

LAS FUNCIONES DE LOS JUECES

SUMARIO

I. Agradecimientos. II. Introducción. III. La aplicación de las normas jurídicas. IV. La aplicación del Derecho. V. La jurisdicción. VI. La corrección de las decisiones judiciales. VII. La justificación de las decisiones judiciales. VIII. Discrecionalidad en la actividad judicial.

I. AGRADECIMIENTOS

II. INTRODUCCION

Les voy a ofrecer un resumen de las ideas fundamentales desarrolladas durante el curso, con omisión de los aspectos más técnicos de mis exposiciones.

La idea más fundamental de todas es la siguiente:

Los jueces, cualquiera que sea el orden jurisdiccional en el que desarrollen su actividad, tienen tres funciones u obligaciones básicas: 1ª) decidir los casos litigiosos que llegan ante ellos; 2ª) decidirlos conforme a Derecho, y 3ª) justificar o motivar sus decisiones.

Voy a hablarles a ustedes de estas tres funciones, sobre todo de las dos últimas. Pues, de la primera, de la obligación de decidir los casos litigiosos, su análisis no plantea ningún problema. Haré, no obstante, unas brevísimas observaciones.

En el momento en el que un caso litigioso llega a conocimiento de un juez, éste desarrolla una actividad, que puede ser denominada «proceso decisorio», tendente a la formulación de una decisión que resuelva el litigio. El proceso decisorio comprende diversas actividades psíquicas (y normalmente también sociales, laborales) del juez, siendo la última de ellas la formulación de la decisión (llamada «fallo», «acuerdo», etc.).

La formulación de una decisión que resuelva un litigio, la culminación del proceso decisorio, es la que merece el nombre de «acción de juzgar», en el sentido propio de la expresión. Ésta es la función esencial de los jueces, la única función connatural a la condición de juez. Un juez que no juzgue es impensable.

No obstante, como he dicho al inicio, los jueces realizan también otras actividades o funciones básicas: deciden los casos conforme a Derecho y además justifican sus decisiones. Estas otras actividades también pueden ser denominadas «funciones judiciales», entendiendo esta expresión en sentido amplio. Mas, para describir y comprender correctamente esas otras actividades, es preciso analizar detenidamente un tema difícil y con sustantividad propia, el tema de la aplicación del Derecho. Ello requiere a su vez entender qué es aplicar una norma jurídica.

III. LA APLICACIÓN DE LAS NORMAS JURÍDICAS

1. Introducción

Hasta el momento, los autores, filósofos del Derecho especialmente, que han abordado el tema de la aplicación de las normas jurídicas, han tratado todas las normas jurídicas por igual. Piensan que la aplicación de las normas jurídicas es siempre igual, cualquiera que sea la norma jurídica aplicada. Mi opinión, en cambio, es la contraria: que, en el tema de la aplicación de las normas jurídicas, hay que distinguir varios tipos de éstas.

En el Derecho existen normas jurídicas que ordenan o prohíben realizar ciertos comportamientos. Estas normas son prescripciones u órdenes. De ellas, unas van dirigidas a cualquier persona particular, física o jurídica, como las normas del Derecho civil o del Derecho administrativo, mientras que otras van dirigidas a los jueces, como las normas penales. Ésta es la primera distinción que hay que hacer entre las normas jurídicas a la hora de analizar el tema de la aplicación de las normas jurídicas.

Pero además no todas las normas jurídicas son prescripciones. Y éste es un dato importante en sí mismo, pero también para el tema de la aplicación de las normas jurídicas; un dato que merece un comentario detenido.

2. Normas jurídicas primarias y normas jurídicas secundarias

A mi juicio, no hay diferencia entre aplicar una regla cualificatoria y aplicar una norma jurídica dirigida a un particular. De ahí que, a efectos del tema de la aplicación de las normas jurídicas, las englobe unas y otras en la misma categoría: la categoría de las normas jurídicas que llamo «normas jurídicas primarias».

Mientras que llamo «normas jurídicas secundarias» a las normas jurídicas prescriptivas, cuyos destinatarios son los jueces.

Y pienso que no es lo mismo aplicar una norma jurídica primaria que aplicar una norma jurídica secundaria.

3. Sinopsis del tema de la aplicación de las normas jurídicas

Es imposible hacer una exposición breve o no técnica del tema de la aplicación de las normas jurídicas. El tema ha de ser expuesto inevitablemente con la ayuda de un vocabulario y de tesis de la lógica, la sintaxis y la semántica. Ello requiere un desarrollo prolijo y numerosos comentarios auxiliares, que vayan explicando uno a uno todos los términos de esas disciplinas que son usados en la exposición del tema. Por esta razón, ahora sólo puede hacer una descripción superficial.

A mi juicio todas las concepciones formuladas hasta ahora en el tema de la aplicación de las normas jurídicas son erróneas. Es errónea, en mi opinión, tanto la tradicional teoría del silogismo de la aplicación del Derecho, como la que denomino «concepción lógica de la aplicación del Derecho». A ambas es común la idea de que la aplicación del Derecho puede ser contemplada como un silogismo en el cual la ley, o norma jurídica que se aplica, ocupa el lugar de la «premisa mayor», un enunciado descriptivo ocupa el lugar de la «premisa menor» y, finalmente, la decisión judicial es la conclusión deducida de los dos enunciados previos.

Como alternativas a la teoría del silogismo de la aplicación del Derecho, han sido elaboradas otras concepciones, básicamente dos: la concepción argumentativa y la concepción irracionalista. Mi opinión respecto a estas teorías alternativas es más negativa aún que respecto a la teoría del silogismo de la aplicación del Derecho.

Frente a todas estas concepciones, yo he elaborado dos teorías: una, que denomino «concepción sintáctica», que pretende explicar qué es una decisión que aplica un enunciado jurídico primario; y otra que denomino «concepción semántica», que pretende explicar qué es una decisión que aplica un enunciado jurídico secundario.

IV. LA APLICACIÓN DEL DERECHO

Al abordar este tema es inevitable exponer qué entiende uno por Derecho. Mi opinión es que el Derecho es un conjunto integrado única y exclusivamente por normas jurídicas.

De ahí la siguiente conclusión: una decisión que aplica el Derecho es una decisión que aplica una norma jurídica.

Pero esta tesis que acabo de formular requiere un par de comentarios aclaratorios:

1º) Cuando un juez formula una decisión que aplica el Derecho, normalmente toma en consideración varias o numerosas normas jurídicas. Sin embargo, al final, la decisión del juez aplica una sola norma jurídica: aquella cuya consecuencia abstracta es trasladada por la decisión al caso concreto (la decisión “traslada” la consecuencia abstracta de una norma jurídica al caso concreto de forma diversa, según se trate de una norma jurídica primaria o de una norma jurídica secundaria).

Por ejemplo, supongamos que A hace a B una reclamación de daños y perjuicios por incumplimiento de una obligación contractual. Normalmente, el juez que decida este caso examinará (entre otras cosas) si, según el Derecho, hubo un contrato entre A y B y si, según el Derecho, B estaba obligado a realizar alguna prestación. Para ello, el juez tendrá que examinar varios enunciados jurídicos. Pero si la decisión del juez condena a B a indemnizar a A, dicha decisión aplicará un único enunciado jurídico, que no es ninguno de los enunciados anteriores, sino el que ordena indemnizar por los daños causados por incumplimiento de las obligaciones (Art. 1.101 del Código Civil).

Otro ejemplo. Supongamos que al individuo B se le impone una sanción por no pagar un impuesto que grava a los propietarios de fincas urbanas, y el asunto llega ante un juez. Éste, normalmente, tendrá en consideración diversos enunciados jurídicos a fin de determinar si la finca en cuestión es realmente una finca urbana y si B es realmente propietario de dicha finca. Pero si la decisión del juez ratifica la sanción, dicha decisión estará aplicando un único enunciado jurídico, que no es ninguno de los anteriores, sino otro enunciado que sanciona el impago de ese tributo.

2º) Otro comentario aclaratorio es el siguiente. El Derecho contiene enunciados que, aparentemente, son incompatibles entre sí. Sin embargo, es posible que una cuidadosa interpretación de dichos enunciados revele

que esa incompatibilidad sólo es aparente, no real. Por ejemplo, supongamos un enunciado jurídico que es una regla general y otro enunciado jurídico que es una excepción a dicha regla. Si nos limitamos a considerar ambos enunciados en su sentido literal, éstos son incompatibles. Sin embargo, el sentido que interesa al intérprete del Derecho no es el sentido literal de los enunciados jurídicos, sino su sentido total, su sentido en atención a su contexto. Y es posible que el sentido total de la regla general (el sentido de la regla general teniendo en cuenta su contexto, del que forma parte la excepción) no sea incompatible con el sentido total de la excepción (con el sentido de la excepción teniendo en cuenta su contexto, del que forma parte la regla general). En cualquier caso, debe tenerse presente que aplicar un enunciado jurídico es aplicar lo que un enunciado jurídico dice, no literalmente, sino conforme a su sentido total.

Pero también puede ocurrir que la interpretación revele lo contrario, o sea, que la incompatibilidad es real. En este caso, es posible que dos decisiones sean incompatibles entre sí y ambas apliquen el Derecho, ya que cada una de ellas aplica un enunciado jurídico incompatible con el enunciado jurídico que aplica la otra. Exigir, en situaciones como la que acaba de ser descrita, que los jueces apliquen el Derecho armonizando enunciados jurídicos incompatibles es pedir un imposible.

3º) El último comentario respecto a la aplicación del Derecho es el siguiente:

Las obras de filosofía del Derecho sitúan el tema de la aplicación del Derecho en los más diversos apartados: en la metodología jurídica, en la teoría de la interpretación del Derecho, en la teoría de la argumentación jurídica, en la teoría de la razón práctica, en la ética, etc.

A mi juicio, la respuesta correcta a la cuestión que acaba de ser suscitada es la conclusión de las observaciones siguientes:

1ª) El tema de la aplicación del Derecho es, ante todo, el tema de la aplicación del Derecho por decisiones judiciales que resuelven casos litigiosos

2ª) El Derecho está integrado únicamente por normas, por normas jurídicas. Por ello, una decisión judicial que aplica el Derecho es una decisión judicial que aplica una norma jurídica.

3ª) Es una cuestión discutida la de si las decisiones judiciales son normas jurídicas o no. Si aceptamos que si lo son, nuestro tema se convierte en el de la aplicación de una norma jurídica por otra norma jurídica.

4ª) El tema que nos interesa es entonces el de la relación, relación de aplicación, que existe entre dos enunciados jurídicos.

5ª) Se trata, más concretamente, de definir esa relación de aplicación que existe entre dos normas jurídicas: entre una norma jurídica cualquiera y una decisión judicial cualquiera. [Según la concepción lógica, y dicho simplifadamente, dicha relación es una relación lógica; en cambio, conforme a las tesis que yo defiendo, se trata, dicho también simplifadamente, de una relación sintáctica o de una relación semántica, según cuál sea la norma jurídica aplicada.]

6ª) Al abordar ese problema, estamos estudiando una *relación* entre normas jurídicas desde una perspectiva generalista (se analiza la relación entre un enunciado jurídico *cualquiera* y una decisión judicial *cualquiera*) y desde el punto de vista interno (al margen de cualquier consideración de los enunciados jurídicos como fenómenos sociales).

7ª) El estudio de las relaciones entre los enunciados jurídicos desde un punto de vista interno y generalista es competencia de la teoría del ordenamiento jurídico.

8ª) La teoría del ordenamiento jurídico es una parte de la teoría general del Derecho, la cual estudia desde un punto de vista interno y generalista cualquier aspecto del Derecho (sean las relaciones entre enunciados jurídicos, sea cualquier otra cuestión).

9ª) Por consiguiente, la aplicación del Derecho por decisiones *judiciales*, la aplicación *judicial* del Derecho o la parte de la aplicación del Derecho relativa a las decisiones judiciales, es un tema propio de la teoría del ordenamiento jurídico y, en última instancia, de la teoría general del Derecho.

V. LA JURISDICCIÓN

Una vez aclarado qué es aplicar el Derecho, podemos comenzar a abordar la segunda función importante de los jueces, la jurisdicción.

«Jurisdicción» significa «decir el Derecho». Y dicen el Derecho, no sólo los jueces, o sea, las personas, sino también y ante todo las decisiones, las decisiones de los jueces.

