*" (Carcova, 2005, p. 145).

Una idea que -continúa Cárcova-: "En su versión más elemental, [...] explica la actividad llevada a cabo por los jueces, como un proceso de 'encanastamiento' mediante el cual, cierta clase de hechos que constituyen un *caso particular*, son incluidos o insertados dentro de las previsiones de una norma o un subconjunto normativo que describe, en forma abstracta, el *caso general*; es decir, el género respecto del cual aquel caso particular, resulta ser una especie" (Id.). Pero, si bien el mismo Cárcova se encarga de sostener que tal actitud no es natural, sino producto de "una educación jurídica que implantó esa idea, machaconamente y sin mayores elucidaciones" (Id.); lo cierto también es que esa idea de racionalidad deductiva ha estado largamente presente tanto en la teoría como en la práctica jurídicas. En esa línea de larga vida del modelo racional deductivo cabe mencionar, por ejemplo, que Laporta lo conecta con uno de los sentidos que él le atribuye a la expresión "crisis de la ley": el momento en el que la "ley" (entendida como un peldaño del ordenamiento jurídico, un peldaño que se ubica justo a continuación de la Constitución) deja de ser la norma vinculante por excelencia y su consistencia pasa a depender de si se adecua o no adecua a las previsiones normativas constitucionales, esto es, cuando hace su aparición el control constitucional⁹ (Laporta, 1999).

No obstante el arraigo que dicho modelo de racionalidad ha tenido en ámbitos jurídicos¹⁰, parece perfectamente posible sostener que, como

decisión, o bien cómo la misma afecta a valores de tipo moral. 7) Las decisiones judiciales sólo pueden justificarse deductivamente, esto es, según el esquema del silogismo subjuntivo [...]"

⁹ La cita perteneciente a Larenz, que Alexy retoma, dice: "Ya nadie puede...afirmar en serio que la aplicación de las normas jurídicas *no es sino* una subsunción lógica bajo premisas mayores formadas abstractamente". [La referencia es a K. Larenz, *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*, 3ª. Ed., Berlin/Heidelberg/New York, 1975, p. 154.]

¹⁰ Los cuatro elementos que Atienza (2006) encuentra que son comunes a todo tipo de argumentación me sirven de apoyo para esa afirmación: 1.- "Argumentar es siempre una acción relativa a un lenguaje"; 2.- "Una argumentación [...] presupone siempre un problema, una cuestión"; 3.- "Hay dos formas características de ver la argumentación: como un proceso, como una actividad (la actividad de argumentar) y como el producto o el resultado de la misma [...]"; y 4.- "Finalmente, argumentar es una actividad racional no

lo reiteró Alexy citando a Larenz, a estas alturas, esa es ya una postura teórica ampliamente superada: "Esta constatación de Karl Larenz [¹¹] señala uno de los pocos puntos en los que existe acuerdo en la discusión metodológico-jurídica contemporánea. La decisión jurídica, que pone fin a una disputa jurídica, expresable en un enunciado normativo singular, no se sigue lógicamente, en muchos casos, de las formulaciones de las normas jurídicas que hay que presuponer como vigentes, juntamente con los enunciados empíricos que hay que reconocer como verdaderos o comprobados." (Alexy, 1989, p. 23).

Es indispensable aclarar, sin embargo, que las expresiones de Alexy y de Larenz no implican el abandono absoluto de la mirada lógico-formal aplicada a los razonamientos jurídicos -el razonamiento judicial en especial-. Una cosa es sostener que el razonamiento judicial (la aplicación del Derecho) no se reduce a una mera aplicación silogística; y otra cosa - muy distinta- sería sostener -si fuere posible hacerlo- que no cabe evaluación lógico-formal alguna de las argumentaciones jurídicas. El enfoque de Atienza del "derecho como argumentación" otorga una buena luz a este asunto, para quienes deseen seguirle la pista. El objetivo de estas líneas es otro, así que simplemente añadiré que Atienza sostiene que las argumentaciones como tales -incluidas las jurídicas, como resultará obvio- pueden ser estudiadas desde tres ópticas: la lógico-formal, la material y la pragmática (Atienza, 2003, 2006). Lo que ha quedado claro es que el criterio lógico-formal es insuficiente para dar cuenta de todo lo que se pone en juego cuando se argumenta¹² y, particularmente, para dar cuenta de todo el complejo proceso que llevan a cabo los jueces para llegar a una conclusión que, a su vez, les permita justificar la decisión que toman, sobre todo cuando llegar a ella no es un empeño fácil de acometer.

sólo en el sentido de que es una actividad dirigida a un fin, sino en el de que siempre hay criterios para evaluar una argumentación [...]. Atienza, además, ha postulado tres ángulos -él los llama "concepciones de la argumentación"- posibles desde los cuales acercarse al examen de las argumentaciones: el formal, el material y el pragmático.

