

ESTUDIOS

La jurisdicción: definición y criterios de legitimidad

José A. ESTEVEZ ARAUJO

Las páginas que siguen constituyen un conjunto de reflexiones motivadas por un reciente libro del profesor Requejo Pagés acerca de la jurisdicción¹. En este libro, el profesor Requejo se plantea el problema de la definición material de «jurisdicción») y algunas cuestiones especialmente relevantes por lo que respecta a la legitimidad de la actuación jurisdiccional. Aun cuando en lo que sigue se ponen de manifiesto profundas discrepancias con las conclusiones del profesor Requejo, buena parte de las ideas que se desarrollan aquí no habrían podido ser perfiladas sin el estímulo que la lectura de este libro ha supuesto. Esa lectura ha dejado en mí una sensación ambivalente: la que provoca todo trabajo bueno y riguroso con el que uno no está de acuerdo.

1. DEFINICION DE «JURISDICCION»

a) ¿Teoría general o derecho positivo?

El profesor Requejo se fija el objetivo de ofrecer un concepto material de jurisdicción desde el punto de vista de la teoría general del derecho. Es decir, busca una definición que no dependa de las determinaciones jurídico-positivas, sino que sea válida para cualquier ordenamiento. Pero el tipo de argumentación que utiliza no es congruente, en ocasiones, con esta intención teórica. En particular, en pasos como el siguiente:

«Y la prueba de que es éste un concepto equivocado [la jurisdicción como solución de conflictos] nos la ofrece la misma Constitución [la española de 1978], a la cual debe siempre acudir como banco de pruebas de toda definición» (p. 53, curs. mía)..

Es éste un argumento utilizado en repetidas ocasiones para descartar otros tantos conceptos de jurisdicción. Este argumento presupone que el concepto de jurisdicción contenido en la Constitución (especialmente en el art. 117,3) coincide o es congruente con el concepto de teoría general que se

está buscando. No se ofrece, sin embargo, ninguna razón que fundamente esta presuposición. Es frecuente, por el contrario, que el lenguaje legal no se acomode a los conceptos de la teoría general. Parece, por consiguiente, que el carácter de «banco de pruebas» de la Constitución sólo se justificaría si estuviésemos indagando acerca del concepto *constitucional* de jurisdicción. Pero en ese caso, estaríamos efectuando una investigación en el ámbito del derecho positivo, no de la teoría general. Desde el punto de vista de esta última, que el concepto de jurisdicción sea congruente con los preceptos de la Constitución española es irrelevante.

b) Jurisdicción e irrevocabilidad

El profesor Requejo encuentra la característica diferencial de la jurisdicción en la irrevocabilidad. Más concretamente, la actitud jurisdiccional consistiría en el dictado de las normas con el mayor grado de irrevocabilidad permitido por un ordenamiento dado.

La irrevocabilidad es un concepto que pretende expresar de modo más preciso lo que habitualmente se entiende por «fuerza de cosa juzgada». La fuerza de cosa juzgada tiene dos vertientes, formal una y material la otra. Que una decisión tenga fuerza de cosa juzgada significa, por un lado, que no puede ser objeto de recurso. Pero significa también que no puede ser atacada indirectamente por la vía de iniciar un nuevo proceso para decidir la misma cuestión (p. 69).

Sin embargo, la irrevocabilidad de las decisiones con fuerza de cosa juzgada no es absoluta en el ámbito jurídico-positivo. Las sentencias con fuerza de cosa juzgada pueden ser revocadas en principio por leyes posteriores. Del mismo modo que cualquier norma puede ser revocada, en principio, por una norma de rango superior. Asimismo, las sentencias resultan irrevocables por normas de rango inferior. Eso ocurre también con el resto de las normas (p. 76). La peculiaridad de las decisiones con fuerza de cosa juzgada parece referirse a que no pueden

¹ Requejo Pagés, Juan Luis. *Jurisdicción e independencia ju-*

dicial, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1989.

ser revocadas por normas de igual rango. Así como una ley puede ser derogada por otra ley, una sentencia firme no puede ser derogada por otra sentencia posterior (p. 76).

