

SEPARACIÓN DE PODERES Y CREACIÓN JUDICIAL DEL DERECHO HOY

PERFECTO ANDRÉS IBÁÑEZ

Sumário: Os tribunais e os juízes integram as chamadas instituições de garantia, às quais incumbe assegurar a sujeição de todos os poderes à lei. Para tanto não lhes basta uma simples divisão de funções com as instituições de governo, antes têm de estar verdadeiramente separadas. Dizer o direito não é uma atividade meramente declarativa nem puramente criativa, é algo bem mais complexo. Mais que produzir disposições de carácter geral, que para tal carecem da necessária legitimidade democrática constitucional, as determinações judiciais traduzem uma norma particular, inexistente até ao momento da decisão, sendo constituídas pela hipótese abstrata prevista pelo legislador e pelos contornos próprios do caso, em cujo esclarecimento o juiz se deve ativamente implicar. Por isso a jurisprudência dos órgãos jurisdicionais superiores não pode ter carácter vinculativo para os inferiores, os quais apenas estão vinculados à lei como fonte de direito. Nem logicamente se poderia admitir que tais disposições gerais fossem vinculativas apenas para a jurisdição, delas se eximindo os órgãos político-administrativos.

PODER OTRO

Hablar hoy de jurisdicción en sentido constitucional solo es posible en un marco estatal con separación de poderes. Al contrario de lo que suele predicarse de las relaciones entre las personas, la relación del judicial con las demás instancias de poder solo será *buena* allí donde esté presidida o responda real y eficazmente al criterio de la separación. Aquí, tratándose del poder judicial, estar separado y *no llevarse* con los *otros* es el estándar de la relación ideal-constitucional.

Y es que en la materia — como ha explicado muy bien Ferrajoli — entre las que él llama «instituciones de gobierno» y la judicial, que es la «de garantía» por antonomasia, lo que debe primar no es la mera *división*, sino una auténtica *separación*¹. Que es lo procedente, primero, por razón de la clase de legitimación que precisan y asiste a unas y a otra. En efecto, pues las primeras deben su legitimidad directamente al sufragio, mientras la de la segunda es de fuente constitucional-legal, aunque democrática en último

¹ Luigi Ferrajoli, *Principia iuris. 1 Teoría del derecho*, trad. cast. de P. Andrés Ibáñez, J. C. Bayón, M. Gascón, L. Prieto Sanchís y A. Ruiz Miguel, Trotta, Madrid, 2011, pp. 827-831.

término, dado que la Constitución y la ley son el producto más decantado y genuino de la soberanía popular. Y, en segundo lugar, por la diferencia de naturaleza de sus respectivos papeles: directamente político y de innovación en el supuesto de aquellas; de aplicación de la ley mediante la identificación de los supuestos previstos en ella, su calificación en derecho y la extracción de consecuencias bajo la forma de una decisión, en el de esta última.

El poder judicial es, pues, una instancia de garantía, encargada de asegurar la sujeción a la ley de todos los poderes. Esta afirmación, un tiempo polémica ², hoy se sostiene por sí sola, una vez acreditado por una experiencia demoledora el hecho de que la política (que realmente enloqueció en experiencias como las del nazifascismo y las dictaduras del Cono Sur de América Latina), ni siquiera en marcos de democracia constitucional puede decirse libre de los peores riesgos de caída en verdaderos abismos de ilegalidad. A la vista está lo que sucede actualmente en nuestros países, donde asistimos a la lacerante paradoja de que entre las formas más graves de delincuencia están las de fuente directa o indirectamente constitucional, como son las que discurren habitualmente bajo el nombre de corrupción.

Cierto es, y no puede perderse de vista, que de esta, como de otras formas de desviación, tampoco el poder de los jueces está libre. Por eso, su virtud está condicionada a la efectividad de las garantías, y radica, previa la observancia de estas, no en que la jurisdicción encarne el poder *bueno*, sino en que sea efectivamente un poder *otro*, sustraído a las dinámicas de la política y con un fuerte anclaje de la legalidad.

Poder de garantía y, como escribió lúcidamente Bonasi, cual si hubiera estado pensando en nuestra circunstancia, no solo «de tutela, [sino] también de resistencia» ³.

Ahora bien, poder que es el de decir el derecho en condiciones de independencia.

‘IUS DICERE’

Giovanni Tarello, en un texto ya clásico sobre el pensamiento de Montesquieu, hacía ver que, desde *L'Esprit des lois*, se entiende universalmente como administración de justicia: «el juicio realizado a partir de una formulación directiva preconstituida [...] por la legislación [...] una actividad puramente intelectual y no realmente productiva de derecho nuevo»⁴. Pero el mismo autor, años más tarde, subrayaba el hecho de que «las “normas” deben con-

² Cfr. al respecto, Otto Bachof, *Jueces y constitución*, trad. cast. de R. Bercovitz, Taurus, 1963.

³ Adeodato Bonasi, *La magistratura in Italia*, Nicola Zanichelli, Bologna, 1884, p. 16.

⁴ Giovanni Tarello, «Per una interpretazione sistematica de “L'Esprit des lois”», en G. Tarello (ed.), *Materiali per una storia della cultura giuridica*, I, 1971, p. 40. Dicho con Riccardo Guastini: «Los jueces tienen prohibido formular (“crear”) normas nuevas, no reconducibles a leyes preexistentes». Por eso, «la sujeción a la ley es un rasgo constitutivo de la noción misma de jurisdicción» (en *Il giudice e la legge*, Giappichelli, Turin, 1995, pp. 28 y 49).

siderarse más bien el *resultado* que el presupuesto de las actividades, en sentido amplio, interpretativas»⁵.

Esta penetrante reflexión, bien abonada por la experiencia, según creo, tiene un egregio precedente en un autor, tan interesado por la magia y misterio del lenguaje, como distante de las preocupaciones del profesor de Génova. Me refiero al Fernando Pessoa del *Libro del desasosiego*, con su afirmación: «decir es renovar»⁶. Agudísima observación, asimismo pertinente, sin duda, en el caso de que *lo dicho* sea el derecho contenido en una disposición. Algo, por lo demás, ya claro para Pietro Verri, cuando escribió que «interpretar significa hacer decir al legislador más de lo que ha dicho»⁷.

La clásica caracterización del juez como «bouche de la loi»⁸, con directo reflejo en un punto de vista al respecto tan conocido como el de Beccaria⁹, responde, seguramente, a una pretensión más prescriptiva que descriptiva motivada por un fenómeno ya denunciado por Montaigne: «hemos dejado opinar y decidir tanto a los jueces, que jamás hubo libertad más poderosa ni licenciosa»¹⁰. De este modo, en el planteamiento de los dos grandes autores ilustrados (ciertamente revolucionario, dado el momento), hay, a mi juicio, bastante menos ingenuidad en el modo de entender la relación juez-ley que, según diríamos hoy, «política del derecho».

