

LA ARGUMENTACIÓN JUDICIAL: CONTROL Y RESPONSABILIDAD DE LOS ÓRGANOS JURISDICCIONALES¹

MANUEL SEGURA ORTEGA

Universidad de Santiago de Compostela

RESUMEN

Este trabajo asume como punto de partida la indeterminación relativa de los Derechos actuales. Desde el punto de vista de la actividad judicial esta circunstancia determina una mayor libertad de los jueces que se traduce en la existencia de diferentes posibilidades interpretativas. Por esta razón el papel de la argumentación en la actividad judicial se ha visto reforzado pero, al mismo tiempo, se plantea el problema de cómo controlar a los jueces y qué tipo de responsabilidad tienen en el ejercicio de sus funciones.

Palabras clave: justificación, responsabilidad judicial, libertad interpretativa.

ABSTRACT

This paper takes as starting point the relative indeterminateness of current legal systems. This circumstance determines from the point of view of judicial activity a substantial freedom for judges, which translates into the existence of different interpretive possibilities. For this reason the role of argumentation in judicial activity has been reinforced, but at the same time the question arises of how to control the judges and what kind of responsibility they have in exercising their functions.

Key words: justification, judicial responsibility, interpretative freedom.

1 [Recepción: 31 de agosto de 2012. Aceptación: 20 de diciembre de 2012.] Este trabajo se ha realizado en el marco del proyecto DER2010-1987-CO2-02 financiado por el MICINN titulado “Razonamiento abductivo y argumentación judicial”.

1. INTRODUCCIÓN

En los sistemas democráticos actuales la actividad judicial se desarrolla conforme a unos criterios bien conocidos. La separación de poderes, la sujeción a la ley y la independencia judicial constituyen algunos de los principios básicos que inspiran –o deben inspirar– la actuación de los jueces. En los sistemas de Derecho continental se reconoce que los jueces aplican las normas del ordenamiento jurídico que han sido creadas por el poder legislativo. En principio, por tanto, los jueces no pueden crear Derecho² y su tarea se limita a aplicar una serie de normas que les vienen impuestas desde una instancia externa. Lo que deben hacer es comprender el sentido y significado de tales normas y trasladar sus consecuencias y efectos a los casos concretos que se les presenten. Ahora bien, esta labor de individualización de normas generales y abstractas que se materializa a través de la actividad interpretativa no implica –o, al menos, no solamente– la realización de meras operaciones lógicas. De ahí que pueda afirmarse que los jueces son los que, en algún sentido completan y ultiman la obra del legislador a través de su actividad decisoria. Ello quiere decir que la función principal de la judicatura es la de determinar el significado, sentido y alcance de todos los enunciados jurídicos. Si partimos de la idea –desde hace tiempo ampliamente compartida– de la indeterminación y vaguedad del lenguaje jurídico parece que el papel de los jueces ha adquirido una mayor relevancia porque “la ley no es sólo obra del legislador ni permanece invariable sino que desde el primer momento se lanzan sobre ella los otros poderes –el ejecutivo y el judicial– y la desfiguran, a veces tan sustancialmente que la hacen irreconocible”.³

No sería exagerado afirmar que la conexión entre las normas y las decisiones se ha debilitado considerablemente en los últimos tiempos.⁴ Ello es una consecuencia de la estructura y contenido de los

2 De todos modos también se asume que hay ciertas ocasiones en que sí lo hacen. Esto es fácilmente constatable en el caso de los tribunales de última instancia. En el caso español la doctrina considera que tanto el Tribunal Supremo como el Tribunal Constitucional crean auténtico Derecho en algunas de las resoluciones que pronuncian.

3 A., Nieto, *El arbitrio judicial*, Ariel, Barcelona, 2000, p. 104.

4 Hace algunos años Engisch se refería a este fenómeno cuando afirmaba que “las leyes mismas están estructuradas de tal manera en todas las ramas del Derecho, que el juez y los funcionarios de la administración no pueden encontrar y fundamentar sus decisiones mediante subsunción en conceptos jurídicos fijos

ordenamientos jurídicos democráticos que intencionadamente se redactan de modo tal que siempre son posibles diferentes interpretaciones. El efecto que provoca esta indeterminación intencional por parte del legislador es un acrecentamiento del poder de los jueces que los convierte en auténticos protagonistas. En este sentido se ha dicho que “la creciente ampliación de las atribuciones legislativas y la cantidad cada vez mayor de leyes han dado lugar a dos características que son típicas de los parlamentos occidentales: el exceso de legislación y el oportunismo y ambigüedad de sus disposiciones. A menudo las leyes están redactadas en términos vagos, lo cual permite interpretarlas y aplicarlas con criterio político”.⁵ Esto sucede de una manera muy especial con los textos constitucionales que habitualmente representan el resultado de un compromiso entre diferentes posturas ideológicas. Las Constituciones son flexibles e incorporan principios y valores que pueden realizarse de modos diferentes y por eso “no son documentos axiológicamente homogéneos y unitarios sino que su contenido es plural y está formado por criterios de valor tendencialmente contradictorios”.⁶ Si esto sucede con los textos constitucionales algo parecido ocurre con las leyes ordinarias. También las normas aprobadas por el Parlamento suelen ser fruto de un cierto consenso entre ideologías diferentes y por eso se redactan de un modo abierto y flexible posibilitando que puedan ser comprendidas –y aplicadas– de forma diferente.

De cualquier modo, la vinculación de los jueces a la ley sigue sien-

cuyo contenido pueda ser descubierto a través de la interpretación, sino que están llamados a formular valoraciones independientemente, y de esta manera, a decidir o actuar como si fueran legisladores”, *Introducción al pensamiento jurídico*, Comares, Granada, 2001, trad. de E. Garzón Valdés y presentación de L. García San Miguel, p. 129.

5 M. Cappelletti, *La responsabilidad de los jueces*, Ius, La Plata (Argentina, 1988, trad. de S. Amaral, p. 28.

6 L. Prieto Sanchís, *Ley, Principios, Derecho*, Dykinson, Madrid, 1998, p. 61. Zagrebelsky ha caracterizado el Derecho de los Estados constitucionales a través de la imagen de la ductilidad: “la coexistencia de valores y principios, sobre la que hoy debe basarse necesariamente una Constitución para no renunciar a sus cometidos de unidad e integración y al mismo tiempo no hacerse incompatible con su base material pluralista, exige que cada uno de tales valores y principios se asuma con carácter no absoluto, compatible con aquellos otros con los que debe convivir. Solamente asume carácter absoluto el metavalor que se expresa en el doble imperativo del pluralismo (en lo tocante al aspecto sustancial) y la lealtad en su enfrentamiento (en lo referente al aspecto procedimental)”, *El Derecho dúctil*, Trotta, Madrid, 1995, trad. de M. Gascón Abellán, p. 14.

do un principio fundamental de los ordenamientos jurídicos actuales lo que significa que todas las decisiones representan siempre la aplicación de normas que, en algún sentido, inciden en el contenido de las resoluciones. Si nos fijamos en la praxis judicial resulta muy difícil encontrar fallos judiciales que carezcan de fundamentación normativa. Ello constituye una garantía de seguridad para los ciudadanos cuya finalidad es la de eliminar la arbitrariedad en la actuación de los jueces y, en general, de todos los órganos del Estado. Pero aunque el principio del sometimiento de los jueces a la ley sigue teniendo plena vigencia lo cierto es que su realización a través de la interpretación y aplicación judicial del Derecho queda en ocasiones un tanto desfigurado. Ello es así no porque los jueces desarrollen funciones y competencias que no les corresponden, sino porque es el propio sistema jurídico el que les concede un amplio margen de libertad en su actuación. Esta situación afecta al propio concepto de seguridad jurídica entendida como la posibilidad de prever cuál será el contenido de las decisiones judiciales. Como ya señalaban los realistas americanos parece que el elemento de la incertidumbre está cada vez más presente en el proceso de aplicación del Derecho y esto sucede no solamente en los llamados casos difíciles sino, en general en la mayoría de las controversias jurídicas. Con ello la idea que se pretende defender es que las resoluciones judiciales, con carácter general, son una consecuencia de la estructura de los sistemas jurídicos actuales de manera que ciertas críticas que suelen dirigirse a la judicatura carecen de justificación. Desde este punto de vista no parece que los jueces hagan otra cosa que aquello que está expresamente autorizado por las normas del ordenamiento jurídico. Por esta razón no creo que el trabajo de los jueces haya desembocado en el llamado activismo judicial que vendría a justificar cualquier tipo de actuación.

2. LA INTERPRETACIÓN JUDICIAL

La interpretación puede definirse como una operación intelectual en virtud de la cual se atribuye un determinado significado a las normas jurídicas. La interpretación puede ser realizada por muy diferentes sujetos y también con finalidades distintas. La interpretación que aquí nos interesa es la que realizan los órganos judiciales cuya peculiaridad se encuentra –entre otras cosas– en que la actividad interpretativa se desarrolla con la intención de aplicar normas a casos

concretos o, lo que es lo mismo, con la intención de tomar decisiones⁷. Ya sabemos que puede haber interpretación sin aplicación;⁸ sin embargo, no es posible la aplicación del Derecho si previamente no hay una labor interpretativa. Naturalmente la interpretación puede ser más o menos compleja pero, en cualquier caso, siempre es necesaria. Creo que en la actualidad nadie defiende la idea de que la interpretación afecta solamente a un tipo de normas –las que son oscuras, confusas o complejas– sino que, por el contrario, se afirma que todas las normas –absolutamente todas– deben ser interpretadas. El viejo tópico *in claris non fit interpretatio* ha dejado de ser operativo y parece que nadie sostiene que haya normas que sean absolutamente claras o, en todo caso, que normas aparentemente claras y sencillas también necesitan de una cierta actividad interpretativa.

Cuando se dice que la interpretación judicial se dirige a tomar decisiones lo que se está presuponiendo es que los jueces

7 En este sentido se ha dicho que “la diferencia estriba en que la actividad judicial no tiene por objeto conocer, sino decidir, no se orienta a la teoría sino a la práctica; y es esta finalidad la que exige las peculiaridades de su razonamiento”, L. Prieto Sanchís, *Ideología e interpretación jurídica*, Tecnos, Madrid, 1987, p. 60. Hace algunos años Tarello proponía una clasificación respecto de lo que hacen los juristas al interpretar normas que es muy útil e incide en las diferentes funciones que desarrollan los operadores jurídicos. En su opinión se pueden utilizar tres términos distintos para designar la actividad interpretativa en función del sujeto que la realice: constatar, proponer y decidir. El jurista teórico constata o determina los posibles significados de una norma; los abogados y los fiscales proponen que a una norma se le atribuya un cierto significado y, por último, el juez decide atribuir a una norma un determinado significado sin que las peticiones de las partes tengan carácter vinculante; *L'interpretazione della legge*, Giuffrè, Milano, 1980, pp. 61–67.