Tampoco esta afirmación puede hacerse, sin embargo, en términos absolutos. Pues en el ordenamiento español, por ejemplo, se admite en circunstancias excepcionales un recurso, el de revisión, frente a sentencias que tengan fuerza de cosa juzgada (p. 77). Esta serie de consideraciones llevan a Requejo a concluir que la irrevocabilidad es una característica que todas las normas tienen en mayor o menor grado. La irrevocabilidad no tendría, pues, carácter absoluto, sino relativo (p. 78). Y dentro de esa relatividad, la actividad jurisdiccional produciría las normas con el más alto grado de irrevocabilidad admitido por el ordenamiento:

«La jurisdicción podría entonces definirse como aquella forma de aplicación del Derecho que se distingue de las otras modalidades posibles por representar el máximo grado de irrevocabilidad admitido en cada ordenamiento positivo; no una irrevocabilidad absoluta, esto es, idéntica a la que es propia en el ámbito de lo lógico-jurídico, sino la irrevocabilidad máxima —y por ello relativa— que un ordenamiento positivo permite» (p. 90, curs. suya).

c) Irrevocabilidad, sentencias dictadas en primera instancia y decisiones administrativas

La caracterización de la jurisdicción defendida por el profesor Requejo Pagés resulta, sin embargo, discutible. No satisface ni desde el punto de vista de la teoría general ni desde el punto de vista del derecho positivo español. Excluye actividades que debería incluir e incluye decisiones que debería excluir. Tampoco resiste el «banco de prueba» de la Constitución.

De acuerdo con la definición propuesta, sólo puede considerarse jurisdicción aquella actividad de aplicación del derecho que dé como resultado normas dotadas del máximo grado de irrevocabilidad admitido por el ordenamiento. Las sentencias dictadas en primera instancia no gozan de ese grado de irrevocabilidad. Luego no cabría considerar como jurisdicción el dictado de sentencias en primera instancia de acuerdo con este criterio.

Para evitar esta dificultad, el profesor Requejo modula su definición original en una nota a pie de página situada en otro contexto. El originario carácter irrevocable es sustituido por el carácter «potencialmente» irrevocable:

«Del mismo modo que la posibilidad de recurrir una sentencia que no ha ganado firmeza no significa que el órgano que la emite no ejerza jurisdicción. Lo esencial no es que las

sentencias del juez sean *efectivamente irrevocables*, sino que la irrevocabilidad sea el efecto que se sigue de la no interposición de los posibles recursos. En otras palabras, las sentencias son en todo caso *potencialmente irrevocables*, aun cuando sean recurribles» (p. 140, n.º 24, curs. suya).

Esta matización supone introducir una modificación importante del criterio original. Ya la idea de *máxima* irrevocabilidad permitida adolecía de bastante vaguedad. Pues ¿cuál es el criterio para medir el grado de irrevocabilidad? ¿Son más irrevocables las sentencias firmes o las modificaciones introducidas en la Constitución? A la vaguedad inherente a la graduación de la irrevocabilidad se añade, ahora, la de su carácter *potencial*.

En cualquier caso, esta retirada a una segunda línea de defensa no soluciona el problema. Permite considerar como jurisdicción el dictado de sentencias en primera instancia *que no sean recurridas y revocadas*. Pero si una sentencia ha sido recurrida y revocada no puede decirse que sea *potencialmente* irrevocable, pues ha sido *efectivamente* revocada. Por consiguiente, la actividad del juez consistente en dictar una sentencia que después haya sido recurrida y revocada no puede ser considerada jurisdicción de acuerdo con este criterio. No sólo queda anulada su decisión, sino que su propia actividad pierde la consideración de jurisdicción. El carácter jurisdiccional o no de la actividad de los jueces que deciden en primera instancia depende, así, no de las características de lo que hacen, sino de lo que ocurra en el futuro con sus sentencias.

El criterio del *potencial grado máximo de irrevocabilidad* excluye, pues, actividades que son consideradas como jurisdicción en el lenguaje jurídico habitual. También incluye otras decisiones que normalmente no son consideradas como jurisdicción. Así, las decisiones administrativas que reconocen derechos a los particulares cumplen el requisito de ser potencialmente irrevocables. Como todas las decisiones administrativas sólo son susceptibles de ser recurridas durante un cierto plazo. Después, adquieren el carácter de decisiones firmes y, por consiguiente, fuerza de cosa juzgada en sentido formal. Pero, además, las decisiones administrativas que reconocen derechos a los particulares no son susceptibles de ser revocadas por motivos de oportunidad. No pueden ser atacadas indirectamente a través de un nuevo procedimiento que decida sobre la misma cuestión. Tienen, por consiguiente, fuerza también material de cosa juzgada. En este sentido, señala García de Enterría:

«Un acto que declare derechos en favor de un administrado y que no presente vicios en su constitución no puede ser revocado de oficio por la propia administración so pretexto de que el acto se ha convertido en inconveniente o inoportuno en un determinado momento.»² (p. 612).

² García de Enterría, E. y Fernández, Tomás Ramón: *Curso de Derecho Administrativo*. I, Madrid, Civitas, 4.ª ed., 1988, p. 612.