En la materia, ha pasado mucha agua bajo los puentes, pero, con todo, la vieja cuestión sigue teniendo actualidad, porque la tiene el asunto que la subyace. Me refiero a la justificada inquietud que suscita el poder decisonal del juez en el marco de la interpretación-aplicación del derecho. A ello se debe el hecho de que no haya perdido toda su vigencia el punto de vista que, dicho con palabras de Guastini, sostiene que «interpretar es descubrir (empíricamente) el significado objetivo de los textos normativos»¹¹.

⁵ G. Tarello, *L'interpretazione della legge*, Giuffrè, Milán, 1980, pp. 37-38. La idea de que la *norma* jurídica es una *disposición* interpretada, fue enunciada inicialmente por Vezio Crisafulli, en la voz «Disposizione (e norma)», en *Enciclopedia del diritto*, Giuffrè, Milán, 1964, vol. XIII, pp. 195 ss.; también fue acogida por Gustavo Zagrebelsky, en *La giustizia costituzionale*, Il Mulino, Bolonia, 1977, p. 148.

⁶ Fernando Pessoa, *El libro del desasosiego*, trad. cast. de A. Crespo, Círculo de lectores, Barcelona, 1989, p. 450. «Las palabras alteran, las palabras añaden, las palabras quitan», escribió Susan Sontag, (en «Imágenes de la infamia», *El País*, 30 de mayo de 2004).

⁷ Pietro Verri, «Sulla interpretazione delle leggi», ahora en *Il Caffè 1764-1766*, edición de Gianni Francioni y Sergio Romagnosi, Bollati Boringhieri, Turín, 21998, II, p. 700.

⁸ Montesquieu, *Del espíritu de las leyes*, trad. cast. de M. Blázquez y P. de Vega, prólogo de E. Tierno Galván, Tecnos, Madrid, 1972, libro XI, cap. VI, p. 156, donde la traducción es: «el instrumento que pronuncia las palabras de la ley». Un punto de vista que encontrará eco en Hamilton: «El judicial [...] no posee fuerza ni voluntad, sino únicamente discernimiento» (en Hamilton, Madison, Jay, *El Federalista*, prólogo y traducción de G. R. Velasco, Fondo de Cultura Económica, México, 2.ª edición, 1957, cap. LXXVIII, p. 331).

⁹ «Tampoco la autoridad de interpretar las leyes penales puede residir en los jueces de lo criminal, por la misma razón de que no son legisladores» (en *De los delitos y de las penas*, edición bilingüe, a cargo de P. Andrés Ibáñez, con texto italiano fijado por G. Francioni, prólogo de Piero Calamandrei, Trotta, Madrid, 2011, p. 121).

¹⁰ Michel de Montaigne, *Ensayos*, edición y traducción de D. Picazo y A. Montojo, Cátedra, Madrid, 1985, vol. III, p. 338.

¹¹ Riccardo Guastini, *Le fonti del diritto e l'interpretazione*, Giuffrè, Milán, 1993, p. 334.

Esta actitud tuvo un exponente paradigmático en Piero Calamandrei, con su defensa de la legalidad a toda costa, incluso estando vigentes las leyes raciales del fascismo, y con su representación del juez como «prisionero dentro de los muros sin ventanas» del «castillo» del legislador, y obligado a «olvida[r] que fuera de aquella prisión el mundo vive al aire libre y se renueva sin cesar». Condenado a lo que califica de «segregación legislativa», de modo tal que «colocado ante una norma jurídica [...] se detenga a indagar únicamente los problemas que se refieran a su mecanismo formal»¹². Pero se trata de una actitud explicable en la coyuntura. Y es que en la Italia dominada por el fascismo, la sujeción a alguna ley, por demencial que esta fuera, siempre resultaría preferible a la voluntad omnímoda del escuadrista o del jerarca de turno.

Distinto es el caso de un autor contemporáneo como Requejo Pagés. Este — tomando como referente la normalidad del estado constitucional — asimila metafóricamente su «sistema jurídico» a «una red de distribución de agua», y postula un juez únicamente «habilitado para manipular la llave de paso» que tendría que «limitarse a recoger en el continente de sus resoluciones el producto que le llega desde las primeras fases del ordenamiento», sin «añadirles nada»¹³. La ley, por tanto, como un producto definitivamente elaborado, claro en su sentido y transparente en la expresión de la voluntad del autor: diríase, apto para resolver por sí solo y por la mera yuxtaposición del precepto a la descripción de las circunstancias del caso.

Es lo más probable que este último punto de vista, tan simplificador y contrafáctico¹⁴ tenga que ver con la pretensión de circunscribir la autonomía

¹² Piero Calamandrei, «El significado constitucional de las jurisdicciones de equidad», trad. cast. de S. Sentís Melendo, en *Estudios sobre el proceso civil*, Editorial Bibliográfica Argentina, Buenos Aires, 1961, p. 67.

¹³ Juan Luis Requejo Pagés, *Jurisdicción e independencia judicial*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1989, pp. 153-154. «Antes de la llamada civilización industrial — escribe Vittorio Villa — cuando se hablaba de las leyes y de su producción, se usaba el término agrícola de “fontana”, de “fuente”. Es decir, las leyes se parangonaban al agua emanado de una fuente, y este curioso término, se ha transmitido a nuestros días. [...] Este término agrícola-pastoril, de “Fuentes” se encuentra superado» (en *La fabbrica delle leggi*, Giuffrè, Milán, 1990, p. 3). Si esto sucede en cuanto a la forma de producción, que según el autor es más bien *fabril*, no se diga en el modo de aplicación.

¹⁴ Incluso *contranormativo*, una vez que constituciones como la española (art. 163) habilitan al juez para que haga una lectura crítica de la ley objeto de aplicación, y de estimarla «contraria a la Constitución», *le imponen* («planteará») la formulación de la correspondiente cuestión de inconstitucionalidad. Y no solo, si se considera que, como escribe Luis Prieto Sanchis: «la mayor parte de los asuntos constitucionales, es decir, de los problemas jurídicos en que se hace presente la Constitución, discurren fuera del Tribunal Constitucional, como por otra parte no podía ser de otra manera. Lo decisivo es que una Constitución con un denso contenido material que impregna todo el orden jurídico y que además se pretende garantizada, solo puede ser hecha valer a través de los procedimientos ordinarios para la defensa de los derechos e intereses; y los jueces necesariamente han de tomarla en consideración en todos los procesos junto a la ley, pero con preferencia a la ley. Es más, lo primero que han de hacer es comprobar si la solución legal se adecua a la constitucional» (en *Justicia constitucional y derechos fundamentales*, Trotta, Madrid, 2003, p. 170). Por eso Alessandro Pizzorusso ha hablado de «una sujeción condicionada» («Principio democratico e principio di legalità», en *Questione giustizia*: 2 (2003), p. 351. Sobre el modo de relación con ella que la constitu-