8 Es lo que ocurre con la actividad de los juristas teóricos. En este sentido se puede distinguir entre interpretación teórica y práctica. La interpretación teórica tiene como única finalidad averiguar el sentido y significado de las normas jurídicas pero este tipo de interpretación no está dirigido a la acción y por eso se trata de una actividad meramente cognoscitiva. La interpretación práctica, además de esta finalidad de conocimiento y comprensión del Derecho, pretende aplicar las normas a supuestos concretos lo cual implica la adopción de decisiones. En este sentido dice Guastini que los jueces “debiendo decidir controversias no pueden limitarse a describir los posibles significados de una determinada expresión legislativa: deben, en cualquier caso, escoger uno de ellos, de forma preferente sobre los otros. E incluso si la expresión en cuestión es unívoca (tiene un único significado determinado), tampoco pueden contentarse con describirlo, deben usarlo para calificar el supuesto de hecho que les es presentado”, *Distinguiendo. Estudios de teoría y metateoría del Derecho*, Gedisa, Barcelona, 1989, trad. de J. Ferrer, p. 204.

tienen que *elegir* necesariamente entre diferentes alternativas de conducta. El centro de gravedad de la actuación judicial gira en torno al problema de cuál de entre todas las posibles opciones interpretativas será la que finalmente se elija. Naturalmente este punto de partida implica que la actividad interpretativa puede conducir a resultados no sólo no coincidentes sino, también, potencialmente contradictorios. Por otra parte, también presupone que no existe la única interpretación correcta.⁹ De todos modos, no está de más señalar que aunque ambas ideas –la posibilidad de resultados diferentes y la inexistencia de una única respuesta correcta– no han sido asumidas pacíficamente por la doctrina constituyen el punto de partida de todas las consideraciones que se harán a continuación.

2.1. CONCEPCIONES ACERCA DE LA INTERPRETACIÓN

En el asunto de la interpretación judicial es posible adoptar dos perspectivas diferentes: prescriptiva y descriptiva. En el primer caso lo que se pretende es influir en la actuación judicial indicando qué deberían hacer los jueces al interpretar y aplicar el Derecho para que su comportamiento quede legitimado. Este punto de vista ha sido adoptado por numerosas corrientes de pensamiento e incluso podría decirse que ha sido el mayoritario si nos fijamos en los últimos doscientos años. Su pretensión básica ha sido la de señalar el camino que debiera seguirse para interpretar correctamente las normas. Por tanto, el punto de partida de estas doctrinas no está constituido por el proceso real de interpretación y aplicación del Derecho sino que se sitúan más allá con la intención de influir en la actividad del intérprete. De este modo la conducta judicial queda legitimada y justificada siempre que se utilicen ciertos elementos fundamentales como pueden ser la voluntad del legislador (dirección subjetiva), la voluntad de la ley

⁹ Es cierto que los tribunales de última instancia pueden determinar en qué sentido se debe interpretar una determinada norma, un enunciado o un concepto. Pero esta fijación del sentido de las normas –que naturalmente vincula las futuras decisiones de los órganos judiciales– no implica que la interpretación realizada por el Tribunal Supremo o el Tribunal Constitucional sea la mejor o la más correcta entre todas las posibles. Se impone, eso sí, a través del principio de autoridad pero su contenido nunca puede presentarse en términos de verdad absoluta e incontestable.

(dirección objetiva) o la racionalidad argumentativa de los sujetos que participan en el proceso (teorías de la argumentación jurídica).¹⁰

Tanto la dirección subjetiva como la objetiva coinciden, aunque por caminos distintos, a la hora de afirmar que la interpretación sirve para el establecimiento del significado de las normas, esto es, que siempre es posible llegar a un resultado uniforme con independencia de los sujetos que puedan intervenir en el proceso de interpretación y aplicación.¹¹ Y ambas direcciones defienden esta idea a pesar de que la práctica judicial cotidiana demuestre que, en ocasiones, más bien sucede lo contrario. Por su parte, las teorías de la argumentación jurídica mantienen una posición relativista que impide que se pueda hablar del hallazgo de una única decisión en todos los casos. La praxis judicial es concebida como un proceso argumentativo que no garantiza la certeza respecto del resultado pero que requiere el cumplimiento de ciertas reglas que aseguren al menos una cierta racionalidad en las decisiones.¹² Por tanto, la actividad interpretativa debe estar sometida a ciertas limitaciones que se concretan en

10 Una exposición general de las distintas teorías de la interpretación jurídica puede consultarse en las siguientes obras: I. Lifante Vidal, *La interpretación jurídica en la teoría del Derecho contemporánea*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1999, M. Calvo García, *Los fundamentos del método jurídico: una revisión crítica*, Tecnos, Madrid, 1994, L. Recasens Siches, *Nueva filosofía de la interpretación del Derecho*, Porrúa (3ª ed.), México, 1980, K. Larenz, *Metodología de la ciencia del Derecho*, Ariel (2ª ed.), Barcelona, 1980, trad. de M. Rodríguez Molinero, G. Zaccaria, *L'arte dell'interpretazione*, Cedam, Padova, 1990, R. A. Posner, *Cómo deciden los jueces*, Marcial Pons, Madrid, Barcelona, Buenos Aires, 2011, trad. de V. Roca Pérez y L. Prieto Sanchís, *Ideología e interpretación jurídica*, ya citada.

11 En este sentido decía ROSS que estas dos corrientes consideran a la interpretación como “una Actividad que, *correctamente* realizada, conduce a una determinación objetiva e inequívoca del auténtico significado de la ley y a su aplicación a casos concretos. Otra cosa es que exista la posibilidad de un error subjetivo. Pero si la ley se interpreta de forma correcta y la deducción se realiza adecuadamente, dos jueces distintos habrán de llegar forzosamente al mismo resultado. Y es que el papel que desempeña el concepto de interpretación es precisamente el de hacer posible que la función del juez pueda ser contemplada como puramente aplicadora del Derecho”, *Teoría de las fuentes del Derecho*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1999, trad. y estudio preliminar de J. L. Muñoz de Baena, A. Prada y P. López Pietsch, p. 403.

12 J. A. García Amado, buen conocedor de las teorías de la argumentación jurídica, afirma que “el elemento clave de la decisión jurídica racional no es el qué, su contenido en sí mismo considerado, sino el cómo se justifique mediante ra-

la observancia de una serie de requisitos –de naturaleza muy variada dependiendo de cada autor o corriente doctrinal– cuya presencia asegura la corrección de las decisiones.

Desde el punto de vista descriptivo lo que se ha pretendido es dar cuenta de cómo es el proceso real de interpretación y aplicación del Derecho, esto es, se trata de saber cuáles son los factores reales que influyen en las decisiones judiciales. Puede decirse que todas las corrientes realistas han adoptado este punto de vista descriptivo. Su intención ha sido la de mostrar qué es lo que se esconde detrás de la fachada formal de las resoluciones judiciales destacando el importante papel que desempeña la personalidad del juez.¹³ En definitiva todas las corrientes realistas coinciden a la hora de afirmar que el conocimiento de la verdadera actividad de los tribunales no puede producirse a través del mero examen de las decisiones porque éstas siempre se presentan como el resultado de una aplicación previa de normas que dirige de modo total la actividad del juez. Pero detrás de la actividad interpretativa hay mucho más entre otras razones porque los jueces desarrollan, a veces, una función creadora que, naturalmente, nunca aparece reconocida en el contenido del fallo judicial. El mérito de algunas de las doctrinas descriptivas se encuentra en haber puesto de manifiesto que el proceso *real* de interpretación y aplicación difiere en algún sentido del modelo previsto en las normas del sistema jurídico y, desde este punto de vista, el examen de la experiencia jurídica revela la presencia de ciertos elementos (irracionales) que no pueden ser eliminados ni tan siquiera a través del proceso de justificación (motivación) de las decisiones.

Estas dos perspectivas –prescriptiva y descriptiva– constituyen dos visiones antagónicas respecto de la interpretación judicial del Derecho. Aunque las teorías prescriptivas son sumamente interesantes y han contribuido de manera sobresaliente a la formulación

zones”, “La teoría de la argumentación: logros y carencias”, *Revista de Ciencias Sociales*, n° 45, 2000, p. 116.

13 Ross ha insistido de una manera muy especial en este punto al considerar que siempre hay una especie de ocultación en relación con la verdadera actividad judicial. Tal actividad nunca es presentada como creadora: “puede ser un problema interesante de psicología social el determinar por qué se desea ocultar lo que realmente ocurre en la administración de justicia. Aquí tenemos que limitarnos a enunciar que la pretensión de que la administración de justicia es una simple deducción lógica a partir de reglas jurídicas, sin ninguna valoración por parte del juez, parece ser un fenómeno universal”, *Sobre el Derecho y la justicia*, Eudeba (4ª ed.), Buenos Aires, 1977, trad. de G. R. Carrió, p. 149.

de modelos ideales de interpretación creo que adoptar una postura descriptiva es mucho más provechoso para comprender cómo se desarrolla la actividad de los tribunales¹⁴. A partir de ahora, por tanto, procuraré *describir* –espero, que de una manera acertada– cuáles son algunas de las operaciones más importantes que se realizan en el marco de la actividad judicial. A través de este examen tendremos ocasión de comprobar hasta qué punto se cumplen las previsiones realizadas por el legislador y cuáles son algunos de los elementos que pueden distorsionar el funcionamiento del sistema judicial.

Para realizar esta labor parece procedente señalar a grandes rasgos cuáles son los principios básicos que determinan la actividad judicial. En primer lugar, la actividad judicial está sujeta a ciertas restricciones temporales que, de uno u otro modo, condicionan el propio trabajo de los jueces. Se trata de una diferencia importante respecto de la actividad que realizan otros juristas.¹⁵ Los jueces no sólo tienen que decidir sino que deben hacerlo dentro de un cierto marco temporal lo cual significa que su actuación se ve apremiada por el cumplimiento de ciertos plazos. Esta circunstancia determina que en ocasiones no puedan dedicar todo el tiempo que sería deseable para resolver aquellos asuntos de los que conocen. Ya sabemos que la Administración de justicia es lenta y que a veces se produce una auténtica saturación que inevitablemente provoca retrasos. El notable incremento de los asuntos que se someten a la Justicia imposibilita una respuesta puntual y ágil que la mayoría de las veces no es imputable a los órganos jurisdiccionales. Sea como fuere, la urgencia en despachar los asuntos se convierte –o puede convertirse– en un factor de presión para el trabajo judicial que puede afectar incluso a su propio salario¹⁶.