Mas las decisiones judiciales dicen el Derecho de forma diversa, según el tipo de decisión de que se trate. A este respecto hay que tener en cuenta que una decisión que pone fin a un caso litigioso es la respuesta que el juzgador, la persona que enjuicia el caso, da a una petición formulada en el litigio. Esta observación permite clasificar las decisiones que resuelven los litigios en dos categorías: decisiones *estimatorias*, que son las que estiman o acogen una petición formulada en el litigio, y decisiones *desestimatorias*, que son las que desestiman o rechazan una petición formulada en el litigio.

Tratándose de decisiones *estimatorias*, «decir el Derecho» significa lo mismo que «aplicar el Derecho». Por ello, una decisión estimatoria dice el Derecho cuando aplica el Derecho.

En cambio, una decisión desestimatoria de una petición dice el Derecho cuando no es posible una decisión estimatoria de dicha petición que aplique el Derecho.

Si hablamos, no de decisiones, sino de personas, de los jueces, *un juez aplica* el Derecho (en un caso dado) si, y sólo si, (en dicho caso) formula una decisión que aplica el Derecho. Del mismo modo, *un juez dice* el Derecho o realiza la función jurisdiccional (en un caso dado) si, y sólo si, su decisión dice el Derecho (si, y sólo si, su decisión dice para ese caso lo mismo que el Derecho dice para dicho caso).

El juez que aplica el Derecho dice el Derecho. Pero es posible que el juez diga el Derecho, o sea, realice la actividad jurisdiccional, pero no aplique el Derecho, no aplique ningún enunciado jurídico. Esto es lo que ocurre cuando no es posible una decisión estimatoria que aplique el Derecho y el juez formula una decisión desestimatoria. En estos casos, el juez dice el Derecho, pero no aplica el Derecho.

VI. LA CORRECCIÓN DE LAS DECISIONES JUDICIALES

Hemos visto qué es una decisión que dice el Derecho. Ello nos permite abordar ahora un tema tan importante como es el de la corrección de las decisiones judiciales.

1. Corrección como conformidad al Derecho

La corrección de una cosa cualquiera depende de cuál sea la regla, criterio, etc., con la cual dicha cosa sea comparada.

En el caso de las decisiones judiciales, muchos autores enjuician su corrección comparándolas con reglas, criterios, principios, etc., proporcionados por la filosofía del Derecho. Entre esos criterios figuran los valores, ante todo la justicia; también las reglas morales. Quienes así piensan sostienen que una decisión judicial correcta es la que es justa o conforme a reglas morales. Otros autores opinan que, para que una decisión judicial sea correcta, es necesario que sea universalizable, esto es, que sea válida para casos litigiosos similares a aquel para el que la decisión ha sido formulada. Y es también la filosofía del Derecho la que proporciona el siguiente criterio: lo importante no es el contenido de la decisión sino el proceso o procedimiento que culmina en ella; lo importante es que en dicho procedimiento hayan sido respetadas una serie de reglas (muchas de estas reglas no son reglas jurídicas, enunciados jurídicos, sino reglas de otro tipo, proporcionadas por la filosofía, por ejemplo, reglas de argumentación). Según esta opinión, una decisión judicial correcta es el resultado final de un procedimiento en el que han sido respetadas las reglas citadas.

No voy a polemizar con esos criterios que la filosofía del Derecho proponer para controlar la corrección de las decisiones judiciales. Simplemente, me voy a limitar a formular un criterio distinto de corrección. Para mí, el criterio de corrección de las decisiones judiciales no lo proporcionan las reglas filosóficas, sino las reglas o normas jurídicas, el Derecho, en definitiva. Para mí *una decisión correcta es la que es conforme al Derecho*.

Mas la conformidad al Derecho o corrección de una decisión puede ser enjuiciada desde dos puntos de vista o, dicho más precisamente, con arreglo a dos tipos de enunciados jurídicos: procedimentales o sustantivos. Esta distinción obliga a distinguir entre la corrección procedimental y la corrección sustantiva o material de las decisiones.

2. Corrección procedimental

Antes del comienzo del proceso decisorio del juez, tendente a la formulación de una decisión que ponga fin al caso litigioso, el litigio ha

seguido ya un determinado curso o proceso. En el Derecho existen normas jurídicas que regulan ese proceso. Estas normas establecen, entre otras cosas, cuál es la jurisdicción (civil, penal, etc.) qué ha de conocer el litigio, qué tribunal (juzgado, audiencia, etc.) dentro de cada jurisdicción tiene la competencia para conocer el litigio, y cuál es el procedimiento procesal propiamente dicho que ha de ser seguido para resolver el litigio. Una decisión *procedimentalmente* correcta, procedimentalmente conforme a Derecho, es la culminación de un trámite procesal en el que han sido respetadas todas las normas jurídicas citadas.

Los filósofos del Derecho prestan poco atención al tema de la corrección procedimental de las decisiones. Mas, para la filosofía del Derecho, la corrección procedimental de una decisión es una cuestión importante. Es importante, por ejemplo, por sus posibles repercusiones en la nulidad de la decisión; lo cual, a su vez, puede condicionar la juridicidad de dicha decisión, una cuestión ontológico-jurídica, filosófico-jurídica.

3. Corrección material

El interés de los filósofos del Derecho se centra en la corrección material de las decisiones. Y yo también, en las páginas que siguen, me centraré en esta cuestión.

La corrección material de una decisión judicial depende de su contenido, depende de que su contenido sea conforme al Derecho (dado que he decidido tomar las normas jurídicas como criterio de corrección de las decisiones). Y el contenido de una decisión, que resuelve un caso litigioso, es conforme al Derecho si la decisión dice el Derecho; si, y sólo si, la decisión dice para ese caso lo que el Derecho dice para ese caso. La consecuencia de estas observaciones es que *una decisión materialmente correcta es la que dice el Derecho*.

Por tanto, no es condición suficiente para la corrección material de una decisión el que ésta sea justa, razonable o racional, ni tampoco el que tenga consecuencias sociales deseables. El que una decisión tenga estas características tampoco es un requisito necesario para su corrección material. Cuando se enjuicia la corrección material de una decisión judicial con arreglo a juicios de valor o con criterios teleológicos, como es frecuente en la teoría y en la práctica jurídica, se entiende por corrección (material) de una decisión algo distinto de la conformidad a las normas jurídicas, algo distinto de la conformidad al Derecho.

Repito la tesis de que una decisión materialmente correcta es la que dice el Derecho. Recordemos, por otra parte, que una decisión estimatoria que dice el Derecho es la que aplica el Derecho. De ello se deduce que una decisión *estimatoria* materialmente correcta es la que aplica el Derecho.

En cuanto a la corrección material de una decisión desestimatoria, también para ellas es válida la tesis general de que una decisión materialmente correcta es la que dice el Derecho. Pero una decisión desestimatoria dice el Derecho si, y sólo si, no es posible una decisión estimatoria que aplique el Derecho. Por ello, la consecuencia es ahora que una decisión *desestimatoria* es materialmente correcta si, y sólo si, no es posible una decisión estimatoria que aplique el Derecho.

4. La exigencia jurídica de corrección material para las decisiones judiciales

A) La jurisdicción como función judicial.

a) Exposición.

Llegados a este punto, podemos abordar el aspecto fundamental de la actividad jurisdiccional. Pues hasta el momento lo único que he dicho al respecto es en qué consiste dicha actividad; me he limitado a determinar qué es una decisión que dice el Derecho y cuándo un juez dice el Derecho o realiza la actividad jurisdiccional.

Pero la observación principal es la de que, para los jueces, la jurisdicción no es una mera actividad entre otras posibles, sino que es *una actividad ordenada por el Derecho, una obligación*. La Constitución Española de 1978 y la Ley Orgánica, del Poder Judicial, de 1985, atribuyen a los jueces como función, como única función, la jurisdicción, esto es, la función de decir el Derecho del caso litigioso que llega ante ellos.

La observación de que, para los jueces, la jurisdicción es una obligación impuesta por el Derecho exige varios comentarios, antes de pasar a otros temas.

b) Comentarios

Comentario 1º)

El primer comentario es el siguiente:

La jurisdicción es la segunda obligación o función básica de los jueces, junto a la función de decidir los casos litigiosos, y es *una concreción* de ésta. Quiero decir que los jueces tienen ante todo la obligación de decidir los casos; pero además han de decidirlos de una manera concreta, han de decidirlos diciendo el Derecho.

La función de decidir litigios es connatural a la condición de juez, al margen de lo que el Derecho diga al respecto. En cambio, la función de decidir los casos diciendo el Derecho, la función jurisdiccional, es una obligación impuesta por el Derecho y por tanto contingente.

Pues el Derecho podría haber asignado a los jueces otra función, distinta de la jurisdiccional. Por ejemplo, el Derecho podría haber asignado a los jueces la función de juzgar, de decidir los casos litigiosos, realizando la justicia, o garantizando la seguridad de los ciudadanos, o aplicando una ley divina o religiosa, o según los criterios personales de cada juez. No es algo lógico o necesario que el Derecho asigne a los jueces la función de juzgar diciendo el Derecho.

En un libro publicado este mismo año en España, su autor dice lo siguiente: «En todos los tiempos y en todas las culturas los conflictos se han resueltos por hombres, especializados o no, pero por descontado seres humanos que decidían según criterios rigurosamente personales aunque fueran de inspiración muy distinta: la tradición, la voluntad de un poderoso, el sentido común, una supuesta voluntad divina, decisiones judiciales anteriores, la venalidad o, en fin, las leyes. En el siglo XVIII, empero, se extendió una pretensión inédita. Los ilustrados y sus sucesores

propugnaron sustituir el juicio de los hombres por el juicio de las leyes, entendiendo que la decisión de los conflictos procedía de la Ley». Esa “pretensión inédita” de la época de la Ilustración es la que está recogida en nuestros ordenamientos jurídicos actuales.

Comentario 2º)

Un segundo comentario es el siguiente:

La Constitución y la Ley Orgánica del Poder Judicial establecen que los jueces han de formular decisiones que digan el Derecho. Más, ¿de qué Derecho se trata? ¿Se trata del Derecho de hoy, del Derecho del pasado, o del Derecho del futuro?

Esta pregunta tiene la siguiente respuesta general: el único Derecho relevante para nuestras vidas es el Derecho del día en que vivimos. Para cualquier cosa, hecho, situación, etc., y cualquiera que sea el día en que haya tenido lugar, *el único Derecho relevante un día cualquiera es el Derecho de ese día.*

Pues sea *d* un día cualquiera.

Del Derecho posterior al día *d* nada se puede decir con certeza ese día. Es posible que el Derecho posterior al día *d* atribuya alguna consecuencia a hechos o situaciones producidos el día *d*, de tal manera que, si el día *d* hubiéramos conocido dicha consecuencia, nuestro comportamiento el día *d* habría sido distinto del que fue. Pero el día *d* ignoramos esa consecuencia y el Derecho que la contiene. Por ello ese Derecho no puede ser relevante para nosotros el día *d*.

En cuanto al Derecho anterior a *d*, este Derecho será relevante el día *d* sólo en la medida en que siga siendo Derecho en *d* o bien en el caso de que el Derecho del día *d* se remita a él, se remita a ese Derecho del pasado (como hacen algunas disposiciones transitorias).

