Palabras, palabras, palabras... De lo que el derecho les dice a los jueces

Alfonso GARCIA FIGUEROA

A mi amigo Miguel Alcázar
in memoriam

0. A MODO DE INTRODUCCION, ¿CÓMO SE EXPRESA EL DERECHO?

Entre las numerosas críticas que el jurista ha debido soportar tradicionalmente, quizá sea una de las más extendidas y reiteradas la que censura el uso de una jerga especializada, tecnificada y latinizada. Los términos jurídicos, se dice, alejarían al pueblo del derecho y harían de aquél una víctima de los perversos planes del corporativismo de los juristas. Es seguro que esta situación podría complacer ciertos afanes gremiales en los juristas que se tengan a sí por pontífices custodios de un saber arcano. Sin embargo, creo que los efectos elitistas de la jerga jurídica se han exagerado y que se ha hecho vicio de la necesidad. Para comprobar en qué sentido es así, merece la pena ceder la palabra a Lon Fuller y recordar con él una experiencia suya bien significativa:

"Durante una visita a Polonia en mayo de 1961 mantuve una conversación con el anterior ministro de Justicia, que aquí resulta relevante. Me dijo que en los primeros días del régimen comunista se llevaron a cabo esfuerzos serios y sostenidos para redactar leyes tan claras que fueran inteligibles para el trabajador y el campesino (..) Se descubrió (...) que la elaboración de leyes inmediatamente comprensibles para el ciudadano comportaba un coste oculto en el hecho de que hizo su aplicación por los Tribunales más caprichosa y menos predecible"[1].

La enseñanza que cabe extraer es clara: la complejidad de las cuestiones jurídicas y la garantía de los derechos requieren un rigor conceptual que exige al legislador una terminología precisa y a los juristas en general una formación específica. Para bien o para mal, por mucho que simplifiquemos las palabras, nunca podremos simplificar la realidad. Así que, a menos que renunciemos a una razonable división del trabajo y convirtamos en juristas a toda la ciudadanía (algo que sí parecería preocupante, pero en lo que pone todo su empeño la saturada Universidad española), creo que el rigor reclama estipulaciones conceptuales de las que se suelen ocupar expertos en derecho.

Por otra parte, no me parece que la inevitable existencia de un lenguaje especializado sea incompatible con su uso sencillo, elegante y, con los matices que se quiera, claro, por más que haya que lamentar que la claridad, "la cortesía del filósofo", se haya convertido a menudo en la utopía del jurista. Sin embargo, en este trabajo no voy a referirme propiamente a la cuestión de la complejidad del lenguaje jurídico, ni a la conveniencia o no de su sofisticación. Mi propósito es otro. Una vez declarado mi sometimiento al lenguaje jurídico, me gustaría destacar algunos equívocos que quizá se hallen implícitos en (o se expliquen bien por) el uso de ciertas expresiones por parte de los juristas[2], expresiones relacionadas con la creación y la aplicación del derecho, que forman ya parte del vocabulario jurídico (y en ese sentido son inobjetables en cuanto se trata de estipulaciones conceptuales), pero que —me parece— dan cuenta de una cierta forma de pensamiento muy arraigada entre los juristas[3]. Reitero: en principio me voy a ocupar simplemente de *palabras*. Es cierto que las palabras no son más que eso: palabras; pero me gustaría poner de relieve que el uso de ciertos términos puede ser interpretado como el síntoma de un estilo de pensamiento con frecuencia dominante en la dogmática y no siempre acertado. Bajo este punto de vista, me parece bueno ocuparse de las palabras[4]. Si la referencia a ellas sirve además de pretexto para hablar de conceptos, entonces este trabajo se sentirá algo justificado. Esto no obstante, debo admitir que no puedo *demostrar* sólidamente que esas expresiones constituyan un indicio de ese estilo de pensamiento. En este maleable mundo de las connotaciones, un análisis sólido de su *contexto de descubrimiento* requeriría una investigación histórica, sociológica y/o psicológica que excede mi capacidad. En este sentido, avanzo que algunas de mis conclusiones son sólo hipótesis que pueden resultar, por lo que a mí se refiere, razonablemente discutibles.

He seleccionado tres preceptos del derecho español que parecen presuponer en alguna medida

[1] Fuller, L., *The Morality of Law*, Yale University Press, Fredericksburg (Virginia), 1969, pág. 45

[2] He intentado poner de relieve ciertas imprecisiones conceptuales frecuentes en la dogmática jurídica en dos trabajos: "La concepción del derecho de la dogmática jurídica. ¿Una cuestión de principios?", en *Revista Jurídica de Castilla-La Mancha*, nº 24 (1998), págs. 79-106; "Contra el sistema por sistema", en *Revista de Derecho Privado*, en prensa

[3] Alf Ross nos llama la atención en su célebre "Tû-Tû" de que tras ciertas formas de hablar se halla una concepción mágica del lenguaje (Ross, A., "Tû-Tû", trad de Genaro R. Carrió, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1976). Por otra parte, cualquier alusión a los problemas del lenguaje jurídico tienen como referente obligado la obra de Genaro Carnó (vide, por ejemplo, Carrió, G.R., *Notas sobre derecho y lenguaje*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1990 (4ª ed.).