¹¹ En referencia al periodo de la Ilustración o Siglo de las Luces (XVIII) y a la corriente intelectual predominante en Europa -sobre todo en Francia- que erigió a la "razón" como la vía para explicarse el mundo y alcanzar el progreso.

¹² A partir de las revoluciones liberales del siglo XVIII y como respuesta al poder monárquico absolutista, las Constituciones empezaron a cobrar auge y su elaboración se fue expandiendo.

Otro quiebre más

Pues, bien, no obstante el caudaloso río por el que navegan las denominadas "teorías de la argumentación jurídica", lo que me interesa destacar ahora es que esos criticados postulados de la racionalidad de la ley y de la decisión judicial como una empresa racional de "encanastamiento" -en palabras de Cárcova- estuvieron ligados a la concepción "ilustrada"¹³ de la organización político-jurídica del Estado, una de cuyas piedras angulares fue la clásica división de poderes, que supuso, a su vez, como es posible colegir, "una tajante distinción entre la creación del derecho por parte del legislador y la aplicación del derecho por los tribunales de justicia" (Bulygin, 2005, p.29). En su momento, la *Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano* (1789) sentenció: "Toda sociedad en la que no esté asegurada la garantía de los derechos, ni determinada la separación de poderes, no tiene Constitución" (artículo XVI).

De esa fuente "ilustrada" bebieron tanto el considerado "constitucionalismo moderno"¹⁴ como la noción de Estado de Derecho¹⁵; dos referentes jurídicos y políticos que se desarrollaron durante el siglo XIX y fueron evolucionando matizadamente a lo largo del siglo XX. En lo básico y asumiendo el riesgo que una síntesis muy estrecha me impone, de lo que se trató fue de que las Constituciones se convirtieron en el instrumento jurídico-político superior de regulación del Estado, en cuanto su organización, a los límites de las relaciones entre los distintos poderes que lo conforman, y a los derechos y libertades fundamentales que garantiza a las personas. Así y en una descripción elemental, el Estado de Derecho quedó configurado como aquel Estado que está sujeto al imperio de la ley y en el que existe una clara división de poderes entre el ejecutivo, el legislativo y el judicial. Atrás de este último postulado -que, en lo esencial, no ha perdido vigencia- descansa la convicción de que la estricta

¹³ Me voy a referir a ella de una manera general, sin enriquecerla con las elaboraciones de las que ha ido siendo objeto, ni con los debates que ha ido suscitando.

¹⁴ Recorro al término sin agregarle ningún calificativo y sin entrar en los detalles que sus variantes ameritan; porque, para el fin, me basta con recuperar la reconocida filiación positivista kelseniana. Atienza (2003), que considera que "la mayor parte de las concepciones del Derecho del siglo XX caben dentro del realismo, del normativismo o del iusnaturalismo", alinea a Kelsen bajo el rótulo de "normativista formalista".

¹⁵ Como puede suponerse, esta tesis kelseniana es parte de su concepción general sobre el Derecho, en la que no nos detendremos.

separación de poderes es una estrategia clave para contrarrestar la concentración del poder. De tal suerte que la separación entre el poder legislativo como el único con capacidad para crear Derecho (el Ejecutivo solo en determinados casos) y el poder judicial como órgano cuya competencia se circunscribe exclusivamente a aplicar el Derecho, aparecía –sin duda y a pesar de los fuertes vientos que han corrido en su contra, es una idea que persiste hasta nuestros días- como una condición necesaria para la efectiva realización del Estado de Derecho.