14 En la doctrina española esta perspectiva descriptiva ha sido adoptada por R. Hernández Marín fundamentalmente en sus obras *Interpretación, subsunción y aplicación del Derecho*, Marcial Pons, Madrid, 1999 y *Las obligaciones básicas de los jueces*, Marcial Pons, Madrid, 2005.

15 Pensemos en la interpretación doctrinal. La doctrina puede debatir indefinidamente sobre cualquier asunto siendo posible que las disputas no se resuelvan jamás mientras que a los jueces no les está permitido porque tienen que decidir –en tiempo y forma– en qué sentido interpretarán una determinada norma.

16 En el sistema español se han aprobado normas que regulan las retribuciones de los jueces y cuya oportunidad y sentido ha sido muy discutido. Básicamente este sistema premia o castiga la cantidad –y no la calidad– de las sentencias conforme a una serie de criterios que miden el rendimiento del trabajo de los jueces. Una información muy completa sobre este sistema puede verse en G.

Esta realidad de escasez de medios personales y materiales, por un lado, y de exceso de procesos, por otro, condiciona de modo singular el trabajo de la judicatura. Si a ello le añadimos la necesidad de resolución de controversias en un tiempo razonable las expectativas en relación con los resultados no pueden ser muy halagüeñas. En definitiva, falta de medios, falta de tiempo y saturación de los juzgados son las condiciones en las que se desarrolla la actividad judicial en nuestro país. No obstante, quisiera advertir que mis consideraciones parten del convencimiento de la honestidad profesional y del rigor de la judicatura. Con carácter general –aunque, como en todo, siempre hay excepciones– me parece que los jueces cumplen con su trabajo de una manera satisfactoria y eficaz. Por tanto, no deben interpretarse mis palabras como una crítica a la actuación judicial sino, más bien como una crítica a las circunstancias y condiciones que rodean el trabajo cotidiano de la judicatura.

Pero dejemos a un lado todas estas carencias e insuficiencias para centrarnos en la conducta judicial por lo que se refiere a cómo entienden, interpretan y aplican el Derecho. Lo que me propongo examinar a continuación es si lo que los jueces hacen realmente responde y hasta qué punto a las previsiones normativas establecidas por el propio sistema jurídico. Formalmente ya sabemos que los jueces están sometidos al imperio de la ley y que su obligación es aplicarla. ¿Cómo realizan esta labor? ¿A qué les obligan las normas del ordenamiento jurídico? ¿Cómo realizan la tarea interpretativa? ¿Qué tipo de libertad tienen a la hora de adoptar decisiones? Estas son algunas de las cuestiones a las que se trataré de dar respuesta partiendo de la propia praxis judicial.

2.2. LOS CRITERIOS INTERPRETATIVOS

Ya se ha dicho que la aplicación del Derecho requiere una previa interpretación que puede ser más o menos difícil dependiendo de la complejidad de las normas. Todos los sistemas jurídicos establecen una serie de criterios que pueden ser utilizados para la interpretación de las normas. En principio parece que tales criterios limitan la libertad de acción de los jueces en el sentido de que condicionan las po-

Doménech Pascual, “La perniciosa influencia de las retribuciones variables de los jueces sobre el sentido de sus decisiones”, *InDret. Revista para el análisis del Derecho*, nº 3, 2008.

sibilidades interpretativas pero, en realidad, la variedad de criterios supone una especie de coartada que viene a justificar (casi) cualquier tipo de actuación y, en consecuencia, cualquier tipo de decisión. Creo que hay que partir de una premisa básica que reconoce y ampara la libertad de los jueces a la hora de interpretar el Derecho. Tal premisa es una consecuencia de la independencia judicial y se plasma en el respeto a la actividad interpretativa realizada por los jueces.¹⁷ La función que cumplen los criterios interpretativos no es otra que la de aumentar el margen de discrecionalidad en la actuación judicial.

Veamos con más detalle cómo se articulan estos criterios y cómo son utilizados. Con carácter general podría afirmarse que la única limitación existente respecto de los criterios interpretativos es aquella que prohíbe la utilización de la analogía en el ámbito del Derecho penal.¹⁸ Al margen de esta explícita prohibición los jueces pueden utilizar cualquiera de las reglas interpretativas reconocidas. Pero en relación con este asunto se plantean dos tipos de problemas. Por una parte, no existen reglas de preferencia claramente definidas con lo cual todos los criterios tienen el mismo valor y eso amplía las posibilidades interpretativas del sujeto llamado a decidir. Por otra parte,

17 La Ley Orgánica del Poder Judicial en su artículo 12 prohíbe expresamente que los Tribunales corrijan la interpretación hecha por sus inferiores así como que los jueces puedan recibir instrucciones sobre cómo interpretar el ordenamiento jurídico. Naturalmente la corrección siempre es posible a través de los recursos pero si no se interponen la interpretación realizada por el órgano judicial es la que finalmente se impone. El Tribunal Supremo ha reiterado en numerosas ocasiones que “la interpretación de los preceptos, al igual que la de los contratos, es función de la sala sentenciadora, cuyas conclusiones deben ser respetadas en casación a no ser que pueda ser calificada de ilógica o contraria a la ley” (STS núm. 637/1997 de 3 de julio). Como puede suponerse las interpretaciones que son declaradas como ilógicas o contrarias a la ley son ciertamente escasas lo cual refuerza de manera importante el poder de los jueces.

18 Aunque esta prohibición tiene carácter absoluto históricamente se ha producido alguna excepción. Perelman recoge algunas decisiones que en materia penal emplearon argumentos diferentes. El artículo 212 del código penal alemán definía el robo como el hecho de sustraer un objeto mueble perteneciente a otro. Pues bien, en dos ocasiones el Tribunal del Imperio rehusó considerar que el robo de electricidad pudiera quedar incluido en dicho artículo mientras que “la alta Corte de los Países Bajos no dudó en subsumir un robo de energía eléctrica en el art. 310 del código penal holandés que habla de sustracción de un bien. Por extensión, asimiló la energía eléctrica a un bien, aunque el legislador, que no conocía este tipo de robo, ciertamente no lo había contemplado en el momento en que dictó la ley”, *La lógica jurídica y la nueva retórica*, Civitas, Madrid, 1979, trad. de L. Díez Picazo, p. 85.

ninguna de las reglas interpretativas tiene unos perfiles precisos. Por ejemplo, cuando se utiliza el criterio literal se dice que lo que hay que descubrir es el significado de las palabras pero la cuestión es que las palabras no tienen un significado único y, por tanto, el resultado de la interpretación dependerá de la elección lingüística que realice el juez. Algo similar ocurre con el resto de los criterios interpretativos: el teleológico supone descubrir la finalidad de la norma, el apagógico rechaza resultados absurdos, el analógico extiende la aplicación de la norma a un supuesto parecido no regulado por la norma, etc. En todos estos casos, aunque exista acuerdo respecto de lo que se pretende con cada una de estas interpretaciones, no lo hay en relación con cuál es la finalidad de la norma, cuándo un resultado es absurdo o cuando se produce identidad de razón entre un supuesto nuevo y el regulado por la norma.

Ello quiere decir que no es posible determinar de un modo definitivo en qué consiste cada uno de los criterios o, a lo sumo, sólo es posible realizar definiciones tan genéricas y vagas que realmente no dicen nada –o muy poco– acerca de las operaciones interpretativas y, lo que es más importante, tampoco indican cuándo debe utilizarse uno u otro método.¹⁹ Aunque pueda haber ligeras variaciones de un sistema a otro lo cierto es que las reglas de interpretación presentan siempre las mismas características: “son conjuntos sistemáticos de frases atractivas (a menudo acuñadas en forma de proverbios) y de significado impreciso que pueden fácilmente ser manejadas de manera tal que conduzcan a resultados contradictorios. Dado que no existen criterios objetivos que indiquen cuándo debe aplicarse una máxima y cuándo otra, ellas ofrecen una gran amplitud para que el juez llegue al resultado que considera deseable”.²⁰

Desde este punto de vista, los criterios interpretativos pueden ser concebidos como un recurso de justificación de las decisiones pero evidentemente no son los que determinan el sentido del fallo porque “no proporcionan ninguna solución unívoca. Por medio de ellos se puede justificar tanto un sentido del texto como su opuesto, debido a

19 Al respecto se ha dicho acertadamente que “los métodos de interpretación son numerosos y, a menudo, compiten entre sí; además, no siempre ofrecen todos el mismo resultado, ni tampoco cada uno de ellos ofrece siempre un resultado único, ya que necesariamente se remiten a términos generales, que a su vez exigen ser interpretados”, G. Zaccaria, *Razón jurídica e interpretación*, Civitas, Madrid, 2004, prólogo de G. Robles Morchón, p. 129.

20 A. Ross, *Sobre el Derecho y la justicia*, cit., p. 148.

la vaguedad de las palabras y a la indeterminación de los métodos interpretativos. Estos son siempre polivalentes y la única función que cumplen es posibilitar al juez la solución del caso que previamente ha decidido”.²¹ Parece que la voluntad del sujeto que decide es la responsable de la elección del criterio interpretativo y, por consiguiente, el camino de la interpretación no está marcado por los diferentes criterios sino, más bien, por la solución previa que opera en la mente del juez. Es esta solución –que, naturalmente, siempre puede ser revisada a lo largo del proceso– la que conduce a la aplicación de un determinado criterio interpretativo. No se puede olvidar que la mayoría de estos criterios son contradictorios entre sí y, por esta razón, “lo verdaderamente importante no es desarrollar el camino hermenéutico que lleva al fallo sino justificar el por qué se ha seguido precisamente ese método y no el otro que nos llevaría directamente al resultado contrario”.²² En consecuencia no se trata de una discusión acerca de la idoneidad o no de uno u otro criterio –todos son idóneos y todos son legítimos– sino que la cuestión se plantea en unos términos bien diferentes.

Decía al inicio de este trabajo que una de las características fundamentales de los ordenamientos jurídicos actuales es su indeterminación y vaguedad en relación con su contenido. Pues bien, algo parecido podría afirmarse respecto de los criterios interpretativos²³: su indeterminación propicia la adopción de decisiones con contenidos diferentes y a veces contradictorios. El problema es que, jurídicamente hablando, todas ellas suelen ser perfectamente justificables. De todos modos hay que señalar que las posibilidades interpretativas se encuentran limitadas frente a la jurisprudencia reiterada de los tribunales de última instancia. En efecto, la interpretación realizada

21 F. J. Ezquiaga Ganuzas, “Los juicios de valor en la decisión judicial”, *Anuario de filosofía del Derecho*, 1984, p. 50. En definitiva “la elección la lleva el juez en base a criterios valorativos o de oportunidad. Mencionará aquellos artículos, párrafos, títulos o capítulos que sirvan para confirmar el sentido de la disposición por el que ha previamente optado y silenciará cuidadosamente todas aquellas conexiones que lo cuestionen o propongan otro contradictorio con aquél”, *ibidem*, p. 49.