decisional del juez, saliendo al paso del hoy denostado como «activismo judicial». Pero, en cualquier caso, creo que el recurso consistente en presentar la (supuesta) normalidad jurisdiccional como el (falso) reino del «caso fácil» (incluso *facilísimo*) — que es lo que haría posible la regular intervención meramente *declarativa* de un juez como el de Requejo Pagés — tiene muchos más inconvenientes que ventajas, a la hora de propiciar una efectiva, inteligente y necesaria sumisión del mismo a la ley, que es de lo que idealmente se trata. Porque, discuriendo de ese modo, con franco desconocimiento de la verdadera naturaleza y complejidad de los actuales ordenamientos, se contribuye a la difusión de un modelo de juez, nada inusual y, a mi juicio, el más peligroso: el que opera desde una falsa conciencia de los perfiles reales del propio rol y de la calidad del mismo material normativo que aplica. Y se promueven actitudes judiciales irresponsables, presididas por el uso irreflexivo, por inconsciente, de la discrecionalidad inevitable ¹⁵.

CASOS GENERALMENTE COMPLEJOS

En la teoría del derecho, a partir de Hart se habla de «casos fáciles» y «casos difíciles», según los correspondientes supuestos fácticos caigan dentro de la zona de claridad o en la de penumbra del enunciado normativo, lo que, por el posible grado de indeterminación semántica de este, dará lugar a la existencia de un mayor o menor, o a ningún consenso, acerca de su campo de aplicación ¹⁶.

El criterio me parece que tiene su interés y su utilidad, pero, visto en la perspectiva de una aplicación judicial del derecho, diría que es un tanto simplificador, pues se atiene a una sola vertiente del asunto, la representada por la *quaestio iuris* y la relación entre las famosas premisas del tópico silogismo. Por eso a mí me parece más útil subrayar que la operación (conjunto de operaciones) implicada(s) en la actividad — nunca meramente *declarativa* y tampoco puramente creativa — de decir jurisdiccionalmente el derecho, presenta siempre un grado de complejidad inevitable. Que, además, en la perspectiva del juez o tribunal de instancia, generalmente, tiene que ver, no tanto con la adecuada inteligencia del referente legal *en sí mismo* ¹⁷ (sobre el que

ción española impone a los jueces ordinarios, resulta imprescindible remitir a las ya clásicas consideraciones de Eduardo García de Enterría, en *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*, Civitas, Madrid, 1981, pp. 66-68).

¹⁵ Como escribió José Puig Brutau, citando a Llewelin, «la doctrina que se propone eliminar todo arbitrio o libertad de los jueces para decidir, es una doctrina inservible. En la práctica da lugar a un margen de libertad *de facto*, no reconocida, pero no por ello menos efectiva, ya que, por quedar oficialmente ignorada, es menos fácil de encauzar y vigilar» (en *La jurisprudencia como fuente del derecho*, Bosch, Barcelona, s. f., p. 48).

¹⁶ Cfr. al respecto Isabel Lifante Vidal, *La interpretación jurídica en la teoría del Derecho contemporánea*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1999, pp. 224-226.

¹⁷ En la medida en que admita tal consideración, habida cuenta de que, según Alf Ross, «la interpretación no tiene punto de partida lingüístico independiente» (en *Sobre el derecho y la justicia*, trad. cast. de G. R. Carrió, Eudeba, Buenos Aires, 2ª edición 1970, p. 140.)

no faltarán orientaciones o pautas derivadas del propio contexto normativo y otras doctrinales y jurisprudenciales), como con la relación de este con el supuesto fáctico. Con «los hechos», que, como advirtiera Scarpelli: en tanto que «hechos sociales son los más complicados» de todos; hasta el punto de que «el mismo hablar de los hechos, como si los hechos estuvieran allí tranquilamente por su cuenta esperando nuestro conocimiento fáctico, es un modo ingenuo de expresarse, que oculta gruesas complicaciones epistemológicas»¹⁸.

En efecto, pues la clase de lectura del texto legal de que aquí se trata es la propia de la que Ferrajoli ha descrito — por oposición a la de naturaleza «doctrinal» — como «interpretación operativa», que «tiene por objeto, más que las normas, las concretas experiencias jurídicas», debido a que «la norma jurídica y la experiencia prevista por ella no son extrañables una de la otra, sino que, por el contrario, se dan conectadas por una relación semántica», de manera que «no hay un hecho y una norma en espera de ser unidos por un acto de calificación del hecho o de aplicación de la ley»¹⁹.

Así las cosas, diré que es en el *manejo* de esa relación singular, donde anida, a mi juicio, el principal ingrediente de *natural* dificultad del trabajo del juez-intérprete, que se expresa en un doble riesgo de desviación. Desviación, por un lado, juricista, en el tratamiento de la *quaestio facti*²⁰, con traducción en el forzamiento de los, o de algunos elementos de la misma, sin respetar su sustantividad y autonomía (relativa), y con el fin de hacerla *encajar* en la previsión típica. O desviación, también posible, en la comprensión de esta, para *hacer entrar* en ella un supuesto que, en rigor, no tendría cabida.

A fin de conjurar el primero de estos peligros, Ferrajoli postula la asunción del hecho como «objeto primario y privilegiado de conocimiento, y no en segmentos fragmentados y arrancados de su contexto [...] sino en la totalidad de sus relaciones y de sus singulares determinaciones»²¹. De modo que el criterio de la relevancia jurídica — con el que se operará necesariamente, pues si el hecho tiene interés para la jurisdicción es porque interesa al derecho — opere, *desde fuera* y como filtro de acceso, pero no a modo de una suerte de plantilla o pie forzado en la reconstrucción de aquel. En este punto es fundamental que, por decirlo de algún modo, en el curso de la inducción probatoria, el *operador racional* se imponga al *jurista*; obviamente *complementándolo*, porque en ese desdoblamiento metódico sin nada de esquizoide *cada*

¹⁸ Uberto Scarpelli, «Introduzione all'analisi delle argomentazioni giudiziarie», en Id. (ed.), *Diritto e analisi del linguaggio*, Edizioni di Comunità, Milán, 1976, 415).

¹⁹ Luigi Ferrajoli, «Interpretazione dottrinale e interpretazione operativa»: *Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto*, 1 (1966), pp. 292 y 299-300.

²⁰ Es lo que ocurre, como escribe Ferrajoli, cuando para soslayar las dificultades de subsunción, las proposiciones fácticas se formulan en términos total o parcialmente jurídicos, por ejemplo, en los escritos de acusación (en *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, trad. cast. de P. Andrés Ibáñez, J. C. Bayón, R. Cantarero, A. Ruiz Miguel y J. Terradillos, Madrid, 102011, p. 55).