García de Enterría considera, sin embargo, que este principio

resulta demasiado rígido y aboga por el reconocimiento de la posibilidad de revocación por motivos de oportunidad, condicionándola al pago de una indemnización. No obstante, reconoce también que esta revocación tendría carácter expropiatorio:

El criterio del potencial grado máximo de irrevo-
cabilidad no resulta, pues, convincente, desde el
punto de vista de la teoría general. Excluye de la ju-
risdicción las sentencias que hayan sido revocadas
e incluye buena parte de las decisiones administra-
tivas. Tampoco resulta útil para interpretar el senti-
do del artículo 117,3 de la Constitución que atribuye
a juzgados y tribunales con carácter exclusivo el
ejercicio de la función jurisdiccional.

d) **La Imposibilidad de una caracterización
material de la jurisdicción en el marco de la
teoría general**

Desde mi punto de vista, una caracterización ma-
terial de la jurisdicción es algo que, de existir, debe
buscarse en cada ordenamiento jurídico-positivo
particular. Pero desde la teoría general no es posi-
ble formular una definición material de jurisdicción.
La teoría general cuenta con un conjunto muy limi-
tado de conceptos y no son muchas las precisiones
que se pueden hacer con ellos. En particular, en la
teoría general no se puede establecer una distinción
nítida entre la jurisdicción y la administración desde
el punto de vista material. El propio Kelsen parece
reconocerlo así cuando señala que buena parte de
las actividades que constituyen la administración
son del mismo tipo que la actividad judicial:

«Haciendo abstracción de la independencia
de los órganos judiciales, no hay ninguna dife-
rencia entre la función de un tribunal que en
caso de hurto impone una pena de privación
de libertad, o en caso de injuria al honor im-
pone una multa, y la función del órgano admi-
nistrativo que en caso de violación de prescrip-
ciones fiscales, sanitarias o de tráfico ordena
la ejecución de sanciones análogas»³ (p. 270).

2. LEGITIMIDAD DE LA JURISDICCION

a) **El principio de juridicidad como correa de
transmisión de la legitimidad democrática**

El profesor Requejo sigue la doctrina de Kelsen,
en virtud de la cual no existe una distinción absoluta
entre actos de creación y actos de aplicación del de-
recho. Con excepción del extremo superior (norma
fundamental) y del extremo inferior (actos de simple
ejecución) de la cadena normativa, todos los actos

de dictado de normas tienen a la vez el carácter de
creación y de aplicación del derecho. La legislación
es aplicación del derecho desde el punto de vista de
la Constitución y creación de derecho desde el pun-
to de vista de los jueces o ciudadanos. La sentencia
judicial es aplicación del derecho desde el punto de
vista de la ley, y creación del derecho desde el pun-
to de vista de las autoridades obligadas a ejecutarla.
Considerar el dictado de una norma como crea-
ción o como aplicación del derecho depende, pues,
de la perspectiva que se adopte. Desde el punto de
vista de «escalón» superior del ordenamiento será
un acto de aplicación, desde la perspectiva del «es-
calón» inferior, un acto de creación⁴.

Sobre esta base, el profesor Requejo parece con-
siderar que en los actos más próximos a la cúspide
de la cadena normativa predomina el aspecto de
creación, mientras que en los actos más próximos
a la pura ejecución predomina más el aspecto de
aplicación (p. 102). Esta característica resulta espe-
cialmente relevante en el tratamiento que este autor
hace del problema de la legitimidad de esos actos
de creación-aplicación del derecho. En un Estado
democrático y de derecho, los mecanismos legitima-
dores serían la participación y la juridicidad⁵. La
participación tendría un papel preponderante en aque-
llos actos jurídicos en los que predomina el carácter
de creación del derecho (legislación especialmente).
La juridicidad sería el criterio primordial de legiti-
midad de los actos predominantemente de aplicación
(entre los que se encuentra la jurisdicción) (p. 99).
La juridicidad actuaría de correa de transmisión de
la legitimidad democrática de que gozan los actos
eminentemente de creación (p. 114).

No parece, sin embargo, muy claro que desde el
punto de vista de la teoría general pueda distinguirse
entre actos predominantemente de creación y ac-
tos predominantemente de aplicación del derecho.
Todos los actos revisten igualmente ese doble ca-
rácter (con las excepciones ya señaladas). En cual-
quier caso, lo que sí resulta equivocado es que el
principio de juridicidad pueda servir de correa de
transmisión de la legitimidad democrática.