En consecuencia, para cualquier acto del juez, incluido el acto de formular una decisión resolutoria de un litigio, el único Derecho relevante el día en el que la decisión es formulada es el Derecho de dicho día. La conclusión final es, pues, que el juez ha de decir el Derecho *del día en el que formula su decisión.*

Comentario 3º)

El tercer comentario es el siguiente:

La obligación que el Derecho impone a los jueces de decidir los casos diciendo el Derecho no es incondicional, sino que está sujeta a una serie de condiciones. Estas condiciones varían de un ordenamiento jurídico a otro, de un orden jurisdiccional a otro, e incluso de un procedimiento procesal a otro. Teniendo en cuenta el Derecho español actual, pero sin distinguir entre órdenes jurisdiccionales, ni procedimientos procesales, se puede afirmar que la obligación jurisdiccional de los jueces está sujeta, entre otras, a los condicionamientos siguientes:

a) Que se formule al juez una petición (“principio de justicia rogada”). Si al juez no se le formula ninguna petición, el Derecho no obliga al juez a intervenir en el conflicto en ningún sentido.

b) Que la demanda en la que se formula la petición cumpla ciertos requisitos, por ejemplo, requisitos relativos a los datos contenidos en la demanda, o a los documentos anexos a ella, o al tiempo en que la demanda es presentada. Si la demanda no cumple esos requisitos, puede ocurrir que el Derecho obligue al juez a rechazar la demanda y la petición contenida en ella.

c) Si es dudoso el que se haya producido o no un hecho relevante para la petición que ha recibido, el juez está obligado según el Derecho a desestimar la petición (pues el Art. 217 de la Ley 1/2000, de Enjuiciamiento Civil, dice lo siguiente: «Cuando, al tiempo de dictar sentencia o resolución semejante, el tribunal considerase dudosos unos hechos relevantes para la decisión, desestimará las pretensiones del actor o del reconviniente, o las del demandado o reconvenido, ...»). También ahora puede ocurrir que esa desestimación no diga el Derecho.

d) Hay enunciados jurídicos procesales cuya infracción es causa de nulidad según el Derecho (por ejemplo, los enunciados procesales cuya infracción produce indefensión a una de las partes). En estos casos, y siempre que la falta no sea subsanable, el Derecho autoriza al juez a decretar la nulidad de las actuaciones, antes de que llegue el momento procesal de formular la decisión que resuelva el litigio y que debería decir el Derecho.

Comentario 4º)

El Derecho, al atribuir a los jueces como única función la jurisdicción (el Derecho español es muy tajante a este respecto), impone a los jueces como única obligación la de juzgar los casos litigiosos que llegan ante ellos realizando la actividad jurisdiccional, o sea, formulando decisiones que digan el Derecho. De esta manera, *por lo que respecta al contenido de las decisiones judiciales, el Derecho sólo exige que dichas decisiones digan el Derecho.*

Es posible que respecto a un mismo caso litigioso sean posibles decisiones diversas, incluso diametralmente opuestas, que digan el Derecho (ya hice antes esta observación). Cuando esto ocurre, el juez que formula una cualquiera de esas decisiones cumple su función jurisdiccional. Aunque en estos casos cabría exigir al juez algo más; cabría exigirle que su decisión, además de decir el Derecho, fuera la más equitativa para el caso litigioso. El mismo autor que antes he citado dice en otro lugar: «El juez justo no es el que hace “su” justicia prescindiendo de la Ley, el que impone su sentimiento personal con independencia del Derecho sino el que aplica el Derecho en un sentido justo»

La exigencia de aplicar el Derecho en el sentido más justo o equitativo puede ser contemplada como una imposición del Art. 3.2 del Código Civil español («La equidad habrá de ponderarse en la aplicación de las normas, si bien las resoluciones de los Tribunales sólo podrán descansar de manera exclusiva en ella cuando la ley expresamente lo permita»). Por ello, dicha exigencia puede ser contemplada como una exigencia jurídica para las decisiones de los jueces españoles. Respecto a otros ordenamientos, en los que no exista un precepto parecido a dicho artículo, puede ser una exigencia extrajurídica. En cualquier caso, se trata de una exigencia

secundaria respecto a la obligación fundamental de los jueces que es la jurisdicción.

Pero en otras ocasiones ocurre que sólo es posible una decisión judicial que diga el Derecho y dicha decisión nos parece injusta, poco razonable, etc. Ello revela, no que dicha decisión sea materialmente incorrecta (si dice el Derecho, la decisión es materialmente correcta), ni tampoco que el juez haya realizado mal su tarea (su tarea jurídica, que es la de formular decisiones que digan el Derecho), sino si acaso que el legislador ha realizado mal la suya. El juez que formula una decisión que dice el Derecho, pero que es injusta, poco razonable, etc., incumple quizá alguna "obligación filosófica", algún deber formulado por la filosofía, tal como el de formular una decisión justa o una decisión conforme a ciertas reglas o principios morales. Pero no incumple ninguna obligación jurídica, ningún enunciado jurídico. En cambio, si la decisión judicial no dice el Derecho, si el juez no realiza la función jurisdiccional, entonces, por muy justa que pueda ser su decisión, el juez incumple el Derecho (incumple, en el caso de España, la Constitución y la Ley Orgánica del Poder Judicial, nada menos).

La posibilidad de que una decisión sea injusta debido a que el Derecho que la decisión dice o aplica sea también injusto es un problema práctico, indudablemente (posibilidad que el propio Derecho reconoce tácitamente, cuando una norma jurídica distingue entre decidir un litigio conforme a Derecho y decidirlo con arreglo a la equidad). La Ley española de Arbitraje dice lo siguiente: «Los árbitros decidirán la cuestión litigiosa con sujeción a derecho o en equidad, según su saber y entender, a elección de las partes».

Pero el problema de la posibilidad de que una decisión judicial sea injusta debido a que la norma jurídica que dicha decisión aplica es injusta no se soluciona con teorías radicalmente falsas.

1) Una de estas teorías afirma que junto al Derecho positivo existe un Derecho no positivo, un Derecho natural, que el juez puede aplicar cuando el Derecho positivo es injusto. Mas, en mi opinión, afirmar que existe un Derecho no positivo es formular una *teoría ontológico-jurídica* falsa.

2) Otra teoría sostiene que casi todas las normas jurídicas tienen múltiples sentidos; y añaden que, al aplicar una norma jurídica, el juez puede elegir el sentido más justo, haciendo uso de alguno de los diversos criterios posibles de interpretación. Más, a mi juicio, todo este discurso se asienta en una filosofía del lenguaje equivocada y en una concepción errónea de la interpretación del Derecho.

3) También he de citar, por último, las teorías que, ignorando la función jurisdiccional que el Derecho atribuye a los jueces, sostienen que la función del juez es hacer justicia. También es ésta una teoría falsa. Es una *teoría falsa acerca de la actividad judicial*, que me causa asombro y preocupación cuando las oigo en boca de algunos jueces españoles. Pues la Constitución española no puede ser más clara, cuando dice de forma contundente, taxativa, que la única función de los jueces es la jurisdicción. El juez que se atribuye la función de hacer justicia ya anuncia su intención

de infringir la Constitución y aquellas normas jurídicas que, en su afán de hacer justicia, va a dejar de aplicar. Y, en su lugar, lo que ese juez va a aplicar no es la justicia, pues de la justicia todos sabemos poco; lo que ese juez va a aplicar en lugar del Derecho es “su justicia”, convirtiéndose así en un juez justiciero: una amenaza permanente a la seguridad jurídica; y, lo que es peor, una amenaza permanente a la seguridad jurídica, que no va acompañada de la menor garantía de que las decisiones que ese juez dicte al margen de la ley vayan a ser más justas que las que podrían ser obtenidas aplicando la ley.

Ante la posibilidad de decisiones judiciales injustas o ante cualquier otro problema, lo último que se debería hacer es elaborar teorías falsas (sean teorías ontológico-jurídicas, sean teorías filosófico-lingüísticas, sean teorías de la interpretación del Derecho, sean teorías acerca de la actividad judicial). Una teoría falsa sólo puede a lo sumo crear la ilusión de que el problema está resuelto. Lo cual resulta contraproducente porque, si se piensa que el problema está resuelto, cuando en realidad no lo está, el problema no sólo no ha sido solucionado, sino que ni siquiera se siente como problema. Con ello, la posibilidad de solucionarlo, la iniciativa para buscar soluciones imaginativas, desaparece.

Comentario 5º)

Un último comentario sobre la actividad jurisdiccional es el siguiente.

He dicho que una decisión materialmente correcta es la que dice el Derecho. Mas, ¿debe, una decisión judicial, ser materialmente correcta?; ¿debe una decisión judicial decir el Derecho?; ¿acaso una decisión no debe ser conforme a reglas, criterios, principios, etc., no jurídicos, por ejemplo, conforme a reglas o principios morales o filosóficos, o conforme a la conciencia subjetiva del juzgador?

Las respuestas a estas preguntas dependen naturalmente de cuál sea la instancia a la que acudamos. Si acudimos al Derecho, no hay duda acerca de cuál es la respuesta correcta. Pues el Derecho, al atribuir a los jueces la función jurisdiccional, está ordenando a los jueces que formulen decisiones que digan el Derecho, que formulen decisiones que sean materialmente correctas.

Paso ya a hablar de la tercera de las obligaciones de los jueces, la obligación de justificar o motivar sus decisiones.

VII. LA JUSTIFICACIÓN DE LAS DECISIONES JUDICIALES

1. La exigencia jurídica de justificar las decisiones judiciales

A) Independencia entre decisión y justificación

Los ordenamientos jurídicos actuales suelen contener enunciados que ordenan al juez que decide un caso litigioso justificar su decisión. Ésta es la razón por la que, una vez que un caso litigioso llega a conocimiento del juez, éste realiza dos actividades: el proceso decisorio, que culmina en la formulación de una decisión resolutoria del litigio, y el proceso justificatorio, que culmina en la justificación de la decisión; aunque el término «justificación» se usa también para aludir al proceso justificatorio

mismo, y no sólo a la culminación o resultado final de ese proceso o actividad. Los resultados de ambos procesos, es decir, la decisión y la justificación de la decisión, forman parte del mismo documento, de la misma resolución judicial.

La obligación de justificar las decisiones que formulen es la tercera y última de las obligaciones básicas de los jueces, junto a la de formular decisiones que resuelvan los litigios y a la obligación jurisdiccional. A semejanza de esta última, la obligación de justificar las decisiones judiciales es una exigencia meramente jurídica, una exigencia formulada por el Derecho, por el Derecho actual. Pues ha habido ordenamientos jurídicos que no exigían la justificación de las decisiones judiciales, otros que la exigían sólo excepcionalmente, y otros incluso que la desaconsejaban o prohibían. Estos datos no son tenidos en cuenta por quienes consideran la justificación de las decisiones judiciales como algo consustancial a la actividad decisoria del juez, como una exigencia conceptual o teórica de la noción de decisión judicial, de tal manera que no conciben una decisión judicial no justificada.

B) ¿Qué es justificar una decisión judicial?

Aclarado este punto, la cuestión fundamental en el tema que ahora nos ocupa es determinar en qué consiste justificar una decisión judicial.

Planteada la cuestión en estos términos, cabría contestar a ella que la justificación de una decisión judicial consiste en intentar persuadir a los ciudadanos (o a un determinado público o auditorio) a fin de que acepten dicha decisión. No son pocas las obras de filosofía del Derecho que entienden la justificación de esta manera; y, de forma inconsciente o tácita, también la entienden así muchos juristas prácticos.

Pero el problema que en esta sede interesa no es exactamente ése. El problema que ahora nos ocupa es un problema de *interpretación del Derecho*. Se trata, concretamente, de determinar qué significa el término «justificar» (u otros afines como «motivar», «fundar», «fundamentar» etc.), que aparece en las normas jurídicas que ordenan a los jueces justificar (o motivar, etc.) sus decisiones. Y a esta pregunta creo que sería falso responder que, en los contextos citados, el término «justificar una decisión» significa «intentar persuadir a los ciudadanos (o a tal público o auditorio) a fin de que acepten una decisión».

El término legal «justificar (o motivar, etc.) la decisión» es una elipsis de «justificar (o motivar, etc.) la corrección de la decisión», «justificar que la decisión es correcta». Por otra parte, para el Derecho, la corrección de una decisión se identifica con su conformidad al Derecho (yo también entiendo de esa manera la corrección de una decisión). Por todo ello, el término legal «justificar una decisión» significa «justificar que la decisión es conforme al Derecho».

La expresión «justificar que la decisión es conforme al Derecho» significa, más precisamente, «*intentar mostrar* que la decisión es conforme al Derecho, desde el punto de vista procedimental y material».

C) Independencia entre decisión judicial correcta y justificación

Entendido el término «justificar la decisión» de la manera descrita, no sólo la decisión, sino también su corrección, es independiente de la justificación de la decisión. La corrección de una decisión es independiente de que se intente mostrar que la decisión es correcta. La explicación de por qué ello es así es muy simple: el que una entidad (por ejemplo, una decisión) tenga una determinada característica (la corrección, en nuestro ejemplo actual) no depende de que se intente mostrar que dicha entidad tiene esa característica (no depende de que se intenta mostrar que la decisión es correcta).