²¹ Luigi Ferrajoli, «Magistratura Democratica y el ejercicio alternativo de la función judicial», en Varios autores, P. Andrés Ibáñez (ed.), *Política y justicia en el estado capitalista*, Fontanella, Barcelona, 1978, pp. 210-211.

uno tiene su papel, a la hora de elaborar un discurso rigurosamente argumentado, presidido por la observancia intelectualmente honesta del deber de motivar, en sus dos vertientes del caso.

En lo que hace al segundo de los riesgos considerados, creo que se debe partir de la conciencia de esa cierta indeterminación de los enunciados normativos, pero que no suele ser una indeterminación esencial del género de la afirmada por los exponentes del movimiento *Critical Legal Studies*²² (que no es que no pudiera darse en algunos casos). La *normal* indeterminación de aquellos es, pues, relativa, como lo acredita el hecho de que, en lo que aquí nos concierne, esto es, las decisiones judiciales, como los dictámenes de los juristas, aun moviéndose siempre en un marco (más o menos elástico) de opciones interpretativas posibles, en un significativo porcentaje de los supuestos son racionalmente predecibles con un estimable grado de aproximación. Tanto que en la contemplación de estos y de su posible desenlace en la experiencia jurisdiccional, es habitual que se formulen pronósticos con fundamento en el «punto de vista legal», tomado como una variable susceptible de consideración y de valoración intersubjetiva. Y así tiene que ser, pues, de otro modo el derecho sería en exclusiva lo decidido potestativamente en cada ocasión por el intérprete de turno.

En definitiva, el hecho de que la norma aplicable constituya más bien el resultado que el objeto de la interpretación judicial, no se traduce en que la subsunción sea el fruto de una invención. En presencia de un texto legal dotado de un razonable rigor semántico — dice bien Ferrajoli —, contando con una correspondencia empírica entre los usos lingüísticos del juez y los del legislador podrá hablarse de la «verdad» o «falsedad jurídica» de un ejercicio de subsunción, en virtud de un juicio, desde luego opinable²³.

Al respecto, hay que tener en cuenta que la aplicación judicial de la ley se produce regularmente en el contexto de una cultura jurídica, de una constitución material, de un cuadro de valores compartidos, y dentro del juego de un sistema de instancias, con la consiguiente decantación, por tanto, de algunas líneas jurisprudenciales de referencia.

EN UN MARCO JURISPRUDENCIAL

Una aproximación macroscópica a la función institucional de *decir el derecho* pone de manifiesto su naturaleza *coral*, dado que, objetivamente considerada, se practica a muchas voces, y todos los que contribuyen a la realización de esa tarea, sea cual fuere el lugar que ocupan en la geografía judicial, interactúan y se relacionan dialécticamente, de manera que el producto final es necesariamente cooperativo. Por eso creo que debe reinterpretarse

²² Cfr. al respecto, Juan A. Pérez Lledó, *El movimiento Critical Legal Studies*, Tecnos, Madrid, 1996, en particular pp. 265 ss.

²³ En *Derecho y razón*, cit., p. 46.

críticamente el tópicus de que la obtención del mismo como resultado corresponde en exclusiva al vértice judicial. De una parte, porque, por lo general, es en la primera instancia donde se fijan (con la mayor frecuencia, definitivamente) los supuestos de hecho, predeterminando en gran medida su tratamiento final *sub specie iuris*. Y de otra, porque, visto el asunto bajo este segundo prisma, tampoco podría sostenerse que el mayor y mejor grado de conocimiento y, por tanto, de calidad de las aportaciones, esté, siempre y por definición, en la cúspide del sistema de instancias. A la que, en todo caso, no corresponde la parte más difícil del cometido jurisdiccional.

Ninguna de estas afirmaciones quita un ápice de relieve a la función nomofiláctica, ciertamente importante, de los tribunales de casación. Tiene, desde luego, la que resulta del hecho de que deciden en último término, por lo general, de modo inapelable, en las causas. También la esencial, pedagógica, de la posibilidad de proponer — dada esa *altura* institucional — al más amplio auditorio, cargando las sentencias de razón, una forma ejemplar de abordar y resolver con racionalidad las cuestiones jurídicamente más significativas. Y de hacerlo con criterios que, además, siempre que esto sucede gozarán de universal aceptación, hasta el punto de operar *de facto* como un verdadero precedente *vinculante*, con la ventaja inobjetable de serlo por razón de la calidad del resultado y, como consecuencia, del prestigio de la fuente. Dada la singularidad organizativa de este ámbito de la geografía estatal — consistente en que en él, cada núcleo o momento decisional es autónomo por imperativo constitucional y en el curso de su actividad realiza contribuciones singulares, cabe que irrepetibles, de imprescindible consideración en los sucesivos momentos procesales — semejante modo de entender la jurisprudencia es el más adecuado al medio, el más *fisiológico*. A ello se debe que, en rigor, la convencional clave unidireccional de lectura (de arriba abajo) resulte tan poco pertinente en el contexto para definir la verdadera importancia de los respectivos papeles implicados. Esto vale en una aproximación jurídico-cultural al fenómeno jurisprudencial y del enjuiciamiento, pero no sólo. También si se adopta una perspectiva estrictamente funcional, por la rigurosa inter-complementariedad y lo decisivo de las diferentes aportaciones.

En el tópicus que se cuestiona, es difícil no ver un efecto de la impropia y perturbadora proyección del factor jerárquico-burocrático sobre el quehacer jurisdiccional; que es por lo que, en nuestro país, como en tantos otros, hablar de «jurisprudencia» ha sido, y es todavía, el modo usual de referirse (en exclusiva) a *la del Tribunal Supremo*; a cuya condición de histórico vértice político-judicial, se debe tal peso infracultural, hoy preconstitucional, que, con todo, permanece. De él forma parte la idea inaceptable de que los magistrados que lo integran deban gozar de un «estatuto especial», como algo supuestamente requerido por la, desde luego inexistente, singularidad *ontológica* de la función ²⁴.

²⁴ Por eso, la carencia de fundamento de la atribución de un «estatuto especial» al magistrado del Tribunal Supremo, como en el caso de nuestro país, que únicamente responde a la

La negativa interferencia del *cursus honorum* administrativo en el sistema de instancias no se agota en esas expresivas particularidades. También induce en los titulares de los tribunales *procesalmente* supraordenados a otros la falsa impresión de ostentar algún plus de cualificación jurisdiccional, por eso solo. Y en la organización judicial en su conjunto, un impulso hacia *arriba* con negativos efectos sobre las actitudes profesionales e, indirectamente, sobre los mecanismos de selección interna. Y al fin, sobre la calidad de la independencia y, en general, del trabajo mismo.