El principio de juridicidad es, como señala Reque-
jo, un rasgo estructural de todo sistema jurídico.
Merkl realizó un análisis de este principio en el ám-
bito del Derecho Administrativo, que hoy es punto
de referencia obligado. El «principio de juridicidad»
de la Administración consiste, para Merkl, en una re-
lación necesaria entre Administración y derecho⁶.
Según Merkl, no puede existir Administración sin de-
recho, porque sin derecho no podía atribuirse al Es-
tado la actuación de la Administración⁷. Pero este
principio de juridicidad no prejuzga, sin embargo, la

«En rigor, la revocación de actos declarativos de derechos por
razones de oportunidad es una operación materialmente expro-
piatoria, incluida, en principio, en la fórmula legal del artículo 1 de
la LEP ()» (ibidem).

La posibilidad de expropiación no establece diferencia alguna
entre la sentencia firme y la decisión administrativa. También un
derecho reconocido por una sentencia firme es susceptible de ser
expropiado posteriormente. El que a alguien se le haya recono-
cido el derecho de propiedad sobre un solar por sentencia firme
tras un litigio civil no le inmuniza frente a la eventualidad de ser
expropiado. Ello es posible porque la expropiación exige una ha-
bilitación legal. Se trataría, pues, de una revocación de una nor-

ma (sentencia o decisión administrativa) no por otra norma de
igual rango, sino superior (ley).

³ Kelsen, H.: *Reine Rechtslehre*, 2.ª ed., 1960 (trad. cast. de
Roberto J. Vemengo: *Teoría pura del Derecho*, México, UNAM,
1979, por donde se cita), p. 270.

⁴ Cfr. Kelsen, H.: *Teoría pura del Derecho*, p. 244, y Requejo
Pagés, Juan Luis: *Jurisdicción e independencia judicial*, p. 46.

⁵ Dejo aquí de lado la complicación que supone el calificativo
de «social» en el caso del Estado español.

⁶ Merkl, Adolf: *Teoría general del Derecho Administrativo*, Ma-
drid, Ed. Derecho Privado, 1935 [no consta traductor], p. 212

⁷ Merkl, Adolf: *Teoría general del Derecho Administrativo*,
pp. 211 y 213.

clase y medida de la vinculación jurídico-administrativa⁸. Se trata de una idea central de la doctrina de Merkl —que comparte con la teoría de Kelsen⁹—, a la que no se suele conceder la debida atención: según Merkl, sería suficiente la existencia de una sola norma que autorizase administrar en función del interés general para satisfacer el principio de juridicidad¹⁰.

Ese es el precio de configurar el principio de juridicidad como rasgo *estructural* de todo Estado en general o de toda administración o jurisdicción en particular. El principio de juridicidad, así entendido, no significa si no que es necesario que exista una norma que impute al Estado la actuación de un determinado órgano, para poder considerar esa actuación como actividad del Estado¹¹. Pero esa norma puede no predeterminar en absoluto la actuación de este órgano. Una autorización genérica para actuar «según lo aconsejen las circunstancias» bastaría como base de imputación de las actuaciones del órgano al Estado y, por consiguiente, bastaría para cumplir el principio de la juridicidad.

El principio de la juridicidad puede cumplirse por medio de normas genéricas que no especifiquen el alcance ni las circunstancias de ejercicio de las competencias que atribuyen. Por consiguiente, el principio de juridicidad no sirve por sí mismo de correa de transmisión de la legitimidad democrática. Si el Parlamento aprobara una ley que autorizase siempre a la Policía a actuar según exijan las circunstancias cuando considere en peligro el orden y la seguridad públicos, el principio de juridicidad se habría cumplido. La actuación de la Policía podría ser imputada al Estado. Sin embargo, probablemente no cabría considerarla como legítima desde un punto de vista democrático. El principio de legalidad, sin embargo, sí exige un grado de determinación de la actuación de los órganos estatales por las normas jurídicas aprobadas por órganos representativos. Afirmar la legalidad de la actuación administrativa o judicial presupone una determinación de esa actuación por la ley. Que esa determinación exista y en qué grado es algo que debe ser probado. No puede darse simplemente por presupuesto.

La falacia que Requejo comete en este punto es muy común. Consiste en asimilar el principio de legalidad (que es una característica que se predica de *un tipo* de Estado, el Estado de Derecho) con el principio de juridicidad que, desde el punto de vista de la doctrina kelseniana, es un rasgo estructural de *todo* Estado:

«Bajo la expresión *principio de legalidad* pueden encubrirse dos postulados: el *principio de juridicidad*, entendido como principio estructural de todo ordenamiento y según el cual las normas inferiores deben respetar a las superiores, pues sólo así resultan válidas, y el

principio de legalidad en sentido estricto, que determina la posición en el ordenamiento de las normas que revisten la forma de ley. (...) nosotros entendemos el principio de juridicidad en el primero de los sentidos expuestos (...)» (pp. 99-100, n.º 5, curs. suya).