Pero, ese planteamiento cuyas raíces se remontan a los teóricos de la Ilustración –advierte Bulygin- exige también “que el derecho suministre a los jueces la posibilidad de resolver todos los casos mediante la aplicación de las normas generales”, lo que, al mismo tiempo, “implica que el derecho ha de ser completo y coherente, en el sentido de que debe contener una solución para todo problema que sea sometido al juez y que no haya dos o más soluciones incompatibles para el mismo caso.” (Id.) Una cuestión que, como podrá verse en parte más adelante, ha estado y está, aunque no solo allí, en el centro de las discusiones acerca de si los jueces crean o no crean derecho. No olvidemos que, no obstante el fuerte remezón que los “realistas” le propinaron a las tesis “formalistas” y que puso en crisis al Estado liberal de Derecho (Atienza, 2003); y que, no obstante las variantes que el positivismo ha alumbrado en su propio seno, aún perviven posturas que apelan a la completitud, la coherencia y la no indeterminación del Derecho.

En esa vasta historia, de la que apenas hemos dado algunas pinceladas, y, aunque en los procesos de transformación de las ideas no es posible hablar de protagonismos únicos, porque, en estricto sentido, ellos no existen, Kelsen marcó un hito al subvertir, desde el propio “positivismo”¹⁶, el postulado de que los jueces no crean Derecho. Lo que Kelsen sostuvo fue que la decisión judicial no consiste en un acto declarativo, sino en un acto constitutivo, esto es, en un acto productor de Derecho¹⁷: “No hay diferencia esencial entre la preparación de una sentencia judicial

¹⁶ Las críticas a “La Teoría Pura del Derecho” apuntan también hacia otros flancos, que, obviamente, ni siquiera mencionaremos.

¹⁷ Para iniciarse en ese debate y después seguir con las fuentes originales, es de gran ayuda el estudio preliminar de César Rodríguez a *La decisión judicial. El debate Hart-Dworkin* (1998).

o un acto administrativo conforme a la ley y la elaboración de una ley conforme a la Constitución. La interpretación de la Constitución no posibilita más al legislador a dictar una ley justa de lo que la interpretación de la ley posibilita a un tribunal pronunciar una sentencia justa. Entre estos dos casos, sin embargo, existe una diferencia de orden cuantitativo, ya que desde el punto de vista material la libertad del legislador es más amplia que la del juez, pero éste también está llamado a crear normas jurídicas y goza de cierta libertad en su actividad, puesto que la creación de una norma individual es un acto de voluntad en la medida en que se trata de llenar el marco establecido por la norma general." (Kelsen, 1963, p. 169).

Claro, la ventana que Kelsen abrió al "entender la actividad interpretativa del Juez como un acto complejo en el que se conjugaban conocimiento y voluntad, creación y aplicación de la ley" (Cárcova, 2005, p. 150), fue una ventana específica: los jueces crean Derecho, porque, cuando dictan sentencia, crean normas individuales (el legislador, en cambio, dicta normas generales), y porque, atribuir sentido a una norma a través de la interpretación, para aplicarla al caso concreto, es "fruto de una decisión libre, de una decisión no vinculada por el ordenamiento" (Lifante, 2002, p. 415). La interpretación es, entonces, una actividad creadora.

Kelsen, por supuesto, no las tuvo todas consigo. Hay autores, como Bulygin, que consideran que el hecho de que el juez dicte una norma individual (si se entiende como tal a la parte dispositiva de la sentencia) "no implica que el juez esté creando derecho" (Bulygin, 2005, p. 34); y otros, como Serna, que echan en falta¹⁸ que Kelsen no haya ofrecido una explicación cabal de su propuesta: un modelo de la decisión judicial, una teoría sobre la aplicación del Derecho (Serna, 2005, p. 3). Cárcova, por su lado, se sorprende de que "el recurso en el que su argumentación [la de Kelsen] se funda, sea de naturaleza tan elemental. Sobre todo teniendo en cuenta los importantísimos desarrollos que durante el transcurso de todo el siglo XX alcanzan la filosofía del lenguaje, la lingüística, la semiótica, la teoría de la argumentación, la hermenéutica." (Cárcova, 2005, p. 151). No hay cómo desconocer, sin embargo, que, aunque carente de un desarrollo

¹⁸ Siguiendo a Rodríguez (1998), "En términos generales, un caso es difícil cuando los hechos y las normas relevantes permiten, por lo menos a primera vista, más de una solución".

más abarcador y clarificador, el paso dado por un pensador a cuya *Teoría pura del Derecho* se le atribuye representar el "más grandioso intento de fundamentación de la Ciencia del Derecho como ciencia –ciertamente que aun todavía en el terreno y dentro de los límites del concepto positivista de ciencia- que ha visto nuestro siglo [siglo XX]" (Larenz, 1980, p. 91), fue un paso altamente significativo para el asunto que nos interesa.