Es un dato contrastado que mucho antes de que tuviera vigencia formal el régimen de libre convicción en las magistraturas europeas, las *altas cortes* se consideraron en el derecho de hacer uso de esta. Un uso propiciado por su privilegiada colocación en el *ranking* de tribunales y que se tradujo en decisiones sin otro fundamento que el de tan mal entendido principio *de autoridad*, en sentido jerárquico-administrativo. Pues bien, constante la articulación de los jueces bajo la forma de *carrera*, la tradicional incidencia de esta en el sistema de recursos explica la larga permanencia de un arrastre histórico en lo jurisprudencial, que admite esta formulación: a mayor altura del rango la instancia con la consiguiente superioridad de sus integrantes en el *cursus honorum*, mayor *legitimidad* en el uso de la discrecionalidad, con menos carga de justificación²⁵. Un lugar común, por fortuna, hoy constitucionalmente inadmisibles, pero que se ha resistido a abandonar el campo.

Con todo, es obvio, la jurisprudencia de casación no puede dejar de irradiar desde el vértice. Pero, en buena ley, por un solo motivo, ahora de naturaleza jurídico-procesal (y no jerárquico-burocrática): el de ser ese tribunal el competente en exclusiva para el ejercicio de la función nomofiláctica, en cuyo desempeño no cabe sustitución. Tal cambio de fundamento en la lógica del sistema demanda otro de cualidad en la dialéctica entre instancias, es decir, en el modo de operar, que, a salvo la habilitación de aquel para decir la última palabra, debe ser esencialmente dialógico, porque es lo que corresponde a una función de carácter esencialmente cognoscitivo como la jurisdiccional. Así, el flujo de los criterios jurisprudenciales, en una consideración externa y meramente formal, será vertical, de arriba abajo. Pero en su elaboración deberá prevalecer una dinámica tendencialmente horizontal, la propia de una racional y abierta confrontación *de razones*, que en cuanto tales no saben de rangos protocolarios ni de jerarquías administrativas.

capacidad de presión del *lobby* constituido al respecto, en el ejercicio de una reivindicación corporativa que ha llegado a tener un inexplicable reflejo en el art. 299.2 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, con el argumento de que se trata de una «magistratura de ejercicio» (¿las demás no?) con un exigente régimen de incompatibilidades. (Me ocupé de este asunto en «Tribunal Supremo: dudosa cuestión de estatuto», en *El País*, 22 de marzo de 1999).

²⁵ Cfr. al respecto Giorgia Alessi Palazzolo, *Prova legale e pena. La crisi del sistema tra evo medio e moderno*, Jovene Editore, Nápoles, 1979, p. 30. «Non tenetur iudex causam in sententia exprimere, maxime si sit supremus magistratus», es un brocardo de generalizada larga vigencia en Europa, según Raffaele Ajello, en *Arcana iuris. Diritto e politica nel settecento italiano*, Jovene Editore, Nápoles, 1976, p. 339.

En el caso de España, no es tal, bien lamentablemente, la opinión del prelegislador actual, pues en el Anteproyecto de Ley Orgánica del Poder Judicial salido del Consejo de Ministros el 4 de abril de 2014, se prevé un, en extremo drástico, cambio de paradigma, claramente a peor ²⁶. En efecto, dado que según se lee en el art. 31.2 de ese texto, «determinada jurisprudencia del Tribunal supremo ²⁷ será vinculante», y, por eso, «de obligada aplicación para todos los jueces y tribunales en el ejercicio de la potestad jurisdiccional» (art. 32.1). También — continúa el precepto — aunque, llamativamente, solo *en principio*, para «los poderes públicos», que, «cuando un interesado invocare [ante ellos] una doctrina jurisprudencial vinculante [...] podrán rechazar motivadamente su aplicación al caso concreto, justificando expresamente las razones de su decisión».

Difícilmente podría concebirse nada más perturbador y capaz de producir mayores destrozos en el régimen constitucional y de principios que rige la materia que nos ocupa. En efecto, pues la reforma choca de plano con los de legalidad y de separación de poderes. De un lado, porque encomienda atribuciones consistentes en emanar disposiciones de carácter general, es decir, legislativas, a un órgano jurisdiccional; de otro, porque sustrae a todos los demás a la observancia *exclusiva* de la ley como fuente de derecho; y, ya para el colmo, porque crea un régimen privilegiado, de exención, para los órganos político-administrativos, que, a diferencia de los judiciales, podrán negarse a obedecer («rechazar») la aplicación de tales precedentes; y deberán ser oídos (cuando hubieran sido parte en el procedimiento) antes de atribuir efectos vinculantes a la doctrina que corresponda (art. 32.1, párrafo quinto).

Según el art. 117.1 de la Constitución, los jueces están «sometidos únicamente al imperio de la ley», esto es, a las normas de carácter general procedentes de los órganos políticos y representativos habilitados para dictarlas. Y si la sumisión ha de ser tal y, además, única, es claro que no podrá resultar interferida por precepto alguno igualmente vinculante, procedente de otra autoridad.

Como observa Ferrajoli, «los precedentes jurisprudenciales tienen, ciertamente, una notable capacidad de influencia en la jurisdicción. Pero es esencial no confundir prestigio (*autorevolezza*) y autoridad, fuerza persuasiva y fuerza autoritativa. Solamente la autoridad es fuente de derecho, según el clásico brocardo *auctoritas non veritas facit legem*. En cambio, la fuerza vinculante de los precedentes se funda solo en el prestigio sustancial, y no en alguna autoridad formal como la que compete al poder legislativo. En pocas

²⁶ Cfr. al respecto, Eduardo Calvo Rojas, «La denominada “doctrina jurisprudencial vinculante” en el anteproyecto de Ley Orgánica del Poder Judicial. Comentario crítico», en *Jueces para la Democracia. Información y debate*: 80 (2014), pp. 38 ss.

²⁷ La que trimestralmente decida el pleno de cada una de las salas, acordando qué «fundamentos de derecho de las resoluciones que hubiera dictado en ese periodo pudieran pasar a formar parte de la doctrina jurisprudencial vinculante» (art. 32.2).

palabras, en nuestros sistemas, los precedentes jurisprudenciales tienen el valor de argumentos persuasivos, pero no el valor de leyes. Valen por su sustancia y no por la forma o el órgano que los produce»²⁸.

Para cerrar este apartado, me parece conveniente subrayar que cuando se habla de la aplicación judicial de la ley, con frecuencia se olvida o deja de lado el hecho de que esta actividad se cifra en una relación del aplicador-intérprete con el texto que no se da en soledad, sino en un contexto, precisamente jurisdiccional. Esto quiere decir que aquel, normalmente, podrá contar con un marco de referencias generado de forma colectiva en la práctica judicial y, además, que su decisión deberá someterse al régimen de recursos previsto en la ley. Todo lo que da lugar a la entrada en juego de relevantes factores de corrección de posibles individuales imprevisiones y excesos.