b) La supuesta imposibilidad de legitimación democrática de la jurisdicción

En otro contexto de su trabajo, el profesor Requejo intenta demostrar que el incremento de la determinación de los actos jurídicos a medida que se desciende por la cadena normativa es un rasgo estructural de todo sistema jurídico. Para ello, siguiendo a Luhmann, presenta el derecho como un sistema capaz de metabolizar información del exterior (valores morales, intereses económicos, necesidades sociales, etc.). Esta incorporación de información extrasistémica sería mayor en los actos predominantemente creadores de derecho. Y se iría reduciendo hasta desaparecer en los actos predominantemente de aplicación del derecho. En la fase de aplicación, tendría lugar una «cerrazón» del sistema a influjos intrasistémicos. Los mecanismos de participación democrática son una de las vías de que puede servir el sistema jurídico para incorporar información extrasistémica. Es por ello adecuada su presencia en las fases predominantemente creadoras, pero no en las fases de aplicación. En éstas deben utilizarse únicamente criterios intrasistémicos:

«Así, al tiempo que los márgenes creativos existentes en los estadios más próximos a la fase final del sistema se van construyendo debido a que *el nivel de concreción de la norma es cada vez mayor*, las posibilidades de colmar dichos márgenes se limitan a las ofrecidas por el propio sistema, *haciéndose imposible acudir a soluciones extrasistémicas*: la incertidumbre suscitada en cada fase tiene que ser absorbida por el propio sistema. Todo esto hace que mientras que en las fases en las que predomina el aspecto creativo sobre el aplicativo —por ser en ellas donde se verifica en mayor grado la absorción de datos del entorno— puede perfectamente imperar el principio de la participación democrática, en aquéllas donde —por ir gradualmente espesándose los filtros del sistema frente al entorno— se destaca el lado aplicativo, lo que debe predominar no es ya el principio democrático, sino el de legalidad, en la medida en que con éste se pretende asegurar la absorción intrasistémica de toda incertidumbre (...)» (p. 111, curs. mía, J.A.E., v. t. p. 109).

No es un rasgo estructural de todo sistema jurídi-

⁸ Merkl, Adolf. *Teoría general del Derecho Administrativo*, p. 213.

⁹ Kelsen, H.: *Allgemeine Staatslehre* (1925), trad. cast. de Luis Legaz Lacambra: *Teoría general del Estado*, México, Editora Nacional, 1979, por donde se cita, cfr., p. ej., p. 318, donde Kelsen señala que el grado de determinación de las normas «inferiores» por parte de las «superiores» puede ser mayor o menor, pero nunca completo

¹⁰ Merkl, Adolf. *Teoría general del Derecho Administrativo*, p. 214.

¹¹ «Solamente un precepto jurídico que hace posible u obligatoria una determinada actuación del Estado nos permite poner en relación, referir al Estado determinados actos de la actividad humana, realizados con la intención de cumplir aquel precepto jurídico» (Merkl, Adolf: *Teoría general del Derecho Administrativo*, p. 211.)

co que «el nivel de concreción de la norma» sea cada vez mayor. Es posible pensar en un sistema jurídico cuya constitución en sentido material contenga una única disposición: «la palabra del Rey es la ley». Podría ser, por ejemplo, el caso de una monarquía absoluta. En un sistema así no existiría ningún proceso de concreción progresiva de las normas. El Rey podría dictar normas generales o decisiones particulares a su exclusivo arbitrio. También podría pensarse en un sistema en el que un Soberano delegase en una serie de comisarios la competencia de actuar de acuerdo con las circunstancias, en orden a la consecución del fin genérico del mantenimiento del orden público. Sería el caso del sistema comisarial impuesto en Francia por los revolucionarios del 89 para acabar con las estructuras del Antiguo Régimen. En este supuesto no podría hablarse de progresiva concreción ni de cerrazón a influencias extrasistémicas en la fase aplicativa.

Más en general, la «imposibilidad de apertura a elementos extrasistémicos» queda puesta en entredicho por la previsión de mecanismos de «heterointegración» en los propios sistemas jurídicos. Estos mecanismos operan especialmente en la fase de aplicación judicial del derecho. Están presentes en todos los ordenamientos contemporáneos en los que rige la prohibición de *non liquet*, es decir, en aquellos que prohíben al juez abstenerse de decidir so pretexto de ausencia u obscuridad de la ley. Los mecanismos de heterointegración son el remedio que los sistemas jurídicos ponen a su incompletud. Permiten en definitiva que el juez cree una nueva norma para resolver el caso que no encontraba solución en las normas ya existentes. Así, en la formulación del Código Civil Suizo, se permite al juez actuar como si fuera el legislador¹². Obviamente, por esa vía se incorporan «elementos extrasistémicos», tales como las convicciones personales del propio juez, o los valores dominantes en una sociedad en un momento dado, etc.