Lo que ocurre es que, a través de la publicación de la justificación de la decisión, que contiene el relato de las pruebas practicadas, un ciudadano cualquiera puede conocer dichas pruebas y, a través de ellas, los hechos que han originado el litigio. Es una vía muy indirecta para conocer estos hechos; pero un ciudadano cualquiera no dispone de otros medios ni más directos, ni más accesibles. Si las decisiones no fueran justificadas o las justificaciones de las decisiones no fueran publicadas, sería muy difícil para un ciudadano cualquiera conocer los hechos que han originado el litigio. Y no sólo los hechos: tampoco sería posible conocer qué norma jurídica ha sido (presuntamente, al menos) aplicada por una decisión estimatoria. Y sin conocer los hechos ni el Derecho (presuntamente) aplicado es imposible saber si una decisión estimatoria es materialmente correcta. Pero la corrección material de una decisión no depende de que se sepa que la decisión es correcta, ni de que la decisión sea justificada, ni tampoco de que sea publicada la justificación de la decisión.

c) Las conclusiones anteriores quedan resumidas en la siguiente tesis: la corrección (procedimental o material) de una decisión judicial (estimatoria o desestimatoria) es independiente de su justificación. Sin justificación es posible, no sólo decidir un caso litigioso, sino incluso decidirlo correctamente. Esta tesis ha sido ignorada por todos los autores que sostienen que la corrección de una decisión judicial depende de su justificación. Y la ignorancia de esta tesis ha propiciado la abundante literatura de las últimas décadas dedicada a la justificación de las decisiones judiciales en detrimento de otro tema mucho más importante, por ser más básico, como es el de la aplicación de las normas jurídicas.

2. *El razonamiento justificatorio*

He dicho antes que justificar una decisión es intentar mostrar que una decisión es correcta. Por esta razón, el proceso justificatorio, la justificación como actividad, es un intento de mostrar que una decisión es correcta. Ese proceso o intento de mostrar que una decisión es correcta, la justificación como actividad, consiste en realizar un razonamiento, denominado precisamente «razonamiento justificatorio».

La cultura jurídica está dominada por la idea de que la conclusión del razonamiento justificatorio de una decisión es la propia decisión. Ello se aprecia no sólo en las obras doctrinales, sino también en la legislación. Ésta ordena al juez colocar la decisión en la parte final de la resolución (por ejemplo, en la parte final de la Sentencia) y anteponer a la decisión los «Resultandos» y los «Considerandos», como si en unos y otros estuvieran

contenidas las premisas del razonamiento justificatorio, cuya conclusión es la decisión.

Mas lo que el razonamiento justificatorio pretende mostrar es que una decisión, llamémosla “*D*”, es correcta; pretende mostrar que es verdad que una decisión *D* es correcta. Por ello, la conclusión del razonamiento justificatorio de la (corrección de la) decisión *D* no puede ser la propia decisión *D*, sino que ha de ser la tesis «La decisión *D* es correcta».

La decisión *D* cuya corrección hay que justificar puede ser cualquier decisión, estimatoria o desestimatoria; y puede tratarse de la corrección material o de la corrección procedimental de la decisión.

En el curso me he centrado en el análisis de la justificación de la corrección material de las decisiones estimatorias. Puesto que una decisión estimatoria materialmente correcta es la que aplica el Derecho, la justificación de la corrección material de una decisión estimatoria consiste en un razonamiento que intenta mostrar que la decisión aplica el Derecho, esto es, aplica una norma jurídica.

Esta observación conduce de nuevo al tema de la aplicación de las normas jurídicas, que, como antes he indicado, no puedo abordar en el contexto presente. Por ello tampoco puedo ahora analizar el tema de la justificación. Sólo haré dos series de observaciones:

1ª) La primera se refiere al lugar de la razón, o de los razonamientos, en la actividad judicial y a los tipos de razonamientos que el juez utiliza, un tema de moda durante los últimos 25 años.

A mi juicio, y frente a numerosas opiniones contrarias, los razonamientos, argumentos, etc., del juez sólo son imprescindibles en el proceso justificatorio, especialmente, cuando se trata de la justificación de la corrección material de una decisión estimatoria. Pero no son necesarios en el proceso decisorio. Ni siquiera son necesarios en el proceso decisorio que culmina en la formulación de una decisión que dice el Derecho (de una decisión que aplica el Derecho, si se trata de una decisión estimatoria). Dicho más claramente: para el ejercicio de sus dos funciones más importantes, que son, en primer lugar y ante todo, la función de juzgar o decidir litigios, y en segundo lugar la función jurisdiccional, los razonamientos, argumentos, etc., del juez no son imprescindibles. Lo que ocurre es que, al igual que en un examen o prueba de tipo test o en un concurso televisivo, el juez instruido o que razona tendrá más probabilidades de acertar, de decir el Derecho o cumplir su función jurisdiccional, que el juez ignorante o que no razona. Si el juez no conoce el Derecho y no razona en absoluto, podrá acertar en el ejercicio de su función jurisdiccional; pero será por casualidad. Del mismo modo que el ignorante puede acertar por casualidad en un examen o en un concurso.

Los razonamientos del juez sólo son necesarios para el cumplimiento de la tercera obligación que tienen nuestros jueces actuales, la obligación de justificar sus decisiones.

Y es preciso añadir una observación más, también frente a numerosas opiniones contrarias: todos los razonamientos necesarios para justificar la corrección de una decisión y, concretamente, todos los razonamientos

necesarios para justificar la corrección material de una decisión estimatoria, tienen las dos características siguientes:

Por un lado, los enunciados que figuran como premisas en esos razonamientos son todos ellos asertivos o descriptivos. No son normas, sino aserciones acerca de normas. En una Sentencia judicial (en los “Resultandos” o donde sea) no aparecen los hechos, sino aserciones acerca de los hechos, descripciones de los hechos. Por la misma razón, en la Sentencia (en los “Considerandos” o donde sea) no aparecen las normas jurídicas, sino la *mención* de las normas jurídicas (como dice el Art. 347.4 del Código Procesal Penal salvadoreño), o la *cita* de las normas jurídicas (como dice el Art.142.5 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal española). En la Sentencia no aparecen las normas jurídicas, sino aserciones o afirmaciones acerca de las normas jurídicas; aserciones que citan o mencionan las normas jurídicas para afirmar algo acerca de ellas.

La segunda característica de los razonamientos necesarios para justificar la corrección de una decisión es que dichos razonamientos son razonamientos clásicos. En la mayoría de los casos, se trata de razonamientos de lógica deductiva; aunque también se utilizan razonamientos inductivos o probabilísticos. Más, en ningún caso, son necesarios razonamientos de lógica jurídica, ni de lógica de normas, ni razonamientos prácticos o morales, ni argumentos retóricos, tópicos, dialécticos, hermenéuticos, etc.

Todo este arsenal argumentativo ideado por los filósofos del Derecho no sólo es, desde el punto de vista teórico, innecesario para la justificación de las decisiones judiciales y para el cumplimiento de cualquier otra obligación que el Derecho impone a los jueces. También es pernicioso, en la práctica, por las dos razones siguientes:

En primer lugar, porque fuerza a considerar como justificación de un fallo judicial casi cualquier cosa que un juez diga en la parte no dispositiva de la Sentencia. Ese arsenal, dicho de otro modo, permite a los jueces cumplir ramplonamente su obligación de justificar su decisión, su obligación de *intentar* mostrar que su decisión es correcta. Dicha obligación se convierte en la mera exigencia de rellenar un hueco en un impreso, aunque sea mediante un discurso desordenado, incomprensible o ilógico.

Y peor aún es unir a ello la tesis, muy difundida entre quienes han contribuido a elaborar aquellos argumentos y que antes he citado, de que la corrección de una decisión judicial depende de que esté justificada. El resultado (el resultado de considerar que la corrección de una decisión judicial depende de que esté justificada y de que para considerar justificada una decisión basta que se diga algo, prácticamente cualquier cosa, en la parte no dispositiva de la Sentencia) es que la corrección de una decisión judicial depende de que se diga algo, cualquier cosa prácticamente, en la parte no dispositiva de la Sentencia; el resultado es que casi cualquier decisión es correcta. Una conclusión aberrante, en mi opinión, ya que justifica que sea pervertida, no ya la obligación de justificar las decisiones, sino incluso la función jurisdiccional, que es la más importante.

La segunda razón por la que pienso que todos esos argumentos son perniciosos es que el uso de dichos argumentos es cuando menos

manifestación de la inexistencia de argumentos sólidos que muestren dicha corrección. Dichos argumentos son utilizados frecuentemente para disimular la incorrección material de la decisión. Prestan, pues, un inestimable servicio al juez arbitrario, que incumple su obligación de decidir conforme a Derecho, su función jurisdiccional.

Por estas indeseables consecuencias prácticas que tiene aquel arsenal argumentativo, su destrucción no es sólo una exigencia filosófica de rigor. A mi juicio, los filósofos del Derecho, también en nuestra calidad de ciudadanos, deberíamos ser más exigentes con los jueces y endurecer las condiciones para considerar que un juez ha cumplido su obligación de justificar su decisión. Con ello sólo estaríamos exigiendo al poder judicial: *primero*) que cumpla con rigor una de sus obligaciones jurídicas, de rango constitucional en el Derecho español, como es la obligación de motivar las decisiones, y *segundo*) que no utilice subterfugios de ningún tipo para disimular el incumplimiento de otra de dichas obligaciones, la jurisdiccional, que es la más importante de todas, ya que su incumplimiento atenta contra el principio de legalidad y el Estado de Derecho.

2ª) La segunda y última serie de observaciones que voy a hacer con relación al tema de la justificación de las decisiones judiciales se refiere a las relaciones entre interpretación del Derecho y aplicación del Derecho.

La interpretación del Derecho, la atribución de sentido a las normas jurídicas, formar parte imprescindible del proceso o razonamiento justificatorio. Por ello, los jueces deberían interpretar las normas jurídicas que dicen que aplican (aunque, de hecho, los jueces se limitan a citar o mencionar las normas jurídicas que aplican sin interpretarlas; y es que ninguna de las normas jurídicas que regulan la motivación de las decisiones judiciales obliga a los jueces a interpretar las normas que dicen que aplican). En cualquier caso, el punto que deseo señalar es que la interpretación figura o debería figurar en el proceso justificatorio. Mas el proceso justificatorio, la justificación de una decisión judicial, no es necesaria para la decisión de los litigios; ni siquiera es necesaria, según he dicho antes, para la formulación de decisiones materialmente correctas, para la formulación de decisiones que apliquen el Derecho (si es que la decisión es estimatoria). De ahí la conclusión de que puede haber aplicación del Derecho sin interpretación.

Y también sucede lo contrario: puede haber interpretación del Derecho, sin aplicación del Derecho, como sucede en las Facultades de Derecho, donde los profesores...

La conclusión final de estas observaciones es que, frente a numerosas opiniones contrarias, interpretar el Derecho y aplicar el Derecho son actividades independientes.

VIII. DISCRECIONALIDAD EN LA ACTIVIDAD JUDICIAL

1. Introducción

El último tema al que me voy a referir es el de la discrecionalidad en la actividad judicial.

El Derecho impone a los jueces tres obligaciones: decidir los casos,

decidirlos diciendo el Derecho y justificar sus decisiones. Un juez actúa *discrecionalmente* cuando puede cumplir una de sus obligaciones de varias maneras, y la cumple eligiendo, conforme a sus propios criterios, la manera concreta de cumplir la obligación. En estos casos, queda al criterio del juez la manera de cumplir la obligación que el Derecho le impone. Pero la existencia de la discrecionalidad, la posibilidad de cumplir el Derecho con actuaciones diversas, no depende del juez, sino que está determinada por el Derecho, por el contenido de los enunciados jurídicos.

No voy a hablar de la discrecionalidad en el cumplimiento de la obligación de justificar la decisión, dado que no he analizado el tema de la justificación. En cuanto al cumplimiento de la obligación de decidir los casos litigiosos, el principal ámbito de discrecionalidad es el permitido por las normas jurídicas procesales que conceden a los jueces un intervalo de tiempo, un plazo, para decidir. El juez actúa discrecionalmente cuando formula su decisión dentro del plazo legalmente fijado, pero eligiendo, según sus propios criterios, el día concreto de formulación de la decisión.