LA PARTE DEL LEGISLADOR

El adecuado tratamiento judicial de la *quaestio iuris*, como es de total obviedad, precisa de un antecedente imprescindible, que incumbe en exclusiva al legislador. En efecto, pues difícilmente podría el juez atenerse al imperativo de legalidad estricta allí donde aquel no hubiera cumplido con carácter previo *su parte*, legislando tempestivamente siempre que sea preciso y haciéndolo con el exigible rigor técnico en la formación del lenguaje legal. Esta exigencia tiene un relieve particular en el caso del derecho criminal, donde el imperativo de taxatividad en la elaboración de los tipos penales es sumamente constrictivo, y reclama «el uso de términos de extensión determinada en la definición de las figuras delictivas, para que sea posible su aplicación en el lenguaje judicial como predicados “verdaderos de los” hechos procesalmente comprobados»²⁹. En España la situación del ordenamiento penal es bien poco satisfactoria en este punto. Baste decir que el llamado «Código Penal de la democracia», que data de 1995, ha experimentado desde entonces más de una veintena de reformas³⁰, sin contar la nueva y muy amplia que prepara la actual mayoría (que, por fortuna, seguramente no llegue ya a ver la luz). Se trata de un modo compulsivo de legislar, pegado a la oportunidad, a veces, se dice muy expresivamente: «a golpe de titular de prensa o de telediario», lo que no favorece nada la calidad del producto, sobre todo en el plano de

²⁸ L. Ferrajoli, *La democracia a través de los derechos*, trad. cast. de P. Andrés Ibáñez, Trotta, Madrid, 2014, p. 130.

²⁹ L. Ferrajoli, *Derecho y razón*, cit., p. 378.

³⁰ Está, además, el ordenamiento procesal-penal, presidido por una ley decimonónica, sucesivamente reformada (lo que no quiere necesariamente mejorada). Y la manifiesta incapacidad de las sucesivas mayorías en el gobierno para afrontar con eficacia la necesaria definitiva reforma, que se expresa en el hecho, harto expresivo, de que tanto la anterior socialista como la actual del PP dejarán sendos textos sin pasar de la fase de anteproyecto; y la evidencia de su patética incapacidad para alcanzar un mínimo consenso en materia tan crucial.

la coherencia. La situación es realmente grave y el reproche comprende a las sucesivas mayorías, por su desidia y por la demostrada incapacidad para alcanzar acuerdos en cuestiones fundamentales que reclaman un consenso de base y que, por eso, tendrían que estar, ser puestas, por encima de los coyunturales intereses de partido. De partidos que, por otro lado —, quizá este dato tenga alguna virtualidad explicativa de lo que se denuncia —, llevan decenios enredados en las vicisitudes procesales resultantes de sus diversas ilegalidades, muchas de código penal.

También, por ejemplo, en el campo del derecho privado y del derecho social cabe registrar incumplimientos de calado por parte del legislador, que, además, difícilmente podría ser casual, se dan regularmente en perjuicio de la parte débil de las relaciones propias de este ámbito. Esto es de la mayor evidencia en el caso de las medidas legislativas apresuradas impuestas por la crisis, precisamente, en perjuicio de los sectores más (siempre injustamente) golpeados por ella. Una evidencia que, en el caso del derecho laboral es ciertamente brutal, porque lo que está en curso en este sector del ordenamiento es un auténtico proceso de demolición de lo edificado, con tanta dificultad y tanto esfuerzo, a lo largo de tantos decenios.

Quizá nada tan expresivo del actual modo de legislar, como una noticia reciente: «El gobierno cambia 26 leyes de una tacada y sin debate parlamentario»³¹. En ella podía leerse: «El Congreso convalidará mañana, con los votos del PP, sin debate a fondo ni opción a enmiendas, el Real Decreto-Ley de Medidas urgentes para el Crecimiento, la Competitividad y la Eficiencia. Este paquete de 47 medidas económicas, aprobado el pasado viernes por el Consejo de Ministros [...] supone la modificación de 26 leyes». Es el (mal) signo de los tiempos.

Creciente complejidad del sistema de fuentes, vacío de legislación en materias fundamentales e inflación legislativa al mismo tiempo connotada por un déficit de constitucionalidad. Falta de rigor en el lenguaje legal, leyes condenadas a la provisionalidad por la unilateralidad del respaldo parlamentario, y, cada vez con mayor frecuencia, leyes-acto, esto es, verdaderos actos de gobierno, presididos por el coyunturalismo, emanados por el legislativo. Son ingredientes que contribuyen a configurar ese «sistema jurídico que se diría poblado de fantasmas, que de ley tienen solo la apariencia, pero no el cuerpo, la sustancia», del que — con referencia a Italia, «pero no solo», como advierte — ha hablado de forma gráfica Michele Ainis, que diagnostica: «En suma la ley está gravemente enferma. Más aún, esta enfermedad ha puesto en crisis la relación entre las instituciones y los ciudadanos, alimentando un sentimiento de desafección y de repulsa a todo lo que es público, de todos»³².

Semejante estado de cosas, es profundamente desestabilizador visto desde la perspectiva del juez, porque esa legislación emergente suele estar en franca contradicción con la línea de principios que emana de constituciones

³¹ *El País*, 9 de julio de 2014.

³² En *La legge oscura. Come e perché non funziona*, Laterza, Roma-Bari, 2000, p. VIII.

como las de nuestros países, lo que da lugar a marcos legales de un perfil esquizoide, que son inevitable fuente de inseguridad jurídica, en cuanto dilatan de una forma extraordinaria el campo de la interpretación.

LA CONTRIBUCIÓN DEL JUEZ

El juez carece de legitimación constitucional y de habilitación legal para emanar normas jurídicas de carácter general, propiamente hablando. Su función, dicho con Ferrajoli, es la propia de una institución «de garantía»³³. De constatación de actos relevantes para el derecho, de calificación de los mismos conforme a este, y de derivación de las consecuencias jurídicas también previstas por el ordenamiento en relación con ellos y para sus autores. En tal sentido, su actividad, la jurisdiccional, no es, pues, fuente de derecho. Por tanto, en rigor formal, no lo *crea*, sino que opera a partir del que (siempre en mayor o menor medida *in fieri*) ya existe, que es al que debe ajustar su proceder y sus decisiones como intérprete y aplicador, *concretándolo*, al mismo tiempo para el caso.

Pero, no obstante, hay que decir que el juez, quiera o no quiera, se ve constreñido a moverse en un contexto de referencias normativas que está lejos de darle *el trabajo hecho*. Esto sería así, incluso en el mejor de los supuestos, o sea, en el de contar con la mejor de las leyes, con la ley ideal. Pues, en todo caso, la visión del legislador, escribe Bin, será la propia del que «ve las cosas de lejos, con el grado de definición de quien sobrevuela una floresta»³⁴; que es por lo que, hay que dar la razón a Ricoeur, «ningún caso se limita a ser la ejemplificación de una regla»³⁵. Por tanto (y estando solo a la *quaestio iuris*), no haría falta afirmar que hoy, visto lo dicho acerca del modo de operar de la instancia parlamentaria en realidades como las nuestras, tan ajeno a este paradigma, el margen de maniobra del juez puede llegar a ser enorme, incluso muy a su pesar. Además, en nuestras latitudes, el marco en el que se mueve en tanto que intérprete-aplicador — integrado por disposiciones de distintos niveles y procedencias, no siempre coherentes, actuando sobre una realidad convulsa — será fluido, y, con ello, variable en su poder de constricción, esto es, en la intensidad de la sujeción a la ley de la potestad decisonal.