El carácter «extrasistémico» o «heterointegrador» puede ser puesto de manifiesto más o menos explícitamente. La autorización al juez para actuar como si fuera el legislador constituye una formulación especialmente explícita. La autorización al juez para decidir de acuerdo con los «principios generales del derecho» (como ocurre en nuestro ordenamiento) da lugar, por el contrario, a una ficción. La ficción consiste en aparentar que los criterios de decisión siguen siendo intrasistémicos. Que se trata de una ficción lo pone de manifiesto que no existe una relación taxativa de tales «principios generales» y que los principios reconocidos son en ocasiones incompatibles entre sí. No obstante, esta ficción obliga al juez a argumentar sus decisiones «como si» efectivamente estuviera utilizando criterios de decisión ya presentes en el ordenamiento.

El mismo Kelsen, que niega la existencia de lagunas jurídicas, admite la incorporación de elementos extrasistémicos en la fase de aplicación judicial. Según Kelsen, la existencia de una norma general de cierre elimina la posibilidad de existencia de lagu-

nas. En virtud de esta norma, todo lo que no está prohibido o es obligatorio, está permitido. Si un supuesto de hecho no está contemplado por ninguna norma del sistema, caerá, pues, automáticamente en el campo de aplicación de la norma de cierre. En realidad, la doctrina de las lagunas se utiliza, según Kelsen, en aquellos casos en los que resulta inconveniente (por razones políticas o morales) la aplicación de una norma general a un caso concreto. No es que el supuesto no esté contemplado por la norma, sino que no parece conveniente aplicar la norma a ese supuesto. Según este autor, la doctrina de las lagunas genera una ficción que encubre lo que realmente ocurre. Lo que en realidad es una autorización para dejar de aplicar una norma general por razones de oportunidad se presenta como un supuesto de ausencia de norma aplicable¹³.

También las normas que contienen conceptos jurídicos indeterminados son una vía de incorporación de elementos extrasistémicos en la fase de aplicación. Desde el punto de vista del problema general del grado de determinación no hay diferencia entre una norma que autorice a decidir de acuerdo con el criterio del aplicador o una norma que establezca como criterio un concepto indeterminado. Por poner el ejemplo de una norma ya derogada:

Artículo 1, punto 9, de la Orden de febrero de 1975: «Se admitirá el desnudo siempre que esté exigido por la unidad total del film, rechazándose cuando se presente con la intención de despertar pasiones en el espectador normal o incida en la pornografía».

Esta norma contiene expresiones notablemente imprecisas. En particular, la expresión «espectador normal» cae perfectamente dentro de la categoría de los conceptos jurídicos indeterminados. A la indeterminación de este concepto se suma la vaguedad de expresiones como «despertar pasiones» o «exigido por la unidad total del film». Por lo que respecta al grado de determinación de la decisión que se adopte en base a ella, puede asimilarse, pues, a una norma que atribuyese al órgano aplicador de la misma la facultad de decidir según su criterio la admisión o el rechazo del desnudo en las películas.

El profesor Requejo no tiene en cuenta los problemas que plantean las «lagunas» o los conceptos jurídicos indeterminados. No obstante, en alguno de los pasos de su libro se ve obligado a reconocer incidentalmente que el juez dispone de un considerable margen de maniobra. Eso, sin embargo, no confiere carácter político a la actividad jurisdiccional según este autor. La base de esta argumentación se encuentra en un supuesto criterio de distinción entre argumentaciones políticas y jurídicas:

«En todo caso, la imposibilidad de controlar políticamente las actuaciones jurisdiccionales no representa en puridad ninguna contradicción con el principio democrático, pues en las actuaciones de esta naturaleza el componente político es prácticamente inexistente, razón por la cual todo control de este tipo se encontraría fuera de lugar. Efectivamente, aun cuan-

¹² V. Capella, J. R.: *Sobre el discurso jurídico. I: la teoría general de las normas*, Barcelona, Facultad de Derecho, texto po-

licopiado, pp. 58-59.