22 A. Nieto, *El arbitrio judicial*, cit., p. 35.

23 Zagrebelsky dice con razón que “la pluralidad de métodos, cada uno de los cuales puede ser utilizado alternativamente frente a cualquiera de los otros, y el eclecticismo de las doctrinas de la interpretación son un indicio de lo que hoy aparece como una indeterminación de la naturaleza del Derecho legislativo”, *El Derecho dúctil*, cit., p. 135.

por el Tribunal Supremo y el Tribunal Constitucional tiene carácter vinculante de modo que el resto de los órganos jurisdiccionales no pueden apartarse de esta interpretación *autorizada* y, si lo hacen, sus decisiones son impugnables. Por tanto, la libertad respecto de la interpretación de las normas no es absoluta al menos en todos aquellos asuntos en los que hay un pronunciamiento expreso de estos tribunales.

Parece indiscutible que la existencia de esta jurisprudencia reiterada garantiza una cierta seguridad no sólo a los diferentes operadores jurídicos sino, también, y de una manera muy especial, a los propios ciudadanos. En definitiva no puede afirmarse que todo es discutido ya que hay ciertas interpretaciones que se imponen vía autoridad y que vinculan la actuación de todos los sujetos. De todos modos la fijación del sentido de ciertas normas jurídicas o del alcance de algunos enunciados no afecta al conjunto del ordenamiento jurídico sino tan sólo a una parte poco significativa del mismo. Y ello es así por dos motivos fundamentales: en primer lugar, porque desde el punto de vista cuantitativo los casos en los que las últimas instancias judiciales tienen la ocasión de pronunciarse son relativamente escasos si los comparamos con los cientos y cientos de fallos que se dictan a diario. Y, en segundo lugar, puede constatarse un hecho que es bastante evidente en la práctica judicial: no todas las sentencias son recurridas y, en consecuencia, aquellas que se convierten en firmes al agotarse los plazos de impugnación no pueden modificarse y eso significa que pueden coexistir interpretaciones divergentes que resuelven los mismos conflictos de manera distinta. En conclusión podría decirse que la propia jurisprudencia admite la existencia de interpretaciones diferentes sin que esta circunstancia sea motivo suficiente para la revisión de la sentencia. Incluso el Tribunal Constitucional defiende la idea de que no puede aducirse vulneración del principio de igualdad en la aplicación de la ley cuando órganos diferentes resuelven de manera distinta casos en los que hay interpretaciones que no son coincidentes. Como puede observarse se da una preferencia absoluta a la independencia judicial porque, en última instancia, la uniformidad en la aplicación del Derecho sólo la realizan los órganos jurisdiccionales de rango superior.²⁴

²⁴ En opinión de M. Gascón Abellán “confiar la uniformidad en la aplicación del Derecho al juego de la jurisprudencia es como garantizar nada o muy poco, y no sólo por la flexibilidad o falta de rigidez de su vinculación, sino también porque el sistema de recursos que permitirían la anhelada unificación doctrinal

De todo lo dicho hasta ahora podemos extraer un par de ideas que están presentes en el proceso de interpretación y aplicación del Derecho. Por una parte –y como acaba de señalarse– en los sistemas jurídicos actuales está presente una tendencia a la consecución de una cierta uniformidad interpretativa que pretende fijar de manera definitiva el sentido de determinadas normas jurídicas. Esta función se cumple a través del reconocimiento de la autoridad indiscutible que se confiere a ciertos órganos jurisdiccionales de manera que sus decisiones dirigen y condicionan la actuación del resto de los tribunales. Por otra parte, fuera de esta jurisprudencia reiterada, la interpretación de normas se realiza con un margen de libertad tan amplio que ha aumentado el protagonismo de los jueces otorgándoles un poder que les permite modelar hasta cierto punto el contenido del Derecho. Y ello es así, no sólo porque el lenguaje jurídico sea vago en el sentido apuntado por Hart cuando habla de la textura abierta del Derecho, sino también porque las normas jurídicas se redactan intencionadamente de modo tal que admiten interpretaciones que pueden conducir a resultados diferentes. Esta posibilidad no sólo es admitida por el legislador sino que, a menudo, la fomenta y la propicia al redactar las normas de manera deliberadamente ambigua.²⁵

Todo ello invita a pensar que la interpretación que se realiza en el proceso de aplicación del Derecho no puede ser concebida como una mera actividad de conocimiento porque el sujeto que interpreta también decide y, en consecuencia, debe elegir entre distintas alternativas. En conclusión, y superando las dos visiones clásicas de la interpretación que son hasta cierto punto reduccionistas, podría decirse que la actividad interpretativa implica la presencia de actos de conocimiento, por un lado, y de actos de voluntad, por otro. Es obvio que para interpretar normas es preciso conocer su significado y esta labor se realiza a través del análisis del contenido de la norma. Pero, al mismo tiempo, dicho contenido es susceptible de ser comprendido

no comprende a todas las resoluciones jurisdiccionales. En suma, la pretendida colisión entre igualdad (en el sentido de uniformidad) e independencia judicial se resuelve a favor de esta última”, *La técnica del precedente y la argumentación racional*, Tecnos, Madrid, 1993, p. 80.

²⁵ En general puede decirse que esto sucede con la mayoría de las normas jurídicas pero ocurre de manera especial con las normas constitucionales. Al respecto puede verse A. E. Pérez Luño, *Derechos humanos, Estado de derecho y Constitución*, Tecnos, Madrid, 1984, especialmente pp. 249–283. En el mismo sentido G. Zagrebelsky, *El Derecho dúctil*, cit., pp. 21 y ss.

de maneras diferentes y, por tanto, el intérprete siempre debe elegir –decidir– la interpretación que le parece más correcta. Esta elección sólo se encuentra limitada en los casos en los que existe una jurisprudencia uniforme pero, como se dijo anteriormente, la uniformidad en la interpretación sólo afecta a una parte muy pequeña de asuntos. En todos los demás casos la solución final de un conflicto jurídico depende en gran medida, no de la existencia de un pretendido contenido objetivo de las normas sino, más bien, de la interpretación que de las mismas se haga. Esta conclusión genera inevitablemente una cierta desconfianza en los destinatarios del Derecho porque los ciudadanos comprueban que asuntos parecidos son resueltos de manera distinta y, naturalmente, esta circunstancia pone en tela de juicio la certeza y la seguridad jurídicas.

En mi opinión, el problema no puede ser solucionado de manera definitiva y lo único que se puede hacer es aceptar que el sistema no puede funcionar de otra manera.²⁶ Nos encontramos ante dos valores contradictorios que de algún modo tienen que ser preservados simultáneamente: la estabilidad y el cambio, la certeza y el progreso. Aarnio decía en este sentido que “los artículos de una ley son como una banda de goma. El intérprete los estira o ajusta según las circunstancias. Sólo cuando permiten una única interpretación, es decir, cuando han sido estirados hasta su límite extremo, ha llegado la hora de solucionar el problema creando nuevas regulaciones”²⁷. En conclusión puede decirse que la interpretación judicial del Derecho se mueve casi siempre dentro de unos amplios márgenes de libertad que impiden el hallazgo de una única decisión correcta.

26 Algún autor ha sugerido que la mejor manera de evitar los problemas derivados de la interpretación podrían solucionarse si se prestase mayor atención a la fase de creación de las normas “ayudando al legislador a una elaboración más cuidadosa de las normas, evitando preventivamente aquellos errores que, de otro modo, tendrán que resolver posteriormente los jueces”, V. Zapatero, “De la jurisprudencia a la legislación”, *Doxa*, 1994 (15–16, vol. II), p. 784. De todos modos no estoy muy convencido de que una elaboración más cuidadosa de las normas pudiera eliminar los problemas derivados de la interpretación. Además, creo que en los sistemas democráticos, al responder el contenido de las leyes a un compromiso entre ideologías diferentes, la *intención o voluntad* del legislador sigue siendo la de posibilitar el consenso y éste sólo se logra a través de normas deliberadamente vagas y ambiguas.

27 A. Aarnio, *Lo racional como razonable*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1991, trad. de E. Garzón Valdés, p. 33.

2.3. LA PERSONALIDAD DEL JUEZ

Vamos a concluir el tema de la interpretación judicial del Derecho haciendo una breve referencia a la importancia que pueden tener los factores personales en el contenido de sus decisiones. Ya se ha dicho que la interpretación implica siempre partir de una determinada realidad normativa que viene impuesta desde fuera, es decir, que la actividad de los jueces se encuentra condicionada y limitada por la existencia de un Derecho al que está vinculado y en cuya creación no ha participado. Ese Derecho es el que tiene que aplicar a los casos concretos y para hacerlo debe necesariamente interpretarlo. En algunas ocasiones se ha comparado la interpretación judicial con la actividad de otros sujetos que también interpretan textos. Por ejemplo, los actores o los músicos cuando interpretan una pieza musical o una obra de teatro parten siempre de un determinado texto. Su actividad se parece bastante a la de los jueces porque se encuentran con un objeto preconstituido que es el que tienen que interpretar.

Por supuesto, no pretendo equiparar ambas actividades porque en el ámbito artístico existen ciertas licencias difícilmente concebibles en el proceso de interpretación y aplicación de normas. Pero, en lo fundamental, sus operaciones son muy similares al menos en un sentido: cuando todos ellos interpretan una determinada obra –del legislador, del escritor o del compositor musical– no se limitan a reproducir su contenido sino que siempre añaden algo que pertenece a su propia cosecha.²⁸ Los que interpretan normas jurídicas también crean –aunque sea limitadamente– su propia obra y, por eso, las cualidades de cada sujeto pueden influir en el acto de interpretación y, en consecuencia, al igual que sucede en otros ámbitos, puede haber interpretaciones buenas, regulares y malas e incluso puede haber varias interpretaciones que puedan calificarse como buenas o correctas y ser, no obstante, contradictorias entre sí. La práctica cotidiana de los tribunales viene a demostrar que la existencia de interpretaciones discrepantes es un fenómeno usual. Es cierto que –como se apuntó anteriormente– las discrepancias pueden desaparecer en ciertas

28 L. Díez Picazo lo explicaba de manera brillante cuando dice que “como el ejecutante de una obra teatral o musical el intérprete del derecho no se limita nunca a repetir una obra ya terminada, sino que la reconstruye continuamente. Más aún, el intérprete del derecho pone en la obra que acomete mucho de su propio genio creador, porque no le dejaron una obra terminada”, *Experiencias jurídicas y teoría del Derecho*, Ariel (3ª ed.), Barcelona, 1993, pp. 240–241.

ocasiones cuando los tribunales de última instancia se pronuncian sobre un determinado asunto pero conviene recordar dos cosas: por una parte, que tales asuntos son poco significativos en relación con el conjunto de normas del ordenamiento jurídico y, por otra, que la interpretación realizada por estos órganos vale no porque sea la más *correcta* o la *mejor* entre todas las posibles, sino que vale como consecuencia del criterio de autoridad²⁹.