³³ Cfr. al respecto, *Principia iuris. Teoría del derecho y de la democracia*, trad. cast. de P. Andrés Ibáñez, J. C. Bayón, M. Gascón, L. Prieto Sanchís y A. Ruiz Miguel, Trotta, Madrid, 2011, I, pp. 831 ss. En cambio, las instituciones «de gobierno» tienen atribuidas funciones de «innovación jurídica a través de las leyes o disposiciones administrativas» (*ibid.*, p. 827). Sobre las diferencias entre autoridades políticas y autoridades jurisdiccionales, en la perspectiva en que se sitúan estas reflexiones, véase también Josep Aguiló Reglá, *Teoría general de las fuentes del derecho*, Ariel, Barcelona, 2000, pp. 121-123.

³⁴ Roberto Bin, *A discrezione del giudice*, Franco Angeli, Milán, 2013, p. 23. Corresponde a los jueces, en cambio, prosigue el autor, «distingu[ir] los particulares, como un cazador que se mueve dentro de esa misma floresta» (*ibid.*).

³⁵ Paul Ricoeur, *Lo justo*, trad. de C. Gardini, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1997, p. 185.

Escribió Montaigne que «es la palabra mitad del que habla y mitad del que escucha»³⁶. Esta apreciación, aunque no de forma mecánica en lo relativo al grado de implicación en la *cotitularidad* del discurso — que variará según la calidad de la intervención del autor del texto —, es perfectamente susceptible de trasladarse a nuestro terreno. Si bien, con la relevante particularidad de que aquí la relación se complica, debido a que la *lectura* no se agota en sí misma y no es *cosa de dos*, sino que a ella contribuyen también otros interesados, destinatarios finales, implicados en una situación por lo general conflictiva, en cuyo ámbito producirá importantes consecuencias. Respecto de estos, normalmente enfrentados acerca del sentido de la disposición legal que les concierne, el juez interviene, con la misma como instrumento, en la calidad de mediador. Por tanto, con una finalidad que es práctica, y que, por ello, incidirá de forma inevitable en la inteligencia del texto (que significa, siempre y solo, en un contexto), imponiendo la consideración de factores pragmáticos que no podrán dejar de influir en esa atribución de sentido, *sobredeterminándola* de algún modo. Así sucede que — como subraya Cerri — ya la misma fijación de «los perfiles de jurídica relevancia del hecho concreto» es el resultado de una búsqueda inevitablemente selectiva, presidida siempre por «alguna orientación»³⁷, que mal podría estar dada por el legislador.

Franco Cordero se ha referido al juez como «el obstetra *par excellence*, cuyas lecturas constituyen *res iudicata*»³⁸; o lo que es lo mismo, se traducen en una norma particular hasta ese momento *non nata* como tal, y entre cuyas determinaciones se cuentan, pues, los datos del caso. Estos, ya se ha dicho, nunca llegan a la mesa de aquel como un producto final, es decir, acabado, sino que él mismo debe implicarse activamente en su elaboración, operando en una perspectiva ya jurídicamente encaminada, en cuya elección le cabe también el protagonismo que viene señalándose³⁹.

Así las cosas, es claro, la actividad jurisdiccional se desarrolla en dos planos, estrechamente interconectados, cada uno de ellos connotado por un

³⁶ M. de Montaigne, *Ensayos*, cit., III, p. 367. En similar sentido, Octavio Paz ha dejado escrito que «poeta no solo es el que habla sino el que oye», en «El diálogo y el ruido», ahora en *Itinerario crítico. Antología de textos políticos*, selección y prólogo de A. González Torres, Conaculta, México, 2014, p. 266.

³⁷ Augusto Cerri, «L'indipendenza della magistratura nella teoria della divisione dei poteri», en Angelo Cervati y Mauro Volpi, *Magistratura e Consiglio superiore in Francia e in Italia*, Giapichelli, Turín, 2010, p. 39.

³⁸ En «Nomos basileus, lezione impolitica», en *Le strane regole del signor B.*, Garzanti, Milán, 2003, p. 14.

³⁹ Al respecto, R. Bin ha cuestionado el que califica expresivamente de «enfoque newtoniano», en el que el intérprete, en este caso el juzgador, operaría como «un observador externo» sobre un mundo de hechos y de derecho, para él dado y separado; y propugnado un enfoque inspirado en la física cuántica, en la idea de que «el observador actúa dentro del sistema observado y forma parte de él», con el resultado de que, aquí, «el mundo jurídico no existe como sistema determinista, sino como conjunto de potencialidades y posibilidades» (en *A discrezione*, cit., pp. 17-19).

estimable factor de indeterminación ⁴⁰, que, en esa doble vertiente, grava la situación sobre la que se debe decidir. Y se concreta en la prestación de una actividad sin cuya mediación, en el supuesto justiciable, la ley sería inoperante, puesto que precisa inexcusablemente de la intervención de un operador: el juez, que deberá *poner* algo (con frecuencia, bastante) que, en rigor, no está ni dado en el material probatorio ni anticipado *fotográficamente* en aquella.

En ninguno de los dos planos en que se mueve el quehacer jurisdiccional, pero, desde luego, no en el caso de la aplicación judicial de la ley (al que especialmente se refieren estas consideraciones), ese *poner algo propio* en un contexto connotado por un grado de indeterminación, no tiene nada que ver con el punto de vista kelseniano, en el que «la producción de la norma individual en el proceso de ejecución de la ley [...] es una función volitiva», la opción por una «entre las posibilidades ofrecidas por la norma [...] un problema de [...] política del derecho» ⁴¹, y la del juez una interpretación «auténtica» ⁴². Es más, allí donde el *modus operandi* de un juez siguiese este canon, más que de un acto de aplicación tendría que hablarse de una actuación prevaricadora. Con los márgenes que la relativa indeterminación semántica de los enunciados legales abre a la función del intérprete-aplicador y aun con otras posibles indeterminaciones, a las que se ha aludido, lo cierto es que este está constreñido a moverse en el marco de referencias normativas preestablecido, según pautas o criterios de lectura consagrados en la práctica científica y jurisdiccional a los que también se ha hecho alusión, y a hacerlo — esto es particularmente importante — de forma racionalmente argumentada. Se trata de esa «discrecionalidad “subordinada” de carácter supletorio o suplementario», distinta de la del legislador, y estrechamente ligada a la interpretación, de la que habló Betti ⁴³. Al fin, como resultado de una actividad esencialmente cognoscitiva, desarrollada a través de un articulado proceso discursivo y con un sustento de razones, se plasmará — ya en el momento propiamente decisional — en una conclusión opinable (lo propio de las alcanzables, fuera del campo de la lógica y de la matemática, con los recursos de las ciencias sociales). Y, ya se ha dicho, a diferencia del juez sobre el que tópicamente discurre la teoría del derecho, el que ejerce jurisdicción en la práctica, sabe que puede ser y normalmente será cuestionado en sus fallos, en general, revisables en otra instancia.