Me voy a referir más detenidamente a la discrecionalidad en el cumplimiento de la otra obligación de los jueces, la jurisdicción.

2. Discrecionalidad y arbitrariedad en la actividad jurisdiccional

A) Ámbitos de discrecionalidad: clasificación

La obligación de formular decisiones que digan el Derecho, decisiones materialmente correctas, ofrece al juez diversos ámbitos de discrecionalidad. La clasificación fundamental es la distinción entre ámbitos de discrecionalidad propios e impropios.

Mas observemos, antes que nada, que si no es posible formular una decisión que aplique el Derecho, entonces sólo hay una decisión que dice el Derecho, sólo hay una decisión materialmente correcta: la que desestima la petición. Y, al haber sólo una decisión materialmente correcta, no existe discrecionalidad en el ejercicio de la jurisdicción.

Por otro lado, si sólo es posible formular una decisión que aplique el Derecho, y es posible distinguirla de las que no lo dicen, tampoco existe discrecionalidad en el ejercicio de la jurisdicción.

El juez tiene un ámbito de discrecionalidad propiamente dicho, o *en sentido propio*, en el ejercicio de su función jurisdiccional, cuando son posibles decisiones diversas (materialmente), todas las cuales dicen, concretamente, aplican, el Derecho y además es posible distinguir entre las decisiones que dicen el Derecho y las que no lo dicen.

En cambio, si sólo es posible una decisión que diga el Derecho, pero no es posible distinguirla de las decisiones que no lo dicen, o bien son posibles varias decisiones que dicen el Derecho, pero no es posible distinguirlas de las que no lo dicen, entonces el juez tiene un ámbito de discrecionalidad *en sentido impropio*.

En estos últimos casos, y a diferencia de lo que ocurre en los ámbitos de discrecionalidad en sentido propio, no se trata de que el Derecho conceda al juez un ámbito de discrecionalidad; no es que el juez pueda

cumplir igual de bien su obligación de decir el Derecho formulando una cualquiera de entre varias decisiones D_1, D_2, \dots, D_n . Lo que sucede es que, dado que no es posible saber qué decisiones dicen el Derecho, no se sabrá si el juez ha cumplido o no su función jurisdiccional, cualquiera que sea la decisión que el juez elija de entre esas decisiones D_1, D_2, \dots, D_n . Se trata, por así decirlo, de una discrecionalidad no de Derecho, sino de hecho, consistente en que, cualquiera que sea la decisión que el juez formule, no se le podrá acusar de arbitrariedad.

Existen dos ámbitos de discrecionalidad en sentido impropio: en el primero de ellos, no es posible distinguir las decisiones que dicen el Derecho de las que no lo dicen, pero en teoría sería posible distinguir unas de otras; en el segundo, no es posible distinguir las decisiones que dicen el Derecho de las que no lo dicen, pero además es teóricamente imposible distinguir unas de otras. En ambos ámbitos, cabe distinguir entre la ignorancia de los hechos y la ignorancia del Derecho.

B) Ámbitos de discrecionalidad propiamente dichos.

a) Enunciados jurídicos incompatibles

Antes dije que a veces existen enunciados jurídicos incompatibles entre sí, todos ellos “aplicables”; y que, en estos casos, aplicando uno cualquiera de esos enunciados incompatibles, el juez aplica el Derecho y, por tanto, dice el Derecho. En estos casos, el juez que, siguiendo sus propios criterios, opta por aplicar uno de los enunciados incompatibles en perjuicio del otro o de los otros cumple discrecionalmente su función jurisdiccional (ejemplo de las lesiones de 10 días).

b) Enunciados jurídicos que se remiten al juez

Otras veces, para cumplir su obligación de decir el Derecho, el juez ha de aplicar un enunciado jurídico determinado (sólo hay un enunciado jurídico aplicable). Pero este enunciado no formula él mismo su consecuencia, sino que deja en manos del juez, de forma expresa o tácita, el establecimiento de la precisa consecuencia para los casos que el enunciado contempla en su suposición.

Ese enunciado, el único aplicable, puede dar más o menos libertad al juez. A veces, esa libertad está muy tasada, pues sólo permite al juez elegir entre diversas opciones que el propio enunciado fija. Esto es lo que hacen los enunciados jurídicos penales o disciplinarios, que castigan la realización u omisión de una acción con una sanción comprendida entre tantos y tantos días, o entre tal y tal cantidad de dinero.

Otras veces se deja amplia libertad al juez: «el juez podrá establecer... las medidas de vigilancia y control que estime oportunas en beneficio del tutelado» (Art. 233 del Código Civil).

En estos casos, el juez que, siguiendo sus propios criterios, opta por formular una de esas decisiones en perjuicio de las otras, que también dicen el Derecho, actúa discrecionalmente en el cumplimiento de su obligación jurisdiccional.

C) Ámbitos de discrecionalidad en sentido impropio

a) Por imposibilidad de hecho, pero no teórica, de conocer

1. La imposibilidad de hecho, pero no teórica, de conocer los hechos

Supongamos que Luis es acusado de homicidio. Si Luis ha cometido homicidio, una decisión estimatoria de la petición de condena sería materialmente correcta, mientras que una decisión desestimatoria de dicha petición sería materialmente incorrecta. Si Luis no ha cometido homicidio, la correcta materialmente sería la decisión desestimatoria, mientras que la estimatoria sería materialmente incorrecta. Así, pues, tanto si Luis ha cometido homicidio como si no lo ha cometido (y ha sucedido una de las dos cosas, pero no ambas), de entre las dos decisiones, estimatoria y desestimatoria, una de ellas es materialmente correcta, mientras que la otra es incorrecta. En teoría (por ejemplo, disponiendo de más datos de los que tenemos), podríamos saber si Luis ha cometido homicidio o no; entonces podríamos saber también cuál de las dos decisiones es la correcta materialmente.

Sin embargo, supongamos que *se desconoce el hecho* de si Luis ha cometido homicidio o no. No es posible entonces saber cuál de las dos decisiones, la estimatoria o la desestimatoria, es la correcta materialmente. Por ello, haga lo que haga el juez, esto es, cualquiera que sea su decisión, no sabremos si el juez ha cumplido o no su función jurisdiccional. El juez dispone en estos casos de la libertad para decidir que le otorga el hecho de que, cualquiera que sea su decisión, no se le podrá reprochar que ha incumplido su deber jurisdiccional; no se le podrá acusar de arbitrariedad.

2. La imposibilidad de hecho, pero no teórica, de conocer el Derecho:

Problemas de ambigüedad

En el ejemplo que vamos a examinar a continuación lo que sucede es que se desconoce el Derecho, el contenido del Derecho, a pesar de que éste, en teoría, podría ser conocido.

La causa más evidente de esta situación es la ambigüedad de los enunciados jurídicos. La ambigüedad es un fenómeno de difícil tratamiento teórico que, por ello, origina teorías y prácticas interpretativas equivocadas.

Los juristas contemplan el problema de la ambigüedad de la siguiente manera:

El punto de partida es considerar que un enunciado ambiguo es el que tiene varios sentidos, todos ellos igualmente admisibles. Y el intérprete selecciona uno de esos sentidos en función de la directriz o argumento interpretativo que elija de entre diversas directrices o criterios (valorativo, teleológico, histórico, sistemático, dinámico, etc.), también todos ellos igualmente admisibles. El resultado de esta situación es entonces el siguiente: si una decisión D_1 dice el Derecho contenido en la norma jurídica ambigua N , conforme al sentido S_1 que, según un determinado criterio interpretativo, tiene N , la decisión dice el Derecho y es materialmente correcta; pero si otra decisión D_2 dice el Derecho contenido en la misma norma N , conforme al sentido S_2 (distinto de S_1) que, según ese mismo

criterio interpretativo u otro distinto, tiene N , la decisión también dice el Derecho y es materialmente correcta. Vistas así las cosas, el juez dispone aquí de un ámbito de discrecionalidad propiamente dicho, puesto que puede formular decisiones diversas todas ellas materialmente correctas.

Sin embargo, a mi juicio, este análisis es erróneo, y tiene su origen en una concepción equivocada de la ambigüedad (al margen de la tesis de que existen diversos directrices o criterios interpretativos, puestos a disposición del intérprete, entre los cuales éste puede elegir). El fenómeno de la ambigüedad se describe de forma errónea, o al menos engañosa, cuando se dice que una expresión ambigua es la que tiene varios sentidos. La palabra «pico» no es ambigua porque signifique «cumbre puntiaguda de una montaña» y también signifique «parte saliente de la cabeza de las aves». «Pico» tampoco es ambigua porque o bien significa una cosa o bien significa otra cosa distinta. Estas concepciones de la ambigüedad tienen consecuencias claramente falsas. La palabra «pico» es ambigua porque en un contexto significa una cosa y en otro contexto distinto significa otra cosa distinta.

Y el problema que una expresión ambigua E plantea al intérprete que se encuentra dicha expresión E en un contexto, digamos c (este contexto puede ser un determinado texto legal), consiste en que el intérprete no sabe si E en el contexto c significa una cosa o bien significa la otra. Es cierto que la expresión podría tener, en dicho contexto, uno cualquiera de esos dos (o más) sentidos y no sabemos cuál de ellos realmente tiene; pero de ello no se deduce que sea verdad que la expresión tiene uno de esos sentidos y también sea verdad que la expresión tiene el otro sentido. De ser así, también podríamos razonar de la siguiente manera: es posible que existan extraterrestres y es también posible que no existan, aunque no sabemos si existen o no; por consiguiente, tanto la afirmación de que los extraterrestres existen como su contradictoria son verdaderas.

La expresión E en el contexto c , aunque podría significar varias cosas distintas, significa una sola de esas cosas, tiene sólo uno de esos sentidos, pero no sabemos cuál. El problema que plantea la ambigüedad de una expresión no es un problema de ser, sino de conocer (aunque ello no significa que la ambigüedad de una expresión consista en que no sabemos si la expresión significa una cosa o la otra).

Supongamos que E en c tiene sólo el sentido, digamos, S_1 . En este caso, la decisión D_1 , que dice el Derecho contenido en E , entendido este enunciado en el sentido S_1 , dice el Derecho y es materialmente correcta. En cambio, la decisión D_2 diría el Derecho contenido en el enunciado E si, y sólo si, E tuviera el sentido S_2 ; mas, como E no tiene el sentido S_2 , sino el sentido S_1 , la decisión D_2 no dice el Derecho, ni es materialmente correcta. Lo contrario sucedería si el enunciado ambiguo E tuviera, en el contexto c , el sentido S_2 , en vez del sentido S_1 . En este caso, la decisión materialmente correcta sería D_2 , mientras que D_1 sería materialmente incorrecta. La situación es entonces la misma que la observada antes en el caso del posible homicidio de Luis: tanto si el enunciado ambiguo tiene un sentido, como si tiene el otro (y tiene uno de los dos, pero no ambos), de entre las dos decisiones D_1 y D_2 una de ellas es materialmente correcta, mientras que la otra es materialmente incorrecta. En teoría, sería posible

(por ejemplo, disponiendo de más datos acerca de los procesos psíquicos de la persona o personas que formularon o aprobaron el enunciado jurídico E , acerca del contexto histórico en que E fue formulado, etc.) saber si E tiene el sentido S_1 o bien el sentido S_2 ; entonces podríamos saber también cuál de las dos decisiones es la correcta materialmente.

Sin embargo, supongamos que desconocemos, como suele ocurrir en estos casos, si la norma jurídica N tiene un sentido u otro; suponemos así que desconocemos *cuál es el Derecho, el contenido del Derecho*. No es posible entonces saber cuál de las dos decisiones, D_1 y D_2 , es la correcta materialmente. Por ello, y como en el caso del posible homicidio de Luis, el juez dispone de la libertad para decidir que le otorga el que, cualquiera que sea su decisión, no se le podrá reprochar que ha incumplido su deber jurisdiccional. No hay posibilidad de acusar al juez de arbitrariedad.

b) Por imposibilidad teórica de conocer: problemas de vaguedad

1. La vaguedad y la función jurisdiccional

En los casos antes discutidos, el problema era que no conocíamos los hechos o el Derecho, pero en teoría era posible conocerlos. En los casos que vamos a examinar a continuación, no conocemos los hechos o no conocemos el Derecho, pero además es imposible salir de la ignorancia.