La imagen de los jueces como sujetos neutrales, sin pasiones y con competencia técnica similar se aleja bastante de la realidad. Si nos fijamos en otras profesiones (médicos, arquitectos, ingenieros, etc.,) es fácilmente constatable que realizan su trabajo de manera diferente. Es verdad que suelen existir unos mínimos profesionales que la mayoría cumple pero, evidentemente, se producen grandes diferencias. Se acepta sin grandes discusiones que sus cualidades determinan el contenido de su actividad profesional y, en consecuencia, la cuestión que habría que plantearse es la de ¿por qué no se acepta esta evidencia respecto de los jueces? Si la mayoría de los profesionales realizan su trabajo con mayor o menor éxito y eficacia y si hacen las cosas mejor o peor también ocurrirá lo mismo en el ámbito de la judicatura. Me parece que afirmar lo contrario sería como reconocer que los jueces son una especie de seres únicos dotados de una capacidad especial que les permite realizar su trabajo de una manera exactamente igual en todas las ocasiones. La praxis judicial viene a demostrar exactamente lo contrario, esto es, que la intervención de uno u otro juez puede ser determinante respecto del contenido del fallo.³⁰

29 En este sentido se ha dicho que “los jueces, aunque sean magistrados de un Tribunal Supremo o de un Tribunal Constitucional, pueden equivocarse al realizar su trabajo, al igual que cualquier otra persona. La docilidad y sumisión con que frecuentemente se comentan o acogen los pronunciamientos de los más altos tribunales, por el mero hecho de su procedencia, no tiene ninguna razón de ser. Es indudable que una opinión del Tribunal Supremo o del Tribunal Constitucional tiene una gran importancia (jurídica, política o social) mientras que la opinión de un comentarista desconocido no tiene normalmente ninguna trascendencia; pero esto no significa que la primera sea más verdadera que la segunda”, R. Hernández Marín, *Interpretación, subsunción y aplicación del Derecho*, cit., pp. 251–252.

30 Esta disparidad se debe a una multitud de factores que, obviamente, no giran en torno a cuestiones de técnica jurídica sino que se refieren a ciertas cualidades o características de los jueces. Un estudio interesante en este sentido es el de J. Sobral Fernández y A. Prieto Ederria, *Psicología y Ley. Un examen de las decisiones judiciales*, Eudema, Madrid, 1994. En este libro se aportan datos que

Es cierto que no es posible equiparar de un modo total la actividad judicial con la que realizan otros profesionales porque en el caso de los jueces estamos en presencia de una conducta sometida a un mayor número de controles pero, de cualquier modo, parece que la posibilidad de realizar interpretaciones distintas en razón de las cualidades, competencia profesional e ideología de cada sujeto está siempre presente. Esto es lo que habitualmente se presume –y, hasta cierto punto, se acepta– cuando se califica a un juez como conservador o progresista: esta cualidad *política* implica que el contenido de la decisión pueda ser diferente en razón de la ideología de los sujetos que participan en el proceso.³¹ Esto es especialmente cierto en los tribunales de última instancia³² pero también afecta a cualquier órgano judicial. Como decía Ross “el juez es un ser humano. Detrás de la decisión que adopta se encuentra toda su personalidad. Aun cuando la obediencia al Derecho (la conciencia jurídica formal) está profundamente arraigada en la conciencia del juez como actitud moral y profesional, ver en ella el único factor o móvil es aceptar una ficción. El juez no es un autómatas que en forma mecánica transforma reglas y hechos en decisiones. Es un ser humano que presta cuidadosa atención a su tarea social tomando decisiones que siente como *correctas*, de acuerdo con el espíritu de la tradición jurídica y

evidencian la disparidad existente en las decisiones judiciales cuando se resuelven los mismos casos y por eso afirman estos autores que “la posibilidad de que el resultado de un proceso dependa más (en exceso) de quien lo juzga que de los hechos a juzgar, pruebas y características pertinentes al caso, puede llegar a producir desconfianza y, volviendo al principio, instaurar la representación social de que las consecuencias judiciales de las conductas antinormativas se mueven en un universo de aleatoriedad”, p. 92.

31 Se ha dicho que “la tendencia a la apoliticidad tiende a conseguirse en sistemas jurídicos de organización judicial napoleónica como el nuestro tanto por las condiciones de nombramiento como las condiciones de permanencia en la función judicial pero lo que de esas condiciones parece surgir en la realidad es un juez más apartidista que apolítico y tendencialmente conformista”, A. Ruiz Miguel, “Creación y aplicación en la decisión judicial”, *Anuario de filosofía del Derecho*, 1984, p. 27.

32 Por ejemplo, en el caso de los Estados Unidos hay autores que consideran que el Tribunal Supremo es ni más ni menos que un poderoso órgano político; en tal sentido R. A. Posner, *Cómo deciden los jueces*, cit., pp. 300 y ss. En el caso español podría decirse algo similar respecto del Tribunal Constitucional. También se ha convertido en un órgano político en el que la ideología de sus magistrados dirige el sentido de sus resoluciones.

cultural. Su respeto por la ley no es absoluto. La obediencia a ésta no es su único motivo”.³³

En definitiva, la educación del juez, su ideología, sus creencias pueden influir en algún sentido en sus decisiones. La pretensión contraria es, sin duda, una aspiración legítima pero utópica por irrealizable. Por más que se diga que los jueces una vez que se ponen la toga deben despojarse de sus prejuicios, creencias y convicciones, lo cierto es que todos estos elementos forman una parte inescindible de su propia personalidad. El hecho de que tales elementos no suelen aparecer reflejados en el contenido de las sentencias no impide reconocer que ejercen –o potencialmente pueden ejercer– una poderosa influencia en el contenido de las resoluciones o, por lo menos, en el contenido de algunas resoluciones. La reacción antiformalista que se produjo a principios del siglo XX destacó de un modo especial el importante papel que juega la personalidad del juez en el proceso de interpretación y aplicación del Derecho. Con independencia de los excesos que se produjeron en algunas de estas corrientes lo cierto es que se limitaron a describir una realidad que había permanecido oculta o disimulada bajo el ropaje formal de las sentencias afirmando, no sólo que es imposible eliminar este factor personal en la actuación judicial sino que, también, debe considerarse como un elemento valioso que podría propiciar el cambio y el progreso en el Derecho.

Naturalmente el problema que se plantea cuando se constata la presencia de estos elementos subjetivos en la actuación judicial es que no es posible casi ningún tipo de control. En la medida en que esos elementos no afloran al exterior –y habitualmente suelen permanecer ocultos– no pueden ser ni discutidos ni impugnados. Como veremos inmediatamente la única posibilidad de control real se encuentra en la exigencia de motivación; a través de ella se pueden conocer –y eventualmente impugnar– los elementos fundamentales de la decisión. Por eso puede decirse que “la presencia de una fuerte discrecionalidad en el desempeño de la función judicial no proporciona inmunidad al juez; antes, al contrario, representa un reto para la conformación de controles jurídicos que se ejercerán sobre el proceso argumentativo que conduce desde la inicial información fáctica y normativa a la resolución o fallo”.³⁴ Hasta ahora hemos comprobado

33 A. Ross, *Sobre el Derecho y la justicia*, cit., p. 133.

34 M. Gascón Abellán, *La argumentación en el Derecho*, Palestra (2ª ed.), Lima, 2005, pp 46–47.

que el Derecho es indeterminado y también lo son todos los criterios interpretativos. Esta circunstancia otorga a los jueces un amplio poder discrecional y les permite una libertad de actuación considerable. Si a todo ello añadimos la presencia de algunos factores extrajurídicos que pueden influir en sus decisiones el panorama puede resultar un tanto desalentador desde la perspectiva de la tradicional seguridad jurídica porque parece que el grado de previsibilidad respecto del resultado de cualquier tipo de proceso no es muy elevado.³⁵

De todos modos no quisiera que mis palabras fueran malinterpretadas en el sentido de que la interpretación judicial pueda conducir a cualquier tipo de disparate entre otras razones porque me parece que, en general, los jueces realizan su trabajo con una honestidad profesional encomiable. Lo que aquí se sostiene es que el intérprete puede *jurídicamente* elegir entre diferentes alternativas de conducta y, por tanto, que tal elección es decisiva en el momento de adoptar la resolución. Por otro lado, cuando se dice que la personalidad del juez juega un papel importante en el proceso de interpretación no se está afirmando que le esté permitido cualquier tipo de comportamiento ya que su conducta está controlada en relación con el cumplimiento de ciertas reglas formales (procesales). La actividad judicial ordinaria evidencia que los jueces suelen ser muy escrupulosos con la observancia de estas normas porque saben que si tales reglas son vulneradas la consecuencia que se produce es la invalidez de la sentencia.³⁶

3. ARGUMENTACIÓN Y JUSTIFICACIÓN

Todo lo que se ha dicho hasta ahora pone de manifiesto que una de las funciones básicas que desempeñan los jueces consiste en argu-

35 A. Nieto planteaba una pregunta muy pertinente que afecta a la seguridad jurídica: “¿cómo explicar las diferencias de criterios entre varios jueces e incluso los sucesivos cambios de criterios de un mismo juez? Esto es lo que menos pueden entender los justiciables y pleiteantes y lo que les hace perder la confianza en la Ley, puesto que tienen la impresión –y así se lo confirma su abogado– de que su causa (casi) se decide por el azar del número del juzgado que les ha tocado y de la personalidad del juez que va a sustanciarla y resolverla”, *Balada de la Ley y de la Justicia*, Trotta, Madrid, 2002, p. 106.