¹³ Kelsen, H.: *Teoría pura del Derecho*, pp. 254-257.

do en ningún caso la norma jurídica a aplicar por el juez se encuentra perfectamente determinada, siendo posible que en la configuración final de su contenido el juez disponga casi siempre de un considerable margen de maniobra, es lo cierto que la existencia de tal determinación irresoluble por el elaborador primario de la norma no convierte a las actuaciones jurisdiccionales en actuaciones políticas, ya que no es la mayor o menor discrecionalidad a la hora de delimitar el contenido final de una norma lo que califica a esta delimitación como jurídica o política, sino que es únicamente el criterio argumentativo utilizado el que permite realizar tal calificación. Así, estaremos ante una actuación o decisión política siempre que la misma tome como referencia un criterio de futuro, es decir, se fundamente *ex post* a partir de sus resultados. Por el contrario deberá clasificarse como jurídica aquella decisión realizada sobre la base de criterios previamente establecidos y sin consideración a los resultados finales de la misma, los cuales en ningún caso pueden suministrar justificación a lo actuado; en definitiva, en las decisiones de naturaleza jurídica su fundamentación se efectúa siempre *ex ante*» (pp. 212-213).

El criterio de distinción entre lo político y lo jurídico que se utiliza aquí no resulta convincente. El hecho de que el juez tenga una facultad de decisión no predeterminada por las normas generales ya le permite introducir elementos «extrasistémicos» de decisión (juicios morales, políticos, convicciones personales, etc.). Las «lagunas» y las normas que contienen conceptos imprecisos son las «aberturas» por las que más frecuentemente se introducen criterios externos al derecho en la fase aplicativa. Esta «capacidad de maniobra» por sí misma permite hablar de un componente político en la actividad del juez.

Que el juez se vea obligado a razonar de un cierto modo no es un argumento concluyente. El razonamiento jurídico tiene una importante componente retórica. Es muy propenso a generar ficciones, es decir, situaciones en las que los actores se ven obligados a argumentar «como si» la situación fuera diferente de la que realmente es. Kelsen ponía el ejemplo de la teoría de las lagunas. La teoría de los conceptos jurídicos indeterminados en el ámbito del derecho administrativo sería otro buen ejemplo. Se admite, por un lado, la existencia de conceptos jurídicos *indeterminados* (funcionario medio, buenas costumbres, diligencia propia de un buen padre de familia). Y, por otro, se afirma que las normas que contienen uno de estos conceptos sólo permiten una única «solución justa» al ser aplicadas al caso concreto¹⁴. En realidad lo que se hace obrando así es

generar una ficción que obligará a todos los operadores normativos (funcionario, particular afectado, juez contencioso) a argumentar *como si* tal solución única efectivamente existiera y fuera posible encontrarla. Así pues, el hecho de que se argumente explícitamente de un modo u otro no es absolutamente concluyente a la hora de determinar en base a qué criterios se está realmente decidiendo.

Por otro lado, el criterio de distinción entre decisión política y jurídica que defiende el profesor Requejo no resulta tampoco convincente. Parece un criterio derivado de la «ética de la responsabilidad» de que hablaba Max Weber después de la Primera Guerra Mundial. Según Weber, para el político resulta adecuada sólo esa ética de la responsabilidad que es la que tiene en cuenta fundamentalmente las consecuencias de los actos. No resulta adecuada, sin embargo, la ética de la convicción, que mantiene unos principios de actuación sean cuales sean las consecuencias. Este es el tipo de ética que mantuvieron los pacifistas alemanes durante la guerra y de ellos fue la culpa, según Weber, que Alemania fuese finalmente derrotada¹⁵.

Esta concepción «maquiavélica» de la política resulta, sin embargo, excesivamente estrecha. Máxime hoy en día en que nos enfrentamos a cuestiones como la problemática ecológica o la emancipación de la mujer en las que se hace necesario mantener firmemente posiciones de principio.

Tampoco resulta claro que el argumento *ex post* resulte estar completamente excluido del ámbito de lo jurídico. Uno de los objetivos de la interpretación es descubrir la *ratio* o finalidad de las mismas¹⁶. La interpretación es una de las operaciones que el juez tiene que realizar en el proceso de aplicación. Y el descubrimiento de la *ratio* o finalidad de la norma implica razonar en términos de las consecuencias que se persiguen y que es previsible que se produzcan si la norma es aplicada.

Esta serie de consideraciones ponen en entredicho la «inexistencia de componente político» en la actuación del juez, así como el criterio de distinción entre lo político y lo jurídico que le sirve de base. Por consiguiente, la afirmación de que resulta «imposible» controlar políticamente las actuaciones jurisdiccionales carece de fundamento. No hay razón alguna, desde el punto de vista de la teoría general del derecho, que impida pensar en la posibilidad de implantar mecanismos democráticos de control de la actividad de los jueces. Otra cuestión es el problema político de si ello resultaría conveniente, en qué casos y de qué modo. Pero lo que no es cierto es que el derecho tenga rasgos estructurales que imposibiliten el control democrático de la actividad judicial, como quiere hacernos creer el profesor Requejo.

¹⁴ V., p. ej., García de Enterría, E. y Fernández, Tomás Ramón: *Curso de Derecho Administrativo I*, pp. 433-439.