[4] Por ejemplo, en su obra *El Concepto de Derecho* (1961) (trad. de Genaro R. Carrió, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1992) H.L.A. Hart se refiere a veces al uso de ciertas expresiones en nuestro lenguaje con el fin de ensayar distinciones conceptuales de importancia. Así Hart nos dice que no es lo mismo *ordenar* que *dar órdenes* (pág. 25) y que decimos cosas distintas cuando afirmamos que *nos vemos obligados a hacer algo* y que *tenemos la obligación de hacer algo* (pág. 130).

tres doctrinas fundamentales de la teoría del derecho: el realismo, el iusnaturalismo y el formalismo. El realismo primó la dimensión psicosociológica del fenómeno jurídico, cuestionando la idea de sistema jurídico; el iusnaturalismo vinculó el derecho a la justicia, confiriéndole una infalibilidad moral que parece contingente y, finalmente, cierto formalismo jurídico (el llamado positivismo teórico), sacralizó el derecho atribuyéndole una infalibilidad técnica, que cabe cuestionar. El positivismo metodológico critica las tres corrientes y considera que el derecho es un sistema de normas, falible moral y técnicamente. Como intentaré subrayar a continuación, estas carencias del derecho sitúan a veces a los jueces en una situación difícil. Veamos en qué sentido.

1. PALABRAS REALISTAS: "LAS SENTENCIAS SERAN SIEMPRE *MOTIVADAS* Y SE PRONUNCIARÁN EN AUDIENCIA PUBLICA" (ART. 120.3 CONST.)

La motivación de las decisiones judiciales constituye uno de los elementos fundamentales del Estado de derecho como conquista frente a las arbitrariedades de los procesos en el Antiguo Régimen. La motivación garantiza que los jueces y magistrados se someten al principio de legalidad y permite a los justiciables conocer las razones que fundamentan las decisiones, abriendo la posibilidad de los recursos correspondientes.

Sin embargo, creo que, a pesar de su fortuna, el término "motivación"[5] no es el más idóneo para designar la fundamentación de una sentencia. Motivar es expresar los motivos y los motivos no son en principio razones justificatorias[6]. Un motivo es la causa psicológica por la que una acción tiene lugar. Por ejemplo, cabe decir que Otelo mató a Desdémona *motivado* (es decir, movido) por los celos, pero resulta extraño decir que el moro de Venecia quitó la vida a Desdémona *justificado* por los celos. Los celos explican la acción asesina de Otelo, pero no la justifican. Del mismo modo, en rigor, al procesado no le interesan tanto los *motivos* del juez para dictar una sentencia condenatoria, cuanto las *razones jurídicas* que fundamentan esa sentencia condenatoria[7].

Se puede objetar, en efecto, que simplemente nos hallamos ante una estipulación conceptual, mediante la cual se ha designado con el término "motivación" lo que es la *justificación* jurídica de una sentencia. De lo contrario, la obligación de motivar se vaciaría de contenido. ¿Qué sentido tendría exponer el inevitable *iter voluntatis* del juez, si no fuera por su virtualidad justificatoria? ¿De qué serviría poner de manifiesto la existencia de motivos? En realidad, estos siempre existen salvo en el supuesto, harto impensable según creo, de una sentencia dictada como consecuencia de un acto involuntario causado por impulsos cerebrales fuera de nuestro control.

Sin embargo, admitido todo esto, cabe a su vez preguntarse si esta estipulación es meramente casual o encubre alguna significación. Me parece que se vislumbra y quizá halle algún respaldo en la denominación de "motivación" un cierto realismo jurídico inconsciente en algunos juristas. Probablemente, la inconsciencia sea el síntoma más claro del vigor de un prejuicio. Veamos en qué sentido existe cierto realismo en nuestra cultura jurídica.

El realismo jurídico basó buena parte de su análisis del derecho en la concepción del razonamiento judicial como un proceso psicológico. La argumentación realista llegó a ese planteamiento a partir de una devaluación de la capacidad justificatoria del

---

[5] La primera vez que se sanciona el deber de los jueces de *motivar* sus sentencias aparece en la pragmática de 27 de septiembre de 1774 del Reino de Nápoles, que decía así:

"Per tolgliere alla malignità e alla frode qualunque pretesto, ed assicurare nell'opinione del pubblico la esatezza e la religiosità dei magistrati, vuole la Maestà Sua, anche sull'esempio e sull'uso dei tribunali più rinomati, che in qualunque decisione che riguardi o la causa principale, o gli incidenti, fatta da qualunque tribunale di Napoli, o collegio, o giunta, o altro giudice della stessa capitale, che abbia la facoltà di decidere, si spieghi la *ragione* di decidere o siano i *motivi* sui quali la decisione è appoggiata" (subrayado mío; texto legal citado por Evangelista, S., voz "motivazione della sentenza civile", en *Enciclopedia del diritto*,. vol. XXVII, Giuffrè, Varese, 1977, págs 154-181, aquí pag 154, nota 1).