36 Aun así se ha dicho que “tanto esas reglas formales (motivación, prueba, en general las reglas procesales) como (y sobre todo) las materiales son tan vagas y genéricas que no es difícil respetar siempre las primeras y obviar, cuando sea necesario, las segundas”, F. J. Ezquiaga Ganuzas, “Los juicios de valor en la decisión judicial”, cit., p. 58.

mentar y justificar sus decisiones. Cuando se reconoce el amplio poder discrecional con el que cuentan se hace preciso que esa libertad de acción no se convierta sin más en arbitrariedad. Esta es una de las razones por las que la obligación que tienen los jueces de motivar las decisiones constituye el aspecto central de toda su actividad. Puede decirse que el motivo de que ello sea así se encuentra en el déficit democrático que está presente en la actuación judicial y en este sentido “que los jueces hayan de motivar equivale a negarles facultades creativas de propio imperio, supone que han de explicar por qué adoptan una decisión y no otra, implica, en definitiva, que ostentan un poder delegado y no soberano”.³⁷

La justificación representa una garantía para los justiciables en la medida en que les permite conocer cuáles son las razones de hecho y de Derecho que determinan el contenido del fallo judicial³⁸. Desde este punto de vista la obligación de motivar constituye un elemento de control de su propia actividad posibilitando la discusión y, en su caso, la impugnación de los argumentos utilizados.³⁹ Esta exigencia de motivación –desde hace ya mucho tiempo– ha contribuido de manera decisiva a que el razonamiento jurídico se presente como el eje central de la actividad judicial de modo que lo que otorga legitimidad a la labor de los jueces son los buenos razonamientos. Aarnio decía con razón que los jueces “ejercen su responsabilidad *justificando* sus

37 L. Prieto Sanchís, *Ideología e interpretación jurídica*, cit., p. 117.

38 El asunto de la motivación de las sentencias ha sido objeto de numerosos estudios en la doctrina española. Una información completa puede encontrarse en las siguientes obras: J. Igartua Salaverría, *La motivación de las sentencias, imperativo constitucional*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2003, Ídem, *Discrecionalidad técnica, motivación y control de la actividad jurisdiccional*, Civitas, Madrid, 1998, R. De Asís Roig, *El juez y la motivación en el Derecho*, Marcial Pons, Madrid, 1995, S. Rodríguez Boente, *La justificación de las decisiones judiciales. El artículo 120.3 de la Constitución Española*, Universidad de Santiago de Compostela, 2003, T. J. Aliste Santos, *La motivación de las resoluciones judiciales*, Marcial Pons, Madrid, Barcelona, Buenos Aires, 2011.

39 En sentido contrario esto viene a significar que la ausencia de motivación convierte a la sentencia en una resolución ilegal. El Tribunal Constitucional ha dicho en este sentido que una sentencia “que en nada explique la solución que proporciona a las cuestiones planteadas, sin que pueda inferirse tampoco cuáles sean las razones próximas o remotas que justifican aquélla, es una resolución judicial que no sólo viola la ley, sino que vulnera también el derecho a la tutela judicial efectiva consagrado en el art. 24.1 de la Constitución”, STC 116/1986 de 8 de octubre.

decisiones de una forma bien conocida. Ésta y sólo ésta les garantiza la autoridad necesaria en su función. La simple referencia a los textos jurídicos o a otros materiales estrictamente autoritativos no es suficiente. La gente única pide más, y plantea una cuestión adicional: ¿por qué? La única respuesta a *aquella* cuestión es usar argumentos apropiados (razones). Por eso en todas las sociedades modernas se ha incrementado la importancia del razonamiento jurídico”.⁴⁰

El proceso de justificación requerido por la exigencia de motivación se concreta en una doble dimensión que se refiere a las normas, por un lado, y a los hechos, por otro.⁴¹ En el primer caso lo que se exige del juez es que declare explícitamente cuáles son los fundamentos normativos de su decisión. Por tanto, debe explicar por qué aplica una norma y no otras y por qué utiliza un determinado criterio interpretativo. En este aspecto puede afirmarse que es difícil encontrar alguna decisión en la que no se haga referencia a las normas del sistema pero, en cualquier caso, para cumplir con la exigencia de motivación es necesario “que conste de un modo razonablemente claro cuál ha sido el fundamento en Derecho de la decisión adoptada”.⁴² Conviene recordar que a los jueces les corresponde decidir cuáles son

40 A. Aarnio, “La tesis de la única respuesta correcta y el principio regulativo del razonamiento jurídico”, *Doxa*, n° 8, 1990, trad. de J. Aguiló, p. 26.

41 Desde una perspectiva teórica no resulta demasiado difícil indicar las condiciones que debe reunir la motivación para que pueda considerarse satisfactoria. V. Iturrealde se ha referido a todas estas condiciones de una manera acertada: “lo decisivo en la aplicación judicial del Derecho no es sólo la aplicación de enunciados jurídicos (de fuentes del Derecho) como fundamentos o razones para la decisión, sino también las razones dadas a favor de la aplicación de dichos enunciados frente a otros potencialmente aplicables, la determinación de un determinado significado frente a otras interpretaciones, la consideración de determinados hechos como probados (alternativamente a las razones a favor de los mismos como no probados) y como encuadrables en una categoría jurídica (y no en otra), así como la elección de una concreta consecuencia jurídica dentro de las alternativas legales”, *Aplicación del Derecho y justificación de la decisión judicial*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2003, p. 257.

42 STC 100/1987 de 12 de junio. Por su parte la STC 22/1994 de 27 de enero declara que la exigencia constitucional de motivación “no puede entenderse cumplida como una fundamentación cualquiera del pronunciamiento judicial. Muy al contrario es precisa la fundamentación de Derecho; es decir, que en la propia resolución se evidencie de modo incuestionable que su razón de ser es una aplicación razonada de las normas que se consideran adecuadas al caso”. De todos modos la doctrina del Tribunal Constitucional es manifiestamente vaga e indeterminada pues *a priori* no se puede saber cuáles son las condiciones necesarias para que una motivación se considere suficiente. Por otra parte, se admite

las normas que se aplicarán para resolver una determinada controversia; ello es una consecuencia del viejo principio *iura novit curia*⁴³ pero, en todo caso, los jueces tienen la obligación de explicar por qué aplican una determinada norma y por qué la interpretan en un determinado sentido. Ello permite que las partes que intervienen en el proceso puedan conocer las razones normativas del fallo posibilitando así su eventual impugnación. En cualquier caso, la exigencia de motivación respecto de las normas se proyecta fundamentalmente en relación con los criterios interpretativos pues habitualmente no suelen producirse discusiones respecto de cuál o cuáles son las normas que se deben aplicar.

Probablemente, la exigencia de motivación tiene una mayor trascendencia en relación con los llamados hechos probados. En este aspecto lo que se pide al juez es que justifique por qué considera que determinados enunciados fácticos son verdaderos o, en su caso, altamente probables. Hace un poco decía que los jueces gozan de una amplia libertad por lo que se refiere a la selección de normas y criterios interpretativos. Pues bien, en relación con la averiguación y determinación de los hechos esta libertad aumenta considerablemente. Y ello es así, no sólo porque las reglas procesales relativas a la prueba propician una actuación discrecional, sino, también, porque resulta mucho más difícil la selección e interpretación de los hechos.⁴⁴ Por eso puede decirse que “el poder del juez se manifiesta en toda su grandeza a la hora de constatar, valorar y calificar los hechos (en lo que suele denominarse “prueba) cabalmente porque son contados los hechos que en un proceso pueden ser probados en el sentido científico natural del término”.⁴⁵

en múltiples ocasiones la llamada motivación por remisión que, en realidad, supone una ausencia de motivación.

43 De ahí que pueda afirmarse que “el juez es libre para decidir la norma jurídica que, a su juicio, proporciona la solución al litigio planteado, sin que las partes del proceso posean capacidad alguna para incidir en esta decisión, debido a que el juez conoce el Derecho”, F. J. Ezquiaga Ganuzas, *Iura novit curia y aplicación judicial del Derecho*, Lex Nova, Valladolid, 2000, p. 24. La jurisprudencia del Tribunal Constitucional viene reconociendo que “es facultad propia de la jurisdicción ordinaria determinar la norma aplicable al supuesto controvertido”, STC 90/1990 de 23 de mayo.

44 En sentido estricto “la verdad cierta, objetiva o absoluta representa siempre la expresión de un ideal inalcanzable”, L. Ferrajoli, *Derecho y razón. Teoría del galantismo penal*, Madrid, Trotta (5ª ed.), 2001, trad. de P. Andrés Ibáñez y otros, p. 50.

45 A. Nieto, *Balada de la Justicia y la Ley*, cit., p. 112.

Por esta razón puede afirmarse que en el momento de la valoración de la prueba es cuando se despliega el arbitrio judicial de un modo más característico.⁴⁶ Ello es así por varios motivos: por una parte, porque el conocimiento de los hechos tiene siempre un alcance limitado ya que los medios que se utilizan para su establecimiento son siempre indirectos. Por otra parte, hay que tener en cuenta que uno de los elementos que caracteriza a todos los procesos judiciales es su naturaleza contradictoria de manera que el juez recibe informaciones que no son coincidentes entre sí y, en consecuencia, debe elegir aquellas que le parecen más convincentes o más probables. Por último, conviene recordar que los medios de prueba no tienen un carácter definitivo pues como es sabido –en nuestro sistema y en todos los de nuestro entorno– rige el principio de libre apreciación de la prueba de manera que la mayoría de las pruebas –periciales, declaraciones de testigos, etc.,– deben ser valoradas por el juez. Todo esto significa que los hechos no se imponen al juez sino que éste los va construyendo y modelando a lo largo del proceso. En efecto, los jueces tienen la responsabilidad de dirigir el proceso y, por tanto, van filtrando toda la información que reciben seleccionando aquellos datos o sucesos que les parecen relevantes y eliminando todo aquello que no tiene trascendencia.⁴⁷

En definitiva los jueces son los que modelan la composición de los hechos y a ellos les corresponde en exclusiva el establecimiento de la

46 Algún autor ha sostenido incluso que en determinadas ocasiones la discrecionalidad se convierte en pura arbitrariedad. Por ejemplo se ha dicho que “es en la reconstrucción o en la elaboración de los hechos donde el juez es más soberano, más difícilmente controlable, y donde, por ende, puede ser –como ha sido y en no pocas ocasiones sigue siendo– más arbitrario”, P. Andrés Ibañez, “Acerca de la motivación de los hechos en la sentencia penal”, *Doxa*, nº 12, 1991, p. 261.