¹⁵ La distinción entre «ética de la responsabilidad» y «ética de la convicción» y la tesis de la culpa de los pacifistas las desarrolla Weber en una conocida conferencia pronunciada en Munich ante una organización estudiantil liberal el 28 de enero de 1919, que llevaba por título *Politik als Beruf* (hay trad. cast. de Adan Ko-

vacsis Meszaros «La política como profesión», en Weber, M. *El trabajo intelectual como profesión*, Barcelona, Bruguera, 1983, pp. 61-156, v. esp., pp. 139-156.

¹⁶ Así, el artículo 3.1 del Código Civil español dispone que «las normas se interpretarán (...) atendiendo fundamentalmente al espíritu y finalidad de aquéllas».

3. ¿SEGURIDAD O DECISION?

A lo largo de todo el trabajo del profesor Requejo se pone de manifiesto insistentemente una idea. Esta idea está en la base de buena parte de las discrepancias que aquí se mantienen con el mismo. Se trata de la tesis de que es inherente al derecho el producir decisiones irrevocables o, cuando menos, con la garantía de un cierto grado de permanencia:

«Lo decisivo es que el progresivo proceso de concreción de las normas desemboque en algún momento en actuaciones que den paso al ejercicio de la coacción previamente contenida y que tales actuaciones con las que el sistema concluye disfruten de un mínimo de estabilidad en el tiempo. (...) *No diciendo nunca la última palabra, sino pudiendo "desdecirse" a cada instante, el sistema jurídico no sería realmente tal, sino una sucesión indefinida de actuaciones que se remiten a las que les siguen sin existir un término para tales remisiones*» (p. 200, curs. mía, J.A.E.).

No está nada claro que la producción de decisiones permanentes o irrevocables sea una condición necesaria para poder hablar de sistema jurídico. La exigencia estructural de todo sistema jurídico es la de ser capaz de proporcionar una decisión en último extremo respecto de un conflicto que se plantea en un momento dado. Decir la última palabra no significa, sin embargo, que quien la dice no pueda desdecirse. El Rey absoluto, cuya voluntad es la ley, podía decidir hoy una cosa y la contraria mañana. Una de las consecuencias del poder soberano era, para Bodin, el ser *legibus solutus*: no quedar vinculado por las propias leyes ni por las propias decisiones. Las resoluciones del Monarca absoluto no tienen

ninguna garantía de permanencia y, sin embargo, desde un punto de vista positivista, son jurídicas.

Lo que es inherente al derecho en su concepción positivista no es proporcionar soluciones permanentes, sino proporcionar una instancia que decida en último extremo. Lo que no puede permitirse un sistema jurídico es que una decisión adoptada por esa última instancia permanezca como cuestión abierta para los ciudadanos ni para los órganos inferiores. La validez de una decisión adoptada por una autoridad no puede ser revocada por una argumentación que muestre su invalidez, sino sólo por la decisión de otra autoridad igual o superior según los casos. Eso es así, en parte, porque la validez de una decisión no puede ser demostrada como se demuestra un teorema, ni probada mediante un experimento de laboratorio¹⁷. Es una cuestión que en muchas ocasiones no tiene una respuesta clara. Pero ello es así también porque el derecho es producto y expresión de una relación de autoridad. Por tanto, en caso de duda, siempre será la autoridad quien se reserve la última palabra acerca de si una decisión es o no jurídicamente correcta. Es el Tribunal Constitucional y no el «pueblo» quien tiene la última palabra acerca de la interpretación de la Constitución. Pero eso no significa que el Tribunal Constitucional no pueda desdecirse mañana de la doctrina mantenida hoy.

El carácter autoritario y jerárquico con el consiguiente componente decisionista sí es, desde mi punto de vista, un rasgo inherente a los sistemas jurídicos. La permanencia de las soluciones parece más bien relacionada con la exigencia de los ciudadanos de saber con la mayor precisión posible a que atenerse respecto al Estado. Pero ésa es una exigencia de seguridad jurídica que está en la base sólo del Estado de Derecho, no de todo sistema jurídico por el hecho de serlo.

¹⁷ El profesor Requejo parece sustentar más bien la idea de que la determinación de la validez de las normas jurídicas —en particular las leyes— se realiza por procedimientos análogos a los que permiten determinar la composición química de un líquido. Así, cuando el juez se encuentra con una ley cuya constitu-

cionalidad no le resulta clara. «Lo que debe hacer es remitirlo al laboratorio de análisis químicos, es decir, al Tribunal Constitucional () Quien clora las aguas no es el juez que abre la llave, sino el legislador que dice la composición del líquido contenido en el depósito», p. 154.