Las preguntas siguen en pie

Buscando qué organización y qué horizonte darle a estas cuartillas, una y otra vez me repetía la misma pregunta: ¿a qué se alude, qué se quiere decir, cuando se habla de "creación judicial del Derecho"? O, enunciada de mejor manera, ¿cuándo, en qué circunstancias, es posible sostener que los jueces sí crean Derecho? O, planteada desde otra atalaya, ¿por qué "Derecho" es algo que los jueces no pueden crear? Y, en cada ocasión en la que empezaba a ensayar aproximaciones de respuesta, irremediamente volvía a darme de bruces con la pregunta que más dolores de cabeza les ha ocasionado a los teóricos del Derecho: ¿qué es el Derecho? Claro, en el intento de delimitar el blanco hacia el cual dirigir mi mira, finalmente no me quedaba más remedio que plantearme qué es "Derecho". Llegaba así a un umbral complejo y difuso: "Unos pocos párrafos –incluso unas pocas líneas- es todo lo que el lector de un tratado de Genética, de Antropología social o de Física suele encontrar –y parece necesitar- para enterarse de cuál es el objeto de esas disciplinas. ¿Por qué no ocurre lo mismo con el Derecho? ¿Cómo es posible que los juristas hayan considerado tradicionalmente –y sigan considerando- un problema definir lo que es el Derecho?" (Atienza, 2003, p. 33).

De la respuesta que cada quien adopte para esa pregunta tan peculiar de qué es el Derecho va a depender también, en buena medida, la respuesta que se da a si los jueces crean o no crean Derecho. En cuanto a lo que a mí concierne, en este espacio y para el fin que perseguiré a continuación, me doy por relevada de ahondar en esa búsqueda y de tomar algún partido en la rica disputa iusfilosófica que la rodea. Por el momento, me basta con reiterar que nuestro tema se imbrica profundamente con otros sesudos problemas jurídicos. De esos problemas y sin que ello conlleve una respuesta mía afirmativa o negativa acerca de si los jueces crean derecho, pues el afán que me he fijado es otro, voy a darle cierre a estas páginas esbozando dos fuertes trazos teóricos que me

permiten sentar en este primer escenario a dos nociones centrales en el análisis de la creación judicial del Derecho: la discrecionalidad (judicial) y la actividad interpretativa a cargo de los jueces.

Un final, que es tan solo un aperitivo

Al asunto que nos ha venido ocupando –como mencioné al inicio– puede entrarse desde diferentes aristas. Para esta ocasión, que no ha pretendido más que dejar la mesa puesta, me ha parecido pertinente halar unas contadas notas distintivas de uno de los debates más celebres que, en el mundo jurídico, vio surgir el siglo XX: el debate Hart-Dworkin sobre la decisión judicial¹⁹. Aún siendo insuficiente lo que voy a decir, si pudiera con justicia sintetizar un meollo clave último de la disputa entre esos dos ilustres pensadores, sostendría que, donde Hart les concede un margen de libertad a los jueces en su tarea de aplicar el Derecho, Dworkin se esmera por fijarles un límite.

En el proceso de su reflexión y como rasgo atribuido a los denominados “casos difíciles”²⁰, Hart llegó a la conclusión de que el Derecho no proporciona únicas respuestas correctas. Su tesis apareció como una posición intermedia entre el “formalismo” y el “realismo”. Desde la perspectiva de la primera corriente, no hay ni casos fáciles ni casos difíciles, porque los jueces siempre deciden conforme al Derecho. Recordemos los