47 Naturalmente la actuación de los jueces puede ser fiscalizada por las partes en algunos aspectos, es decir, el juez puede desestimar la práctica de una prueba o puede impedir que los testigos contesten determinadas preguntas por considerarlas impertinentes, etc., pero todas estas decisiones pueden ser impugnadas a través de los recursos. Por ejemplo, en nuestra legislación el artículo 850 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal dispone que podrá interponerse recurso de casación por quebrantamiento de forma cuando se haya denegado alguna diligencia de prueba que se considere pertinente o cuando se desestime cualquier pregunta por capciosa, sugestiva o impertinente, no siéndolo en realidad o, en fin, cuando el presidente del Tribunal se niegue a que un testigo conteste a la pregunta o preguntas que se le dirijan siendo pertinentes y de manifiesta influencia en la causa.

verdad jurídica en cada caso.⁴⁸ Ahora bien, hay que tener en cuenta que el establecimiento de los hechos probados no tiene un carácter objetivo en el sentido de que depende en buena medida de las percepciones, intuiciones y convicciones de cada juez. Y parece obvio que tales percepciones no son siempre las mismas como se evidencia de manera palpable en la actuación de los órganos colegiados cuando alguno de sus miembros emite un voto particular discrepante con la decisión de la mayoría. En estos casos –que no son demasiado inusuales– todos los miembros del tribunal cuentan con la misma información, han escuchado a los mismos testigos y peritos y, sin embargo, califican los hechos de manera diferente.⁴⁹ De todos modos, “la discrecionalidad de la valoración que el juez está llamado a realizar le impone aplicar las reglas de razón para lograr una decisión intersubjetivamente válida y justificable”.⁵⁰ Ello quiere decir que, a pesar de la existencia de ciertos elementos subjetivos que pueden concurrir en la valoración de la prueba, es necesario dar cuenta de todo el proceso que conduce al establecimiento de los hechos probados de manera que todos puedan conocer por qué se llega a determinadas conclusiones. Naturalmente la presencia de esos elementos subjetivos, emocionales (irracionales, en algún sentido), además de ser inevitable, no puede ser objeto de ningún tipo de control puesto que nunca aparecen reflejados en el contenido de la decisión⁵¹ pero, indudablemente, pueden condicionarla.

48 Como es sabido la verdad jurídica no siempre coincide con la verdad fáctica aunque, obviamente, la primera tiene carácter definitivo. Aunque hay que presumir que los jueces actúan correctamente con la pretensión de averiguar la verdad no se puede olvidar que tal pretensión nunca tiene un carácter absoluto ya que todos los sistemas procesales establecen ciertas limitaciones probatorias que a veces impiden conocer la verdad. En relación con estas limitaciones puede verse M. Gascón Abellán, *Los hechos en el Derecho. Bases argumentales de la prueba*, Marcial Pons, Madrid, 1999, pp. 125 y ss.

49 Por eso puede decirse que “el juez no es, como se nos pretende hacer creer, un mero receptor de información, es algo más que un espectador en la apreciación de los hechos. El hecho real tiene bastante poco que ver con el hecho jurídicamente relevante, y el mayor artífice de este desfase es el propio juez, junto con las partes y los métodos procesales referentes a la prueba”, F. J. Ezquiaga Ganuzas, “Los juicios de valor en la decisión judicial”, cit., p. 35.

50 M. Taruffo, *Simplemente la verdad. El juez y la construcción de los hechos*, Marcial Pons, Madrid, 2010, trad. de D. Accatino, p. 185.

51 De ahí que pueda afirmarse que “el juez, ni debe ni puede explicar los motivos psicológicos de su decisión (de los que con frecuencia ni él mismo es consciente), la ley no se lo exige ni tendría utilidad alguna para las partes. Lo que

En cualquier caso, parece que lo importante en relación con los hechos es el proceso de justificación de los mismos. Cuando los jueces justifican la veracidad o probabilidad de ciertos hechos lo que hacen es ofrecer las razones que determinan que se inclinen por una cierta versión fáctica. Por consiguiente, es indudable que en todos los procesos judiciales se realizan argumentaciones racionales referidas a los hechos. El examen de la mayoría de las sentencias evidencia que en la parte dedicada a los hechos probados no sólo se hace una narración de ciertos acontecimientos sino que, a menudo, se comparan las distintas versiones presentadas por las partes. Finalmente se construye una versión fáctica definitiva indicando las razones por las que es preferible. Por tanto, y desde un punto de vista formal, las decisiones judiciales suelen estar correctamente justificadas en relación con los hechos probados.

Cosa distinta ocurre desde un punto de vista material porque desde esta perspectiva se parte de una premisa construida por el juez que es el resultado de la valoración –siempre subjetiva– de la prueba. El asunto de la valoración de la prueba ha sido objeto de numerosas discusiones e incluso se ha criticado abiertamente la existencia de algún tipo de valoración de la prueba⁵² pero la conclusión que cabe obtener es siempre la misma; a saber, que los jueces tienen la última palabra sobre la configuración de los hechos y que las posibilidades de control *real* son ciertamente escasas. Es cierto que el propio sis-

importa –y lo que es legalmente exigible– es la motivación en el contexto de justificación, es decir, el razonamiento que justifica que la decisión es admisible dentro de los conocimientos y reglas del Derecho”, A. Nieto, *El arbitrio judicial*, cit., p. 157.

52 En España la llamada valoración conjunta de la prueba ha sido puesta en tela de juicio pues se considera que elimina o, cuando menos, debilita la exigencia de motivación. Por ejemplo, se ha dicho que “la apreciación conjunta que se admite por la jurisprudencia, y a la que a mi juicio convendría reconsiderar, supone una carencia de motivación en cuanto a los hechos probados y una total dificultad de saber si en esa apreciación se han tenido o no en cuenta elementos de prueba no admitidos por la ley o que llegaron al proceso de forma heterodoxa o que no fueron objeto de un desarrollo en términos de contradicción y posibilidad de la defensa”, E. Ruiz Vadillo, “Algunas breves consideraciones sobre los indicios, las presunciones y la motivación de las sentencias”, *Poder Judicial*, 1986, n° 3, p. 84. En parecidos términos se ha expresado J. Igartua Salaverria al decir que “la valoración conjunta es el *alibi* más socorrido y más presentable para legitimar el oscurantismo y a su dama de compañía (la arbitrariedad)”, *Discrecionalidad técnica, motivación y control de la actividad jurisdiccional*, cit., p. 142.

tema reconoce que los jueces son los únicos que deben valorar todo el material probatorio. Es más, nuestra jurisprudencia prohíbe de manera explícita revisar la valoración de la prueba porque esta competencia corresponde en exclusiva a los órganos jurisdiccionales⁵³. Lo único que se exige es que el juicio sobre los hechos se corresponda con la íntima convicción del juzgador. Pero parece que el hecho de que el criterio definitivo en la valoración de la prueba dependa sólo de la íntima convicción impide comunicar a las partes las verdaderas razones del fallo. Además, resulta bastante evidente que no es posible ejercitar ningún tipo de control sobre esa íntima convicción⁵⁴.

Es cierto que la actividad del juez se encuentra limitada por una serie de reglas que le marcan el camino durante la fase probatoria. Tales reglas -de carácter fundamentalmente procesal- establecen el marco dentro del cual debe moverse la actuación del juez y no cabe duda que su cumplimiento constituye una garantía para todos los que participan en un proceso. No obstante, creo que las limitaciones que se imponen al juez se reducen a la observancia de ciertas reglas formales que, en general, no son decisivas respecto del fondo del asunto. Por eso puede decirse que “así como el control de la legalidad del fallo es relativamente sencillo, el control de la facticidad es siempre muy difícil y, a veces, rigurosamente imposible”.⁵⁵ Recuérdese en este sentido lo que se dijo antes en relación con la emisión de votos particulares. En estos casos podemos encontrarnos con dos versiones fácticas diferentes que parten del mismo material norma-

53 El Tribunal Constitucional ha afirmado que no está autorizado a “interferir a lo que pertenece a la potestad valorativa de los hechos y su subsunción en la norma legal, que es exclusiva y excluyente de la Jurisdicción, siempre que ésta no haya sido ejercitada de manera irrazonable o arbitraria”, STC 55/1993 de 15 de febrero.

54 Las voces críticas en relación con esta fórmula de la íntima convicción han sido muy numerosas porque en definitiva concede a los jueces un poder desmesurado. En este sentido se ha dicho que la inmediación de la prueba expone al juez “a una serie de factores emocionales o irracionales sobre los que va a fundar su íntima convicción, que no es por ello mismo susceptible de ser expresada y mucho menos controlada”, M. Gascón Abellán, *Los hechos en el Derecho. Bases argumentales de la prueba*, cit., pp. 197–198. En parecidos términos se expresa A. Nieto para quien “la valoración libre de la prueba suele entenderse como una decisión personal, íntima y singular de cada juez que, además y por ello mismo, resulta incomunicable. El juez sólo tiene que rendir cuentas a su conciencia... Circunstancias que dificultan –cuando no imposibilitan– el control y, en definitiva, abren puertas a la arbitrariedad”, *El arbitrio judicial*, cit., p. 238.

55 L. Díez Picazo, *Experiencias jurídicas y teoría del Derecho*, cit., p. 230.

tivo y probatorio. Que triunfe la versión de la mayoría no significa necesariamente que sea la que mejor refleja la realidad de los hechos acontecidos. Por otra parte, si dirigimos nuestra atención a los que intervienen en el proceso por más que ambas versiones de los hechos estén razonablemente justificadas resulta obvio que la parte perdedora no sólo estará en desacuerdo sino que, además, el contenido de la resolución le producirá una profunda insatisfacción.

Hemos visto hasta ahora que los jueces desarrollan su labor conforme a las previsiones del sistema jurídico, es decir, hacen lo que las normas les exigen en cuanto a su interpretación y aplicación. Por otro lado también cumplen con su obligación justificando a través de razones la veracidad del relato fáctico. Desde este punto de vista creo que nada se puede reprochar a la actividad judicial cotidiana.⁵⁶ Sin embargo, el problema está en los resultados porque –esta es la idea que se ha mantenido a lo largo de estas páginas– si la justificación puede conducir a resultados divergentes parece que resulta poco operativa. Aarnio planteaba la cuestión con gran acierto hace algunos años: “¿qué sentido tiene la justificación en general si, en el mejor de los casos, sólo puede producir una serie de propuestas interpretativas, todas igualmente válidas?”⁵⁷ o, lo que es lo mismo, parece que casi todas las decisiones pueden justificarse aunque sean contradictorias. En consecuencia, puede decirse que las limitaciones respecto del contenido material de las decisiones son relativamente escasas ya que las obligaciones impuestas a los jueces –fundamentalmente sometimiento a la legalidad y exigencia de motivación– pueden cumplirse sin grandes dificultades. Con ello no quiero decir que la exigencia de motivación no sea importante; indudablemente ha supuesto un avance considerable para la propia actuación judicial pero, en última instancia, cumple una función de mínimos, es decir, sirve para controlar a los jueces pero en un sentido bastante débil.