La causa de estos problemas es casi siempre la vaguedad de las palabras. «Bosque» y «calvo» son ejemplos típicos de expresiones vagas; expresiones que frecuentemente nos plantean la duda de si una entidad x es o no un bosque o una persona calva, es decir, si una entidad x forma parte o no de la referencia de la expresión. Cuando esto ocurre, la entidad x está situada en la “zona de penumbra” que hay entre las cosas situadas dentro de la referencia de la expresión y las que están situadas fuera. Los límites entre las tres zonas son también borrosos, y de ahí nuestra ignorancia.

Para la filosofía, la vaguedad es una comprensible fuente de perplejidades (por la amenaza que representa para la bivalencia, por la paradoja del montón, etc.). A la teoría jurídica el problema de la vaguedad le preocupa sobre todo por sus repercusiones en la actividad jurisdiccional de los jueces. Pues si no es posible determinar si b es o no un vehículo (o un núcleo de población, o un bien indispensable, o un contrato sacrílego, etc.) y en la suposición de un enunciado jurídico E aparece el término «vehículo», entonces no es posible determinar si el enunciado fáctico-jurídico F que implica que b es un vehículo es verdadero o falso; no es posible, en definitiva, determinar si la subsunción es verdadera o no. Por lo cual tampoco es posible determinar si una decisión judicial D dice o no el Derecho contenido en el enunciado jurídico E , ni si el juez que dicta D cumple o no su función jurisdiccional.

Los aspectos teóricos de este problema jurídico (o sea, determinar si en estos casos de vaguedad la subsunción, por ejemplo, la afirmación de que b es un vehículo, es verdadera o falsa, y si una decisión judicial dice o no el Derecho contenido en el enunciado jurídico E) son los mismos que en cualquier otro problema de vaguedad. Sin embargo, las consecuencias prácticas de ese problema, concretamente, las consecuencias

de no saber si una decisión dice o no el Derecho contenido en un enunciado jurídico vago, pueden ser evitadas si en esos casos dudosos el juez no tiene la obligación de decir el Derecho.

Esto es precisamente lo que ocurre, en el orden penal, en virtud del llamado «principio *in dubio pro reo*»: en caso de duda, el juez debe desestimar la petición de condena para el acusado, aunque ello signifique no decir el Derecho (y puede existir duda tanto respecto a la *quaestio facti*, por ejemplo, respecto a si Luis golpeó a María, como respecto a la *quaestio iuris*, por ejemplo, respecto a si, dado que Luis golpeó varias veces a María causándole heridas aparentemente muy dolorosas y María murió poco después, Luis mató a María con ensañamiento). En el orden civil, el Art. 217 de la Ley 1/2000, de Enjuiciamiento Civil, citado en la p. , viene a decir algo parecido: «Cuando, al tiempo de dictar sentencia o resolución semejante, el tribunal considerase dudosos unos hechos relevantes para la decisión, desestimaré las pretensiones del actor o del reconviniente, o las del demandado o reconvenido,...». Puesto que en los casos de vaguedad de que hablamos es inevitable que un juez considere dudosos hechos relevantes para la decisión, el juez está obligado en estos casos, conforme al enunciado jurídico que acaba de ser citado, a formular una decisión desestimatoria de la petición que ha recibido. Es posible, indudablemente, que dicha decisión desestimatoria no diga el Derecho (si es que, en los casos de vaguedad, fuera posible distinguir entre decisiones que dicen el Derecho y las que no lo dicen). Pero estos casos representan una excepción a la obligación jurisdiccional, según se dijo en la página que acaba de ser citada; o mejor dicho, la obligación jurisdiccional está condicionada a que no se presente uno de esos casos.

Si se presenta uno de esos casos, entonces el juez está obligado según el Derecho a desestimar la petición que ha recibido. Por ello, el juez que en uno de dichos casos formula una decisión desestimatoria está ya cumpliendo el Derecho. La cuestión ulterior de si dicha decisión desestimatoria dice el Derecho (el Derecho sustantivo) y, con su emisión, el juez está realizando además la actividad jurisdiccional carece de cualquier trascendencia práctica, dado que en esos casos la actividad jurisdiccional no es una obligación para el juez (aunque conviene insistir en que el problema teórico de determinar si dicha decisión desestimatoria dice o no el Derecho persiste¹).

¹ Y además surge un nuevo problema práctico que, aunque es de menor alcance del que ha sido evitado, es ya inevitable. Según la exposición realizada en el texto, en caso de homicidio con dudoso ensañamiento, pueden ser evitadas las consecuencias prácticas de esa duda, dado que en tales casos la obligación del juez no es decir el Derecho, sino desestimar la petición, con independencia de si dicha decisión desestimatoria dice o no el Derecho. Mas esta reflexión es válida para los casos claros de dudoso ensañamiento. Pues los ensañamientos dudosos ocupan, dicho en términos convencionales, la zona de penumbra de aplicación de la palabra «ensañamiento». En dicha zona de penumbra podemos distinguir los casos claros de dudoso ensañamiento, que ocupan la franja central de la zona, los casos respecto a los cuales existen dudas de si son casos claros de dudoso ensañamiento o bien son casos claros de no ensañamiento, que ocupan la franja exterior de la misma zona de penumbra, y los casos respecto a los cuales existen dudas de si son casos claros de dudoso ensañamiento o bien son casos claros de ensañamiento, que ocupan la franja interior de dicha zona de penumbra. La regla *in dubio pro reo* elimina las consecuencias prácticas de determinar si en los dos primeros grupos de casos el juez dice el Derecho: respecto al primero de ellos porque en tales casos el juez no tiene la obligación de decir el Derecho; respecto a los segundos porque o bien en tales casos el juez no tiene la obligación de decir el Derecho (si es un caso claro de dudoso ensañamiento) y está obligado a formular una decisión desestimatoria, o bien si tiene la obligación de decir el Derecho (si es un caso claro de no ensañamiento) y está obligado también a formular una decisión desestimatoria. En cualquiera de los dos casos posibles, la decisión del juez ha de ser la misma. Sin embargo, en el tercer grupo de casos existirá la duda de si el juez no tiene la obligación de decir el Derecho (por ser un caso claro de dudoso ensañamiento) y está obligado a formular una decisión desestimatoria, o bien si tiene la obligación de decir el Derecho (si es un caso claro de ensañamiento) y está obligado a formular una decisión estimatoria. En este último grupo de casos, pues, los problemas teóricos repercuten inevitablemente en la práctica.).

Pero la teoría jurídica y también a veces los jueces afrontan el problema de la vaguedad como si en los casos dudosos provocados por la vaguedad el juez también tuviera la obligación jurisdiccional. Y éste es también el punto de vista que preside las consideraciones que siguen.

2. La imposibilidad teórica de conocer los hechos

2.1. El problema y sus soluciones aparentes

Supongamos que existe un enunciado jurídico que dice:

(1) Los conductores de camiones que circulen de noche transportando una carga de más de cien toneladas serán sancionados con tres mil euros de multa.

Supongamos también que:

(2) K es un conductor de un camión que circulaba a las 7 horas y 35 minutos de la mañana del día 10 de octubre, transportando una carga de más cien toneladas.

Supongamos finalmente que se solicita a un juez o juzgador que sancione al conductor K y el juzgador formula la siguiente decisión estimatoria:

(3) Condono al conductor K a pagar tres mil euros de multa.

El problema fundamental que este caso plantea es el de determinar si esta decisión aplica el enunciado jurídico [de ello depende el que dicha decisión aplique el Derecho, diga el Derecho y sea, en definitiva, correcta materialmente]. Y el que dicha decisión aplique el enunciado jurídico depende a su vez de que sea verdadero el enunciado fáctico-jurídico

(4) K es un conductor de un camión que circulaba de noche, transportando una carga de más cien toneladas,

Que es una concreción de la suposición del enunciado jurídico. .

No se discute, pues así lo hemos supuesto, que (2)K es un conductor de un camión que circulaba a las 7 horas y 35 minutos de la mañana del día 10 de octubre, transportando una carga de más cien toneladas.

Y si fuera verdadero el enunciado.

(5) A las 7 horas y 35 minutos de la mañana del día 10 de octubre es de noche,

La verdad del enunciado fáctico-jurídico.

(4)K es un conductor de un camión que circulaba de noche, transportando una carga de más cien toneladas.

Estaría garantizada, ya que este enunciado es deducible de (2) y (5).

Así, pues, todo depende de la verdad del enunciado.

(5) A las 7 horas y 35 minutos de la mañana del día 10 de octubre es de noche.

Sin embargo, y con esto llegamos al núcleo del problema, las 7 horas y 35 minutos de la mañana del día 10 de octubre es una hora entre la noche y el día; dicha hora está situada en la zona de penumbra de la expresión «de noche» (aunque no está incluida “en las penumbras de la noche”, pues en este caso no habría problema). Por ello, es teóricamente imposible determinar si dicha hora está incluida entre las horas de la noche o entre las horas del día. Ninguna información complementaria puede sacarnos de la ignorancia. Por ello, es también imposible determinar si el enunciado (5) es verdadero o falso. Algunos autores dirían que es imposible determinar si el enunciado (5) es verdadero o falso, porque dicho enunciado no es verdadero ni falso; otros, en cambio, dirían que el enunciado (5) es verdadero o falso, aunque no sea posible saber si es una cosa o la otra. [Y no faltan quienes dirían que (5) es a la vez verdadero y falso.]

Obsérvese la diferencia que existe entre el problema provocado por la ambigüedad y el causado por la vaguedad:

La ambigüedad de un enunciado jurídico provoca (puede provocar) que ignoremos su sentido. Es una dificultad que afecta a la cuestión interpretativa que el razonamiento justificatorio ha de resolver. En cambio, la vaguedad de una expresión contenida en un enunciado jurídico afecta a la resolución de la cuestión fáctico-jurídica, concretamente, a la respuesta a la *quaestio iuris* [la *quaestio facti* queda resuelta mediante el enunciado (2), «K es un conductor de un camión que circulaba a las 7 horas y 35 minutos de la mañana del día 10 de octubre, transportando una carga de más cien toneladas»; la dificultad reside en pasar de este enunciado al que podría resolver la *quaestio iuris*, al enunciado fáctico-jurídico (4), «K es un conductor de un camión que circulaba de noche, transportando una carga de más cien toneladas»].

Mas el juez o juzgador del caso que nos ocupa tiene, no sólo que decidir, cosa que hace formulando la decisión estimatoria (3), sino también que justificar que dicha decisión aplica el enunciado jurídico (1). Para ello, puede limitarse a *decretar* que a las 7 horas y 35 minutos de la mañana del día 10 de octubre era o es de noche; puede limitarse a formular el dudoso enunciado

(5) A las 7 horas y 35 minutos de la mañana del día 10 de octubre es de noche.

Pero el juez también puede presentar este enunciado como la conclusión de un razonamiento. Por ejemplo, el juez formula, por una parte, el enunciado siguiente:

(6) Si no hay visibilidad suficiente entonces es de noche.

Por otra parte, supongamos que al juez le consta la verdad del enunciado.

(7) A las 7 horas y 35 minutos de la mañana del día 10 de octubre no hay visibilidad suficiente.

De ello puede deducir correctamente el enunciado, cuya verdad nos preocupa.

(5) A las 7 horas y 35 minutos de la mañana del día 10 de octubre es de noche.

2.2. La situación real, conforme a la filosofía del lenguaje

El problema de vaguedad que ha sido descrito y las soluciones ofrecidas por el juez han de ser enjuiciadas a la luz de tesis generales de filosofía del lenguaje relativas a la vaguedad y al sentido de los enunciados, válidas también, naturalmente, respecto a los enunciados jurídicos.

Dichas tesis son las siguientes:

1ª) El sentido (sentido total) de un enunciado depende de características internas del propio enunciado y de circunstancias externas al enunciado, presentes en el contexto en el que el enunciado ha sido formulado; pero no depende de circunstancias externas al enunciado, que no estuvieran presentes en el contexto en el que el enunciado ha sido formulado.

2ª) En el contexto en el que fue formulado el enunciado jurídico , «Los conductores de camiones que circulen de noche transportando una carga de más de cien toneladas serán sancionados con tres mil euros de multa», no figuraba el enunciado , «Si no hay visibilidad suficiente entonces es noche», formulado por el juez. Por ello, el sentido del primero de esos enunciados no depende del segundo. Ésta es la diferencia fundamental que existe entre que el enunciado haya sido formulado por el juez y que el mismo enunciado hubiera sido formulado por el legislador, junto al enunciado .