¹⁹ Está vinculada a la vaguedad del lenguaje y también se la conoce como “vaguedad potencial”. Quiere decir que el lenguaje encierra en su seno siempre un campo de vaguedad: “siempre se pueden imaginar casos, supuestos o circunstancias frente a los cuales el uso habitual no nos indica con precisión si se ha de aplicar o no el término en cuestión. El ejemplo característico de textura abierta es el que proporcionó F. Waismann con la palabra ‘gato’. Respecto de este término podemos ofrecer un conjunto de propiedades que nos permiten identificar a los animales que caen bajo su referencia (ser mamífero, tener cuatro patas, ronronear, maullar, etc.). Sin embargo, aunque en una primera aproximación parece que tenemos una selección de propiedades más o menos adecuadas para referirnos a los objetos denotados por “gato”, ¿qué pasaría si de repente se nos acercara un animal con el mismo conjunto de propiedades pero con una estatura de dos metros y comenzara a hablar? ¿le seguiríamos llamando *gato* o buscaríamos un nuevo término? Lo que nos señala este ejemplo es que resulta difícil, sino imposible prever todas las circunstancias posibles para el uso de una palabra. Siempre pueden surgir condiciones nuevas que nos hacen dudar de la aplicación del término en cuestión.” (ver Pérez en la bibliografía).

²⁰ La respuesta que Hart estuvo preparando al momento de su fallecimiento, frente a las críticas de las que había sido objeto su teoría del Derecho, especialmente las de Dworkin, y que fue publicada después de su muerte. Está contenida en la obra en la que consta el estudio preliminar de Rodríguez al que me he referido en las notas precedentes.

postulados recogidos por Atienza que cite páginas atrás. Desde la visión de la segunda corriente, las normas solamente son un referente marginal para los jueces, porque lo que prima es la voluntad de estos últimos.

Desde su renombrada obra *El concepto de Derecho*, Hart puso la mente en una conexión que para mí luce inevitable de hacer. Voy a expresarla a mi manera: si el Derecho –con él las normas- se sirve del lenguaje, y el lenguaje –natural, sobre todo- está sujeto a ciertas limitaciones, entonces el lenguaje jurídico también lo está. Eso quiere decir, por ejemplo, que los enunciados lingüísticos con los que las normas se expresan pueden adolecer de ambigüedad, vaguedad y carga emotiva. La experiencia profesional demuestra que efectivamente es así. Pero, lo que Hart resaltó particularmente fue el carácter de textura abierta²¹ que tiene el lenguaje. Puesta en el ámbito jurídico-normativo diría más o menos así: las normas (el Derecho) no prevén (determinan) siempre un resultado para todo, porque siempre existe la posibilidad de que, en la realidad, se presenten situaciones que salgan del alcance de las significaciones de los enunciados normativos.

En el *Postscriptum*²², Hart reafirma y sintetiza su posición de este modo: "El conflicto directo más radical entre la teoría del Derecho expuesta en este libro y la de Dworkin surge de mi afirmación según la cual, en cualquier sistema jurídico, habrá siempre algunos casos que no están reglamentados por la ley en los que en algún momento la decisión a favor o en contra no está dictada por el Derecho y, por consiguiente, éste es parcialmente indeterminado o incompleto. Si en tales casos el juez ha de llegar a una decisión y no, como lo sostuvo alguna vez Bentham, negar su jurisdicción o referir los aspectos no reglamentados por el Derecho existente a la legislatura para que decida sobre ellos, el juez debe ejercer su "discrecionalidad" y "legislar" para el caso en lugar de limitarse a aplicar el Derecho establecido preexistente. Por consiguiente, en aque-

²¹ Estándar "que ha de ser observado, no porque favorezca o asegure una situación económica, política o social que se considera deseable, sino porque es una exigencia de la justicia, la equidad o alguna otra dimensión de la moralidad". Un principio sería "ningún hombre puede beneficiarse de su propia injusticia". (Dworkin, 1984, p. 72).

²² Suele traducirse al castellano como "políticas"; pero, el sentido proveniente del inglés está conectado con el término "directriz"; "directrices políticas". Dworkin mismo se encarga de señalar que llama "policie" "al tipo de estándar que propone un objetivo que ha de ser alcanzado; generalmente, una mejora en algún rasgo económico, político o social de la comunidad". Un directriz sería "es menester disminuir los accidentes de automóvil". (Id.).

llos casos no previstos ni reglamentados por la ley, el juez crea nuevas leyes y aplica el Derecho establecido que le confiere sus poderes legislativos y a la vez los limita" (ver Rodríguez, 1998, p. 135). Como puede observarse de lo que él mismo dice, Hart apunta hacia la discrecionalidad judicial y lo hace equiparándola a una actividad creadora de Derecho.