⁴⁰ Sobre la indeterminación en lo que se refiere al derecho, cfr. Juan Ruiz Manero, *Jurisdicción y normas*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1990, pp. 25 ss. y 181 ss.; Isabel Lifante Vidal, *La interpretación jurídica en la teoría del Derecho contemporánea*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1999, pp. 66 ss.; Ángeles Ródenas, *Los intereses del derecho. Indeterminación, validez y positivismo jurídico*, Marcial Pons, 2012, pp. 21 ss.; también J. Aguiló Reglá, *Teoría general*, cit., p. 108 ss.

⁴¹ En «Sulla teoria dell'interpretazione», en Hans Kelsen, *Il primato del parlamento*, ed. de C. Geraci, presentación de P. Petta, Giuffrè, Milán, 1982, pp. 164-165. En la materia, cfr. Juan Ruiz Manero, *ibid.*, pp. 25 ss.

⁴² Hans Kelsen, *Teoría pura del derecho*, trad. cast. de R. J. Vernengo, UNAM, México, 1979, p. 354.

⁴³ Emilio Betti, *Interpretación de la ley y de los actos jurídicos*, trad. cast. de J. L. de los Mozos, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1975, p. 147.

Por tanto, es verdad que el modo de operar judicial no responde, ciertamente, a lo denotado por el verbo «crear» en la primera acepción del Diccionario («producir algo de la nada»); pero sí a una de las concreciones de la segunda: «establecer [...] por primera vez una cosa», si bien, aquí, partiendo, no ya de «la nada», sino de algunos datos fácticos o elementos normativos preexistentes, para llegar a un resultado que, como tal, previamente no estaba *dado* y siempre podría haber sido otro.

Recuerda Atienza que interpretar el derecho (y, diría que más si se trata de aplicarlo) implica «una producción de normas que antes no existían (o no existían explícitamente)»⁴⁴, es decir, *como tales*, y, «en este sentido, es obvio que los jueces crean derecho», por más que esta sea «una creación peculiar»⁴⁵; y circunscrita en los «intersticios» de Cardozo⁴⁶. Y es que, en la perspectiva del caso, jurídicamente hablando, hay un antes y un después de la sentencia; que, además, aunque su eficacia sea formalmente *inter partes*, como subraya Aguiló Reglá, en tanto que «nueva norma [...] junto con los criterios utilizados para justificarla» ingresa de algún modo en el acervo del derecho objetivo con efectos, por pequeños que sean, de alcance normativo⁴⁷.

Genaro R. Carrió, en un texto de referencia obligada en esta materia, hizo ver que el debate aparentemente orientado a elucidar si en el ámbito de la interpretación «los jueces crean derecho», seguía en realidad girando en torno a qué es lo que estos «*deberían* hacer»⁴⁸. Como, a mi juicio, sigue haciéndolo en gran medida. A pesar de que, a estas alturas, ningún jurista sin telarañas (voluntarias o involuntarias) en los ojos, puede desconocer los auténticos perfiles de la (imprescindible) mediación jurisdiccional y la calidad y amplitud de los márgenes (incancelables) con que opera, en los dos planos en los que tópicamente se articula.

Pues bien, valdría ciertamente la pena que, a partir de esta evidencia tan fácil de constatar, la ideológica *preocupación* del formalista⁴⁹, cediera el

⁴⁴ Manuel Atienza, «Dos versiones del constitucionalismo»: *Doxa* 34, p. 82. Pues lo cierto es que, como escribe Aguiló Reglá, «el proceso de aplicación del derecho objetivo contribuye a la conformación del mismo» (en *Teoría*, cit., p. 103).

⁴⁵ Manuel Atienza, *El Derecho como argumentación*, Ariel, Barcelona, 2006, p. 53. En esta línea se inscribe el punto de vista de Mauro Cappelletti: «El verdadero problema no es, pues, el de un neto contraste entre los conceptos de interpretación y de creación del derecho, que en la realidad no existe. El verdadero problema es otro, o sea el del *grado de creatividad*» (en *Giudici legislatori?*, Giuffrè, Milán, 1984, p. 10). Y de creatividad habla también Vittorio Villa, a cuyo juicio: «*no se da interpretación sin creatividad*» (en «Un approccio pragmaticamente orientato alla interpretazione giuridica», en *Questione giustizia*, n.º 5, 2005, pp. 934-935).

⁴⁶ «Él [el juez] legisla solamente llenando lagunas. Él llena los espacios abiertos en el Derecho», escribió Benjamín N. Cardozo, en *La naturaleza de la función judicial*, trad. de E. Ponssa, Arayú, Buenos Aires, 1955, p. 90.

⁴⁷ J. Aguiló Reglá, *Teoría*, cit., pp. 111-112.

⁴⁸ Genaro R. Carrió, *Notas sobre derecho y lenguaje*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 4ª edición 1990, pp. 110-111 ss.

⁴⁹ En el sentido de Uberto Scarpelli, que denota con este término al que «entre los juristas, considera que el lenguaje jurídico, en el que el derecho se expresa, tiene una lógica auto-suficiente e íntegramente determinante de las operaciones de interpretación y aplicación del derecho mismo» (en «Introduzione», cit., p. 409).

campo a la *ocupación* activa en el *cómo* dotar al juez de una conciencia lúcida acerca de la auténtica naturaleza del ordenamiento que aplica, de la del propio rol y de la clase de bagaje cultural y técnico preciso para ejercerlo con el rigor constitucional exigible ⁵⁰.

⁵⁰ En este campo, donde la convencida asunción del deber de dotar de riguroso fundamento a las resoluciones — como forma de autocontrol del proceso decisonal y de apertura de este al control externo desempeña un papel central — tiene una importancia asimismo fundamental la teoría de la argumentación, presupuesto de la buena práctica argumentativa en que idealmente debería traducirse todo ejercicio de jurisdicción. Manuel Atienza se ha referido, con toda pertinencia, a *El Derecho como argumentación* (Ariel, Barcelona, 2006), en el título de una de sus obras; y hay que convenir en que, como por lo demás, él mismo pone también de manifiesto en otra de estas (*Curso de argumentación jurídica*, Trotta, Madrid, 2013, en particular, pp.107 ss. y 643 ss.), el buen ejercicio de la jurisdicción tendría que ser argumentación, en una parte muy, si no la más, esencial.