3ª) El término legal «de noche» no ha sido definido legalmente, ni de forma total, ni de forma parcial, ni por el enunciado , ni por ningún otro. Por ello, el sentido del término legal «de noche» depende del sentido que dicha expresión tenga en el lenguaje del que procede.

4ª) La expresión citada procede del lenguaje ordinario, donde es una expresión vaga. Por ello, conserva su vaguedad en el enunciado jurídico en el que aparece.

5ª) Si un término es vago y una entidad se halla en la zona de penumbra situada entre su referencia y lo que no forma parte de su referencia, entonces el enunciado asertivo que afirma que dicha entidad forma parte de la referencia del término o no es verdadero o, en el caso de que sea verdadero, es imposible saber que lo es.

6ª) El término «de noche» es vago y las 7 horas y 35 minutos de la mañana del día 10 de octubre es una hora situada en la zona de penumbra de la referencia de dicha expresión. Por otra parte, el enunciado asertivo.

(5) A las 7 horas y 35 minutos de la mañana del día 10 de octubre es de noche,

Afirma que las 7 horas y 35 minutos de la mañana del día 10 de octubre es una hora que forma parte de la referencia de la expresión «de

noche».

De éstas y de las anteriores consideraciones se deduce que el enunciado o no es un enunciado verdadero o, en el caso de que sea verdadero, no es posible saber que lo es.

Por consiguiente, no está garantizada la verdad del enunciado fáctico-jurídico.

(4) K es un conductor de un camión que circulaba de noche, transportando una carga de más cien toneladas,

Ni tampoco está garantizado que la decisión.

(3) Condono al conductor K a pagar tres mil euros de multa
Aplique el enunciado jurídico.

(1) Los conductores de camiones que circulen de noche transportando una carga de más de cien toneladas serán sancionados con tres mil euros de multa.

No es posible, en consecuencia, mostrar que la decisión aplica el enunciado jurídico (3). Lo más que puede hacer el juez es intentar mostrar que sí lo aplica, o sea, justificar su decisión.

7ª) Es imposible que la situación que acaba de ser descrita resulte modificada por lo que alguien, juez o no, pueda hacer o decir. No es posible, por tanto, que los enunciados que pueda formular el juez del caso que nos ocupa conviertan en verdaderos los enunciados (5) y (4), de manera que resulte que la decisión (3) aplique el enunciado jurídico (1).

Hasta aquí las tesis generales de filosofía del lenguaje aplicadas al caso que nos ocupa. Mas, dado que los enunciados (5) y (4) no son verdaderos, es preciso desenmascarar, por así decirlo, las posibles maniobras del juez para hacerlos pasar por verdaderos.

2.3. Primera solución: el “decreto”

Por lo que respecta al enunciado

(5) A las 7 horas y 35 minutos de la mañana del día 10 de octubre es de noche,

Debería ser obvio que ni este enunciado ni ningún otro se convierte en verdadero por el hecho de ser formulado, mediante un “decreto”, por un juez. Por esta vía, pues, no llegamos a mostrar la verdad del enunciado fáctico-jurídico (4).

2.4. Segunda solución: la regla general

El juez también puede presentar el enunciado (5) como conclusión deducida de los enunciados.

(6) Si no hay visibilidad suficiente entonces es de noche,

Y (7) A las 7 horas y 35 minutos de la mañana del día 10 de octubre no hay visibilidad suficiente.

Más, si bien la verdad de este segundo enunciado no se discute, la verdad del primero de ellos, la verdad del enunciado (6), que suponemos que el juez ha formulado, es más que dudosa. Pues, entendido como una aserción, (6) es falso. Y, entendido como una regla conceptual, como una definición parcial del término «de noche», no es verdadero ni falso. En ninguno de los dos casos, por tanto, hay garantía de que el enunciado (5), deducible (real o supuestamente) de (6) y de (7), sea verdadero. Y, si la verdad del enunciado (5) no está garantizada, tampoco lo está la del enunciado fáctico-jurídico (4).

2.5. Tercera solución: un cambio de sentido

A favor de la verdad de este enunciado (4) también cabría alegar, al margen del razonamiento anterior, lo siguiente:

El enunciado fáctico-jurídico (4) ha sido formulado por el juez en un contexto del que forma parte el enunciado (6), «Si no hay visibilidad suficiente entonces es de noche», también formulado por él, que define parcialmente el término «de noche». Por consiguiente, el sentido del enunciado (4) por lo que respecta al término «de noche» que aparece en él depende del sentido que el enunciado (6) atribuye a dicho término. Y, entendido de esta manera, concretamente, de tal manera que la expresión «de noche» se refiera a horas en las que no hay visibilidad suficiente, el enunciado fáctico-jurídico (4) es verdadero [dada la verdad, que suponemos, del enunciado (7), «A las 7 horas y 35 minutos de la mañana del día 10 de octubre no hay visibilidad suficiente»]. Por consiguiente, al ser verdadero el enunciado (4), la decisión (3) aplica el enunciado jurídico (1).

Sin embargo, lo que esta explicación nos está diciendo es que el enunciado fáctico-jurídico (4) es verdadero en un sentido tal que el término «de noche» que aparece en él incluye las horas en las que no hay visibilidad suficiente. Mas el término «de noche» no tiene ese sentido en el enunciado jurídico (1) [si en este enunciado (1) el término «de noche» incluyera las horas en las que no hay visibilidad suficiente, habría que decir, por ejemplo, que dicho enunciado se refiere a cualquier hora en la que no hay visibilidad suficiente por niebla, lluvia, humo, etc., aunque sea en pleno día; mas esto sería falso]. En definitiva, lo que resulta de la explicación anterior es que el enunciado fáctico-jurídico (4) es verdadero entendiendo sus términos en un sentido distinto al que dichos términos tienen en el enunciado jurídico (1).

Sin embargo, de dicha explicación no resulta que el enunciado fáctico-jurídico (4) sea verdadero entendiendo sus términos en el mismo sentido que éstos tienen en el enunciado jurídico (1). Y, para que la decisión (3) aplique el enunciado jurídico (1), es preciso que el enunciado fáctico-jurídico (4), que es una concreción de la suposición del enunciado jurídico (1), sea verdadero entendiendo sus términos en el mismo sentido que éstos tienen en el enunciado (1). Por consiguiente, la explicación anterior es insuficiente para mostrar que la decisión (3) aplica el enunciado jurídico (1).

2.6. Cuarta solución: el argumento teleológico

Si el enunciado fáctico-jurídico (4) fuera verdadero, la decisión (3) aplicaría el enunciado jurídico (1), sería materialmente correcta y además es posible que contribuyera a conseguir la finalidad social para la que el enunciado jurídico (1) fue creado.

Sin embargo, el que la decisión (3) contribuya a conseguir dicha finalidad no prueba que la decisión sea materialmente correcta, ni que aplique el Derecho, ni que aplique el enunciado (1), ni tampoco prueba la verdad del enunciado fáctico-jurídico (4), «K es un conductor de un camión que circulaba de noche, transportando una carga de más cien toneladas», ni tampoco prueba la verdad del enunciado más básico, del que todo depende, que es el enunciado (5), «A las 7 horas y 35 minutos de la mañana del día 10 de octubre es de noche».

2.7. Quinta solución: la función complementaria de la jurisprudencia

Exposición

El problema de vaguedad de la expresión «de noche», que aparece en el enunciado jurídico (1), así como las soluciones a este problema ofrecidas por el juez, pueden ser abordados desde otra perspectiva.

Tal como ha sido descrito el caso anterior, el único enunciado jurídico relevante es el enunciado (1), «Los conductores de camiones que circulen de noche transportando una carga de más de cien toneladas serán sancionados con tres mil euros de multa». Estando así las cosas, en el caso de una hora dudosa, como la de las 7 horas y 35 minutos de la mañana del día 10 de octubre, es imposible determinar si una decisión dice o no el Derecho contenido en ese enunciado (1). Cabría decir incluso que es imposible que una decisión diga o deje de decir el Derecho. Por ello, a fin de que el juez pueda realizar en casos como éste la función jurisdiccional que el Derecho le asigna, parece que no queda otro solución que modificar el Derecho.

Esta tarea es propia del legislador. Pero, si éste no puede realizar o no realiza la modificación necesaria, cabe pensar en asignársela al juez; concretamente, al juez que decide el caso en el que se presenta el problema de que la vaguedad de un término legal no permite el ejercicio de la jurisdicción. La tarea de modificar el Derecho en estos casos puede ser contemplada como esa función complementaria del ordenamiento jurídico, que el Art. 1.6 del Código Civil asigna a la jurisprudencia. Para comprender esta función, examinemos, desde esta nueva perspectiva, la formulación por el juez de un enunciado general como (6), «Si no hay visibilidad suficiente entonces es de noche».

Según una observación anterior, la afirmación de que el enunciado (6), formulado por el juez, modifica el sentido del enunciado (1), formulado por el legislador, choca con tesis bien consolidadas de filosofía del lenguaje. Según estas tesis, el sentido de un enunciado, como (1), no puede depender de algo que ocurra después de la formulación de dicho enunciado, tal como la formulación por el juez del enunciado (6).

Más sí cabría afirmar, a la inversa, que la presencia del enunciado (1) en el contexto en el que se desarrolla el discurso del juez modifica el sentido del enunciado (6), formulado por el juez en el ejercicio de la función complementaria del ordenamiento jurídico, que el Art. 1.6 del Código Civil le atribuye. Cabría alegar, más concretamente, que el enunciado

(6) Si no hay visibilidad suficiente entonces es de noche

Es introducido en el ordenamiento jurídico por el juez con la intención de modificar el enunciado jurídico.

(1) Los conductores de camiones que circulen de noche transportando una carga de más de cien toneladas serán sancionados con tres mil euros de multa,

Que previamente formaba parte del Derecho. Cabría alegar que el enunciado (6) es introducido en el Derecho con la intención, dicho más claramente, de sustituir el enunciado jurídico (1) por otro enunciado jurídico.

Por esta razón, el sentido del enunciado (6), teniendo en cuenta esta intención de modificar el enunciado (1), podría ser el siguiente:

(8) Los conductores de camiones que circulen de noche o cuando no haya visibilidad suficiente, transportando una carga de más de cien toneladas, serán sancionados con tres mil euros de multa.

Contempladas las cosas de esta manera, el resultado sería que existe un enunciado jurídico, el enunciado formulado por el juez, que tiene el mismo sentido que el enunciado (8) .

Por otra parte, antes hemos supuesto que eran verdaderos los dos enunciados siguientes:

(2) K es un conductor de un camión que circulaba a las 7 horas y 35 minutos de la mañana del día 10 de octubre, transportando una carga de más cien toneladas,

Y (7) A las 7 horas y 35 minutos de la mañana del día 10 de octubre no hay visibilidad suficiente.

De ambos enunciados se deduce que

(9) K es un conductor de un camión que circulaba de noche o cuando no había visibilidad suficiente, transportando una carga de más cien toneladas.

Este enunciado (9) sí es verdadero; y además es un enunciado fáctico-jurídico, que es una concreción de la suposición del enunciado (8), o del enunciado jurídico (6), entendido en el mismo sentido que tiene (8). La consecuencia final de estas reflexiones es que la decisión (3) aplica el enunciado jurídico (6) [entendido éste en el sentido de (8)], aplica el Derecho y es materialmente correcta.

Problemas

1º) Es un tema difícil de filosofía del lenguaje el determinar cómo influye el contexto de un enunciado en su sentido. Pero dudo mucho de

que alguna de las teorías existentes en esta materia autoricen la tesis siguiente: el enunciado (6) formulado por el juez tiene el mismo sentido que el enunciado (8), teniendo en cuenta que el primero de dichos enunciados ha sido formulado con la intención de sustituir el enunciado jurídico (1) preexistente por otro enunciado que tenga el mismo sentido que (8). Simplificando un ejemplo comentado en filosofía del lenguaje, yo puedo recitar una poesía en francés con la intención de poner de relieve mi conocimiento de la lengua francesa; pero los versos que recito no significan que yo sé francés.