Por su parte, Dworkin desarrolla su pensamiento asentándose en otras consideraciones, como aquella de que no es posible justificar, en el contexto democrático de un Estado de Derecho, la tesis de la discrecionalidad judicial como ámbito de libertad otorgado a los jueces para solucionar, mediante actos con carácter legislativo, los casos (difíciles) sometidos a sus conocimientos; pero, una que es básica para el modelo de decisión judicial que él propone es la distinción entre reglas (normas) y principios -dos nociones sobre las cuales se ha tejido bastante en los últimos tiempos-, y entre principios²³ (propriadamente dichos) y "policies"²⁴. Dworkin parte de no descartar la existencia de casos concretos que carezcan de una norma (regla) que les de solución. De producirse una situación tal -agrega- siempre será posible recurrir (aplicar) a reglas análogas o a los principios generales que inspiran al sistema jurídico respectivo. Los principios, para Dworkin, son parte del ordenamiento jurídico del que se trate, están en él desde antes de que el órgano jurisdiccional recurra a ellos para tomar una decisión, así que son la garantía de completitud del sistema. De tal suerte que, en cualquier caso, el juez siempre encontrará una respuesta dentro de las fronteras del propio Derecho.

Pero, como Dworkin mismo lo reconoce, puede darse el caso de que las dificultades surjan porque dos o más principios relevantes colisionan entre sí respecto de un caso concreto. En cualquier evento, dice Dworkin, el juez está obligado a elegir solo cierto tipo de principios: los principios en estricto sentido; en ningún caso, los jueces podrán recurrir a directrices. "Debe haber algunos principios que cuentan y otros que no cuentan, y debe haber algunos que cuentan más que otros. Eso no podría depender de las preferencias del propio juez, entre multitud de normas

²³ Esa cita de Dworkin ha sido extraída de "Cómo el derecho se parece a la literatura", texto contenido en *La decisión judicial. El debate Hart-Dworkin*, al que me he referido antes y consta en la bibliografía.

²⁴ Ibid.

extrajurídicas, todas respetables y, en principio, elegibles, porque si así fuera, no podríamos decir que ninguna regla fuese obligatoria" (Dworkin, 1984, p. 91).

Finalmente, en esta apretadísima síntesis de la teoría dworkiniana, no cabe soslayar su famosa metáfora de la novela, que alimenta su teoría sobre la actividad jurídico-interpretativa. "Definir en derecho casos difíciles se parece un poco a este extraño caso literario. El parecido resulta mucho más evidente cuando un juez pondera y se pronuncia en casos relativos al derecho consuetudinario, es decir, cuando ninguna norma escrita juega un papel importante en el asunto jurídico y la discusión gira en torno a qué principios o normas jurídicas 'subyacen' o 'están detrás' de las decisiones tomadas por otros jueces en el pasado. En ese caso, cada juez es como uno de los novelistas en la cadena. Él o ella debe repasar y leer lo que otros jueces han dictaminado en el pasado no sólo para saber qué han dicho, ni su estado mental al pronunciarse sino para llegar a establecer su parecer sobre lo que los otros jueces, en conjunto, han 'realizado', tal y como cada uno de nuestros novelistas se fue formando una opinión sobre qué era la novela hasta ese momento escrita."²⁵ Los jueces, siendo como los novelistas, tienen simultáneamente la responsabilidad de interpretar y crear; pero, en definitiva, en la cadena de interpretaciones y creaciones, no hay un único autor. "Una interpretación viable a la práctica del derecho debe también, de manera análoga, pasar por un examen de doble filo: debe ajustarse a dicha práctica y debe mostrar un valor, un punto. Pero el valor o punto en este caso no puede ser artístico porque el derecho no es una labor artística [...] Así las cosas, la interpretación de cualquier cuerpo o división del derecho, debe mostrar el valor de tal cuerpo jurídico en términos políticos, demostrando –o mostrando– el mejor de los principios que dicho cuerpo debe tener para prestar un servicio."²⁶ Si el juez debe optar por la respuesta que se fundamenta en los principios más valiosos, subyacentes en las prácticas de la que ellos forman parte, entonces, siempre habrá una única respuesta correcta.