⁵⁶ Algo distinto ocurre a veces con la imagen que tienen los juristas y, en general, los ciudadanos en relación con el funcionamiento de la justicia. De ahí que pueda afirmarse que en ocasiones se tiene la impresión de que “al margen de la indudable buena fe y honestidad profesional de jueces y magistrados, asoma a menudo en la jurisprudencia el caos, la fluctuación de criterio, el larvado decisionismo o, incluso, un cierto determinismo ideológico que haría las delicias críticas de los viejos maestros del realismo jurídico”, J. A. García Amado, “¿Interpretación judicial con propósito de enmienda (del legislador)? Acerca de la jurisprudencia sobre el artículo 133 del Código civil”, *La ley*, año XXII, n° 5338, martes 26 de junio de 2001, p. 1.

⁵⁷ A. Aarnio, *Lo racional como razonable*, cit., p. 209.

Quisiera insistir en algo que ya se apuntó al inicio de este trabajo. Si el resultado final de la actividad judicial es la variabilidad de las decisiones ello se debe a la propia estructura de los sistemas jurídicos actuales. Si el Derecho es indeterminado y vago no podemos exigir certeza respecto de las decisiones y ello determina que la responsabilidad de los operadores jurídicos sea cada vez menor. Ni el legislador, ni los jueces ni los funcionarios de la Administración son responsables de casi nada; todos ellos son sólo las piezas de una maquinaria jurídica caracterizada por el principio del *todo vale*: las normas, las interpretaciones que de ellas se hacen y casi todas las decisiones que se toman pueden encajar dentro del sistema jurídico aunque sean diferentes y a veces contradictorias.⁵⁸ A pesar de ello sigue vigente en la mentalidad de muchos juristas un modelo de juez que concibe su actividad como una función esencialmente técnica y, por tanto, desprovista de cualquier implicación ideológica. En este aspecto me parece que sigue existiendo una confusión considerable cuando algunas de las cuestiones jurídicas que se plantean en los procesos –ya se refieran a la calificación de hechos o a la interpretación de normas– son presentadas como cuestiones puramente técnicas cuando en realidad no lo son. En conclusión la valoración de los hechos realizada por los jueces no puede garantizar la obtención de la verdad entre otras razones porque inevitablemente hay ciertos elementos subjetivos propios de la personalidad de cada juez.⁵⁹ Adviértase que esta conclusión no implica ningún tipo de crítica hacia la judicatura; en mi opinión, y con carácter general, los jueces hacen precisamente aquello que les exige el ordena-

58 Decía Zagrebelsky que “la causa de la falta de certeza en los procesos de aplicación del Derecho no radica en una mala disposición mental de los juristas, sino en el agotamiento de un cuadro de principios de sentido y de valor compartidos por la generalidad. Al faltar un único y seguro horizonte de expectativa en orden a los resultados de las operaciones de interpretación, los caminos de la jurisprudencia terminarán bifurcándose y, en muchos casos, se perderá también la posibilidad de distinguir el principal de los desviados. Aunque todo ello comporta efectos negativos para la certeza del Derecho, hay que tener claro que éstos no son una anomalía, sino la consecuencia de los sistemas jurídicos actuales. Se los podrá reprobar, pero las cosas seguirán como están”, *El Derecho dúctil*, cit., p. 146.

59 L. Prieto decía en este sentido que “el razonamiento incorpora valoraciones para las que el juez cuenta con un limitado arsenal de métodos o reglas, que sin duda hacen posible una justificación argumentada del fallo y por consiguiente el ejercicio de un cierto control, pero que no eliminan su aportación subjetiva en la misma medida que un uso correcto de los criterios de inferencia elimina la subjetividad del matemático”, *Ideología e interpretación jurídica*, cit., p. 106.

miento jurídico. No hay, por tanto, extralimitación de funciones ni uso indebido de las facultades que las propias normas les otorgan.

4. LA RESPONSABILIDAD JUDICIAL

Hasta ahora he tratado de describir cómo se desarrolla la actividad judicial. Hemos comprobado que las posibilidades de actuación en relación con el contenido final del fallo son muy numerosas de modo que la libertad de los jueces es bastante amplia. A partir de aquí se plantean dos cuestiones fundamentales a las que hay que dar una respuesta: por una parte, el control de la actividad judicial y, por otra, la propia responsabilidad de los jueces. En relación con el primer asunto puede decirse que hay ciertos mecanismos que permiten fiscalizar en algún sentido la conducta judicial. Todos los ordenamientos jurídicos incorporan una serie de instrumentos de control que en ningún caso menoscaban el principio de la independencia judicial.⁶⁰ Desde este punto de vista, todas las decisiones de los jueces –salvo las sentencias firmes– pueden ser impugnadas ante un órgano distinto al que las dictó y parece que esto representa una garantía que limita las posibilidades de actuación del juez. Si tenemos en cuenta la estructura de los sistemas jurídicos actuales pueden señalarse tres instrumentos típicos de control: sujeción a la ley, exigencia de motivación y, por último, existencia de mecanismos procesales para la eventual revisión de las sentencias.

En relación con el sometimiento a la ley parece que los jueces siempre pronuncian sus fallos sobre la base de las normas y principios del sistema. Lo que ocurre –como se apuntó anteriormente– es que tales normas son tan sumamente flexibles y abiertas que posibili-

60 En este sentido se ha dicho que el principio de la independencia judicial “suele entenderse como la independencia judicial de cualquier cosa que no sea el Derecho válido y como la dependencia del juez respecto de las leyes. Teniendo esto en cuenta se da un arduo problema teórico e ideológico en el control de las decisiones judiciales desde el punto de vista, por un lado, de su legalidad; y por otro de preservar la independencia del juez. Todo control aparece como una amenaza potencial a la independencia y, sin embargo, algún tipo de control se hace necesario si el juez ha de aplicar la ley y por ende preservar los valores inherentes al derecho. El asunto crucial en el control de una decisión judicial es decidir si la decisión judicial viene determinada por la ley y hasta qué punto. El control en esta área es obvio, pues en los sistemas de *statutory law* el juez está sujeto al Derecho”, J. Wroblewski, *Sentido y hecho en el Derecho*, Universidad del País Vasco, 1989, trad. de J. Igartua y F. J. Ezquiaga Ganuzas, p. 231.

tan la adopción de decisiones distintas e incluso contradictorias y, en consecuencia, no pueden funcionar como un límite efectivo a la hora de controlar eficazmente la actividad judicial. Algo parecido podría decirse respecto de la exigencia de motivación en la medida en que cumple una función de mínimos. Es cierto que la motivación permite conocer las razones que justifican el contenido del fallo⁶¹ pero siempre podemos encontrarnos con motivaciones suficientes que no sean coincidentes. Quiero decir con ello que, en general, los jueces suelen justificar sus decisiones de una manera satisfactoria. Esto significa que la motivación –aunque se pueda discrepar de ella– cumple su cometido si explica adecuadamente cuáles son las razones del fallo lo cual no impide que puedan existir motivaciones divergentes que justifiquen el contenido de decisiones contradictorias.⁶² Por último, la existencia de recursos sirve también para controlar la actividad judicial. El principio básico es que todas las decisiones con excepción de las sentencias firmes– pueden ser recurridas de manera que los que intervienen en el proceso tienen la posibilidad de cuestionar los argumentos utilizados en primera instancia. Ello quiere decir que, en principio, cualquier decisión judicial puede ser revisada por una instancia superior y ello hace que los jueces traten de construir sus sentencias de manera que resulten inatacables.⁶³

Para concluir voy a referirme muy brevemente a la cuestión de la responsabilidad de los jueces en el ejercicio de sus funciones. Suele decirse que los jueces son responsables de las decisiones que toman en el sentido de que se les puede pedir cuentas de su actuación. Esto es indiscutiblemente cierto por lo que se refiere a lo que podríamos llamar supuestos excepcionales en los que la responsabilidad de los

61 El Tribunal Constitucional ha dicho que la exigencia de motivación facilita el control de la actuación judicial a través de los recursos y constituye, al mismo tiempo, un elemento preventivo de la arbitrariedad, STC 54/1997 de 17 de marzo.

62 La única limitación que afecta a la motivación se proyecta sólo sobre aquella que es incoherente, ilógica o absolutamente irracional. Como puede suponerse los casos en que nos encontramos con este tipo de motivación son ciertamente escasos.

63 Es cierto que a veces se producen excepciones y podemos encontrarnos con decisiones llamativas pero, en todo caso, y como ya dijera H. Kantorowicz “contra los excesos de la subjetividad nos protegen suficientemente... los recursos contra las decisiones judiciales”, “Der Kampf um die Rechtswissenschaft”, en su *Rechtswissenschaft und Soziologie*, C. F. Müller, Karlsruhe, 1962, prólogo de Th. Würtenberger, p. 34.

jueces se encuentra perfectamente delimitada.⁶⁴ Sin embargo, mis consideraciones se van a centrar en el trabajo ordinario de la judicatura. En esta labor cotidiana creo que la mayoría de los jueces realizan su trabajo con honestidad y profesionalidad pronunciando fallos que pueden ser diferentes. En realidad a los jueces no se les pide que sus decisiones tengan un contenido determinado –probablemente, porque tal exigencia carecería de sentido– sino, simplemente, que cumplan con sus obligaciones fundamentales, es decir, que observando los requisitos de vinculación a la ley y motivación suficiente del fallo sus decisiones están plenamente justificadas. Esto quiere decir que, en sentido propio, los jueces no tienen ningún tipo de responsabilidad.

Pensemos en lo que ocurre cuando ciertos fallos judiciales son revisados y modificados por instancias superiores. En estos casos –se dice– nos encontramos ante dos interpretaciones diferentes; aunque ambas puedan presentarse como legítimas y justificadas la que finalmente valdrá es la del Tribunal de Apelación sobre la base del criterio de autoridad. Pero cuando nos preguntamos qué sucede desde el punto de vista de la responsabilidad la respuesta es que no sucede absolutamente nada. En algunos casos los jueces están sujetos al juicio positivo o negativo de sus propios compañeros, es decir, pueden estar sujetos a un desprestigio profesional si con demasiada frecuencia sus decisiones son modificadas pero, fuera de este reproche profesional, no existiría otro tipo de responsabilidad.

Manuel Segura Ortega
Universidad de Santiago de Compostela
e-mail: manuel.segura@usc.es

64 La responsabilidad de los jueces y magistrados está regulada por la Ley Orgánica del Poder Judicial en los artículos 405 y ss. Allí se distinguen tres tipos de responsabilidad: 1) la responsabilidad penal cuando algún acto del juez pueda ser constitutivo de delito o falta 2) la responsabilidad civil cuando en el ejercicio de sus funciones incurrieren en dolo o culpa y 3) la responsabilidad disciplinaria derivada del incumplimiento de sus obligaciones (faltas muy graves, graves y leves).