2º) Si la función complementaria del ordenamiento jurídico es entendida de la manera descrita, se trataría de una actividad modificativa del Derecho. El resultado de ella no es la mera adición de enunciados al Derecho, sino también la eliminación práctica de alguno de los enunciados preexistentes. Por ejemplo, en el caso anterior, la formulación por el juez del enunciado (6), con el sentido de (8), eliminaría en la práctica el anterior enunciado (1), pues todo lo que dice (1) está incluido en lo que dice (8).

Vista así, la actividad complementaria del ordenamiento jurídico rebasa los límites de la actividad de decir el Derecho, de la actividad jurisdiccional. Por otra parte, como sabemos, la Constitución (1978) y la Ley Orgánica del Poder Judicial (1985) atribuyen a los jueces como única función la función jurisdiccional. Estos cuerpos legales son posteriores al Art. 1.6 del Código Civil (1974), que es el texto legal que atribuye a la jurisprudencia la función complementaria del ordenamiento jurídico. Por ello, es natural preguntarse si dicho Art. 1.6 del Código Civil no ha quedado tácitamente derogado.

[Los legisladores posteriores a 1985 no parecen haber advertido ninguna dificultad a este respecto. La Ley 29/1998, reguladora de la jurisdicción contenciosa-administrativa, en su Art. 88.1.d), menciona como motivo de casación la «infracción de las normas del ordenamiento jurídico o de la jurisprudencia»; mientras que la Ley de 1/2000 de Enjuiciamiento Civil, en su Art. 477, cita la «doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo», a propósito también del recurso de casación, y en el Art. 493 consagra «la doctrina jurisprudencial (del Tribunal Supremo)» atribuyéndole carácter jurídico (obligatorio) a partir de su publicación en el «Boletín Oficial del Estado».]

3º) Supuesto que el Art. 1.6 del Código Civil no haya quedado derogado, sería conveniente, a mi juicio, derogarlo, a fin de que los jueces no tuvieran esa función que dicho artículo les atribuye. Las razones son las siguientes:

Es innegable que la vaguedad de las expresiones causa dificultades a la función jurisdiccional de los jueces. Pero, ¿puede ser solucionado este problema atribuyendo a los jueces la función complementaria del ordenamiento jurídico? En el caso antes examinado, el problema causado por la presencia del término vago «de noche» en el enunciado jurídico (1) es solucionado, al menos aparentemente y para el caso en discusión, mediante la formulación por el juez del enunciado (6), «Si no hay visibilidad suficiente entonces es de noche». Sin embargo, este enunciado usa otro término vago, el término «visibilidad suficiente». Según la descripción realizada de ese caso, este término vago no provoca en dicho caso ninguna

dificultad, ya que hemos supuesto que era verdadero el enunciado (7), «A las 7 horas y 35 minutos de la mañana del día 10 de octubre no hay visibilidad suficiente». Mas, en un nuevo caso, dicho término puede provocar la dificultad, característica de los términos vagos, de determinar si algo forma parte o no de la referencia de la expresión, de determinar si a una hora y en un lugar determinado hay o no visibilidad suficiente. Ciertamente, el juez de este nuevo caso puede formular un nuevo enunciado E, de la forma «Si concurren las circunstancias C₁, C₂,...C_n hay (no hay) visibilidad suficiente», que le puede bastar para hacer frente al problema que tiene ante él. Pero los términos «C₁», «C₂»,... «C_n», de este enunciado E también serán vagos; y, si bien puede ocurrir que no provoquen ninguna dificultad en el caso para el que fue formulado el enunciado E, sí pueden provocar dificultades en otro caso distinto.

Y es que el problema que plantea la vaguedad de las expresiones es irresoluble. La atribución a los jueces de la función complementaria del ordenamiento jurídico, permitiéndoles formular reglas generales como el enunciado (6), sólo aparentemente, y para el caso presente, soluciona el problema provocado por la vaguedad de un término legal como «de noche». Pues, salvo en el caso muy improbable de que el enunciado (6) tenga el mismo sentido que el enunciado (8), ese enunciado (6) no garantiza que sea verdadero un enunciado fáctico-jurídico como (9) [o como (4)], que sea la concreción de la suposición de un enunciado jurídico. Además, aceptando que el enunciado (6) soluciona para el caso presente el problema provocado por la vaguedad del término legal «de noche», dicho problema se trasladaría a otro caso y a otra expresión, como «visibilidad suficiente», quizá menos vaga, pero nunca completamente precisa.

El ejercicio de la función complementaria del ordenamiento jurídico en casos de vaguedad no sirve, pues, para solucionar este problema. Por ello, no sirve tampoco para mostrar la verdad de un enunciado fáctico-jurídico, ni tampoco para mostrar que se ejerce la función jurisdiccional. En realidad, sólo sirve como cumplimiento de la obligación de justificación de la decisión; sólo sirve para dejar en evidencia que se intenta mostrar que se ejerce la función jurisdiccional. Más, una vez que se es consciente de que es imposible mostrar tal cosa, ¿para qué esforzarse? Desde el punto de vista retórico, no queda bien formular, a modo de decreto, el enunciado (5), «A las 7 horas y 35 minutos de la mañana del día 10 de octubre es de noche». Queda mejor formular el enunciado (6) «Si no hay visibilidad suficiente entonces es de noche»; pues este enunciado, unido al enunciado verdadero (7), «A las 7 horas y 35 minutos de la mañana del día 10 de octubre no hay visibilidad suficiente», permite presentar el enunciado (5) como una conclusión necesaria de un razonamiento y, por tanto, con un aire de racionalidad que no lo tendría si este último enunciado hubiera sido «decretado». La racionalidad que queda en entredicho es entonces la del enunciado (6). Pero este enunciado es difícil de enjuiciar, dado que no sabemos si es un enunciado asertivo, o una definición parcial; si fuera una definición parcial, no sabemos claramente si es un enunciado jurídico o no; si es un enunciado jurídico tampoco está claro su sentido, ni si su sentido está determinado por el enunciado jurídico (1) y cómo lo está [hay quien piensa que es, al contrario, el sentido de (1) el que está determinado por (6)]. Mas, una vez que hemos desenredado la maraña que rodea al enunciado (6) y hemos dejado este enunciado al descubierto,

queda claro que, desde el punto de vista teórico, este enunciado no es mejor que el enunciado (5) a secas.

Por otra parte, la atribución a los jueces de la función complementaria del ordenamiento jurídico tiene el inconveniente que representa atribuir a los jueces facultades legislativas. Pues, al margen de la cuestión de la separación de poderes, el problema real es que el legislador está mejor preparado que el juez para formular enunciados de alcance o de trascendencia general. En la actividad legislativa intervienen expertos de la materia a regular, son oídos representantes de los interesados o afectados por la nueva regulación, etc.; todo lo cual permite al legislador tener el mejor conocimiento posible de la materia a regular. El juez, en cambio, no tiene expertos que le auxilien, ni conoce (al menos no conoce como el legislador) el alcance general que su medida legislativa pueda tener, el alcance que dicha medida pueda tener en casos distintos al que tiene frente a él.

Ciertamente, en un caso de vaguedad de un término legal, una decisión judicial, que es un enunciado individual, puede ser justa para el caso concreto que el juez tiene ante él [la decisión (3) puede ser justa]. Pero si, para justificar esa decisión, en particular, para afrontar dicho problema de vaguedad, el juez formula una regla general [como el enunciado (6)]

- por un lado, puede ocurrir que, para litigios distintos del que el juez tiene ante él, dicha regla general obligue a otros jueces a formular decisiones injustas (o inadecuadas, inoportunas, etc.); en cualquier caso, habrá más probabilidades de que esa regla general, formulada por el juez, provoque decisiones injustas en otros litigios que en el caso de que la regulación hubiera sido realizada por el legislador;

- por otro lado, al formular esa regla general, el juez estará haciendo algo inútil, desde el punto de vista de sus obligaciones, que son formular decisiones que digan el Derecho y justificar sus decisiones [salvo en la discutible hipótesis de que el juez formule el enunciado (6) y éste tenga el mismo sentido que (8), no parece que sea posible mostrar que la decisión (3) dice el Derecho; y, también salvo dicha hipótesis, no es mejor justificar la decisión formulando el enunciado (6) que formulando el enunciado (5)].

Finalmente, la actividad legislativa (es decir, la formulación de enunciados de alcance general) de los jueces, si bien es más ágil que la actividad legislativa del legislador, tiene el inconveniente de que atenta contra la seguridad jurídica. Pues si se formula a un juez una petición que está basada en un enunciado general contenido en una Ley, el juez está obligado a tener en cuenta ese enunciado, aunque de hecho puede ocurrir que no lo haga. En cambio, un juez no está obligado a tener en cuenta ni siquiera los enunciados generales (criterios o reglas) por él mismo formulados; en cualquier momento y sin previo aviso puede cambiar de opinión.

4º) En el caso de que la función complementaria del ordenamiento jurídico esté atribuida a los jueces, dicha función debería quedar limitada a los casos de vaguedad de las expresiones, como el que hemos analizado, u otros similares (por ejemplo, los casos de incompletud de los enunciados

jurídicos², con el fin de que la actividad de los jueces se salga lo mínimo posible del ámbito de su única función, que es la jurisdiccional. Por ello, dicha función complementaria en ningún caso debería comprender, a mi juicio, el incluir en la referencia de la suposición de un enunciado jurídico casos que no están incluidos en ella, ni, a la inversa, excluir de la referencia de la suposición de un enunciado jurídico, casos claramente incluidos en ella (pues, en estos casos, no existe problema de vaguedad).

3. La imposibilidad teórica de conocer el Derecho

Los juristas no solemos tener dificultades a la hora de decidir si un enunciado es o no jurídico. Pero sí es difícil a veces determinar si un enunciado es jurídico o no en una determinada fecha; concretamente, es difícil saber si un enunciado es jurídico o no en la fecha en la que el juez formula su decisión (el juez ha de afrontar esta dificultad, en el proceso justificatorio, a la hora de solucionar la cuestión ontológico-jurídica).

La citada dificultad es consecuencia de que: a) la pertenencia al Derecho de un enunciado en una fecha determinada depende de la teoría de la derogación; y b) esta teoría, concretamente, la teoría de la derogación expresa material y la teoría de la derogación tácita, emplea una noción sumamente vaga, cuál es la de compatibilidad entre normas o enunciados. Dichas teorías hacen depender la juridicidad de un enunciado E en una fecha determinada de la compatibilidad de E con otro enunciado N. Y, si no podemos determinar si E y N son compatibles, entonces tampoco podemos determinar si el enunciado E es jurídico o no en esa fecha.

El problema apuntado es, pues, un problema de vaguedad, similar al de la expresión «de noche», antes analizado. La consecuencia inmediata de este problema es ahora distinta que en el caso de la posible aplicación del enunciado jurídico (1), que contiene la expresión «de noche»; pero la consecuencia final es la misma, a saber, la imposibilidad de determinar si una decisión aplica un enunciado jurídico:

En el caso de la posible aplicación del enunciado jurídico (1), no es posible determinar si la decisión (3) aplica o no ese enunciado; por ello no es posible saber si dicha decisión aplica o no el Derecho, concretamente, el Derecho de la fecha en que la decisión ha sido emitida. En cambio, en los casos que ahora nos ocupan, puede ocurrir que no exista ninguna dificultad para determinar si una decisión aplica o no un enunciado (o un enunciado jurídico). La dificultad en estos casos reside en que no es posible determinar si un enunciado, que una decisión indudablemente aplica, es jurídico o no en la fecha en la que la decisión ha sido emitida. Por ello, también ahora es imposible saber si la decisión aplica o no el Derecho de la fecha en que la decisión ha sido emitida.

4. Epílogo

La vaguedad de las expresiones genera para el juez un nuevo ámbito de discrecionalidad en sentido impropio. En los casos que hemos examinado, no se trata de que el juez cumpla igual bien su obligación, concretamente, su obligación jurisdiccional, formulando una decisión u otra. Se trata de

²De la incompletud de los enunciados jurídicos me ocupo en mi Introducción..., cit. (nota), pp. .).

que, cualquiera que sea la decisión que formule, es imposible teóricamente saber si el juez ha cumplido o no su obligación; hasta el punto de que casi carece de sentido plantearse el problema. En cualquier caso, haga lo que haga el juez, no se le podrá acusar de arbitrariedad.