²⁵ No olvidemos que, para mencionar un caso, en el derecho administrativo hay una bastante clara concepción de discrecionalidad.

²⁶

A modo de breve colofón

Esas dos posiciones, cuya comprensión cabal requeriría de muchísima más elaboración, tienen más puntos en común de lo que la polémica a la que dieron pie sugiere. Fijémonos tan solo en que, planteado el mismo problema de otro modo, quizás habría que comenzar por discutir cuál es la línea que separa a la actividad interpretativa de la discrecionalidad – siempre hablando de los órganos jurisdiccionales, por supuesto²⁷; o que, tal vez, debamos preguntarnos primero, como hace Ródenas (2001), a cuántas clases de sentidos suele aludir la expresión “indeterminación del Derecho”, para, entonces, preguntarnos también en cuáles de esos sentidos cabe –o aparece como forzosa– la discrecionalidad y en cuáles otros la dificultad puede resolverse a base de una mera interpretación. O, que es con la pregunta de arranque que más tentada me siento, ¿es siempre la interpretación (judicial) mera interpretación y nunca también discrecionalidad? La tarea tiene para rato. Este ha sido apenas un abre boca.

Bibliografía

- Alexy, Robert (1989): *Teoría de la argumentación jurídica. La teoría del discurso racional como teoría de la fundamentación jurídica* [trad. al castellano de Manuel Atienza e Isabel Espejo], Centro de Estudios Constitucionales, Madrid.
- Atienza, Manuel (2003): *El sentido del Derecho* [2ª ed. revisada, 1ª reimp.], Ariel Derecho, Barcelona.
- Atienza, Manuel (2006): *El Derecho como argumentación*, Ariel Derecho, Barcelona.
- Bulygin, Eugenio (2005): “Creación y aplicación del Derecho”, en *Lagunas en el derecho* [José Juan Moreso y Jordi Ferrer, dirs.], Marcial Pons, Madrid.
- Cárcova, Carlos (2005): “Sobre el razonamiento judicial”, en José Calvo y Cristina Monereo (Coords.), *Filosofía Jurídica y Siglo XXI. Ocho panoramas temáticos*, Universidad de Málaga, Málaga.
- Dworkin, Ronald (1984): *Los derechos en serio* [trad. al castellano de Marta Guastavino], Ariel Derecho, Barcelona.

27

- Kelsen, Hans (1963): *Teoría pura del Derecho* [trad. al castellano de Moisés Nilve], EUDEBA, Buenos Aires.
- Laporta, Francisco (1999): "Materiales para una reflexión sobre racionalidad y crisis de la ley", en *Doxa*, num. 22.
- Larenz, Karl (1980): *Metodología de la Ciencia del Derecho* [trad. castellana para España y América de Marcelino Rodríguez Molinero], Ariel, Barcelona.
- Lifante, Isabel (2002): "Dos conceptos de discrecionalidad jurídica", en *Doxa*, num. 25.
- Pérez, José Luis: "Ambigüedad, vaguedad y emotividad del lenguaje jurídico", en <http://homepage.mac.com/joseluisperez/documents/ambiguedad.pdf>. Consultada: 09-05-07.
- Prieto Sanchís, Luis (1998): *Ley, principios, derechos* [versión online: <http://books.google.com/books?id=Il8QmcpXhR4C&pg=PA19&ots=ljuJo809F0&dq=ciencia+del+derecho+racionalidad+de+la+ley&hl=es&sig=y57OrURWNMusAM8Jsd44aSbvSGA>]. Consultada: 05/05/07.
- Ródenas, Ángeles (2001): "En la penumbra: indeterminación, derrotabilidad y aplicación judicial de normas", en *Doxa*, num. 24.
- Rodríguez, César (1998): "Estudio preliminar" en *La decisión judicial. El debate Hart-Dworkin* [1ª reimp.], Siglo del Hombre Editores, Santafé de Bogotá.
- Zuleta, Enrique (1981): *Paradigma dogmático y ciencia del derecho*, Editoriales de Derecho Reunidas, Madrid.