En el *Novissimo Digesto Italiano* se define "motivazione", siguiendo a Crisafulli, como "l'enunciazione esplicita o implicita contestuale o non, dei motivi che precedettero e determinarono l'emanazione di un atto giuridico" (Lombardi, G., voz "motivazione en diritto costituzionale", *Novissimo Digesto Italiano, vol. X*, UTET, Turín, 1982 (reimpr.), págs. 954-958, aquí pág. 954), pero poco más adelante podemos leer en la voz "motivi a delinquere": "Il termine "motivo" sembra poter riferire sia al momento affettivo, all'impulso anche inconsapevole, che caratterizza il "movente", sia al momento in cui l'affetto vede l'obiettivo da conseguire, e si risolve in decisione di realizzarlo, e, così si trasforma in un "fine". " (Malinverni, A., íd., págs. 961-970, aquí pág 963) y aun más tarde encontramos la consideración de un motivo como "rappresentazione psichica che interessa la volontà e la induce al negozio..." en Guzzi, R., voz "motivo del negozio giuridico", íd., págs. 970-973, aquí pág. 970. Confluyen así en el término "motivo" acepciones diversas. Por una parte parece hacer referencia a una razón justificatoria y otras a un estímulo psicológico.

[6] Existen al menos tres significados del término "justificación". (a) en un sentido amplísimo se predica de juicios tanto normativos como descriptivos. Bajo esta acepción, decimos que un juicio descriptivo o normativo está justificado cuando existen razones concluyentes que hablan en su favor Por ejemplo, si decimos "la teoría científica T está bien justificada" o "la decisión D está justificada" (b) En un sentido amplio, pero mas restringido, se habla de justificación sólo en relación con juicios normativos. Por ejemplo, el juicio "la viuda del fallecido debe morir con su marido en la pira funeraria" está justificada de acuerdo con ciertas costumbres hindúes. (c) Finalmente, en un sentido más estricto, se reserva el término "justificación" para indicar la adecuación de una decisión a la moral crítica, de modo que sólo son justificados los juicios normativos correctos. En este trabajo utilizo el término "justificación" en un sentido amplio y formal (b), según el cual, un juicio es justificado cuando es conforme con algún sistema normativo sin entrar en su corrección moral.

[7] Esta distinción fuerte entre motivos psicológicos y justificación es propugnada, aunque con cautela, por Igartua en una defensa de la exigencia de fundamentación en cuestiones relativas a la llamada discrecionalidad técnica de la Administración (Igartua Salaverría, J., *Discrecionalidad técnica, motivacion y control jurisdiccional*, Civitas, Madrid, 1998, págs. 76 ss.) La exigencia de fundamentación no debe detenerse en ese ambito, como sostiene muy razonablemente este autor en la citada obra, ni tampoco en el Jurado, que debe ofrecer una motivación suficiente de su veredicto (Igartua Salaverría, J., "El jurado y la motivación de su veredicto (a proposito de la STS sobre el "caso Otegi")", en *Revista Vasca de Administracion Pública*, nº 51 (1998), págs. 215-235). Por otra parte, vale decir que en el razonamiento jurídico la exigencia de fundamentación no sólo se debe referir a cuestiones de interpretación del derecho, sino que tambien se extiende a las cuestiones de hecho, con frecuencia pasadas por alto (vide Gascón, M., *Problemas de la fijación judicial de los hechos*, en vías de publicacion, especialmente cap. IV).

sistema jurídico, depreciación basada en una actitud profundamente contraria a la idea de sistema jurídico del positivismo. La idea de sistema jurídico presupone la existencia de un conjunto de normas vinculadas entre sí por algún tipo de relación, singularmente por relaciones lógicas. Pues bien, el realismo es escéptico ante las normas[8], pues considera que no son sino "puro papel hasta que no se demuestre lo contrario"[9], una serie de enunciados susceptibles de las más insospechadas interpretaciones, y se muestra escéptico frente a la lógica, pues "la vida del derecho no ha sido lógica, la vida del derecho ha sido experiencia"[10]. Sin normas y sin lógica que las relacione, el resultado es la disolución de la noción de sistema jurídico. De este modo, el único derecho es el que emana de los órganos jurisdiccionales, el derecho vivo, el derecho en acción: una serie de decisiones fruto de una voluntad humana y no de una fundamentación racional a partir de las normas preexistentes de un sistema jurídico.

Derecho es entonces lo que los jueces dicen que es derecho y el origen de tal derecho se halla en el proceso psicológico que da lugar a la sentencia. Dado que no existe *ex ante* un sistema jurídico de *justificación* para la decisión judicial, el estudio del derecho se traslada al análisis de la *explicación* de los *motivos* de ese proceso psicológico del aplicador del derecho. En su versión más frívola se trata de la llamada "teoría de la digestión": las decisiones jurídicas dependen del humor generado por algún refrigerio en el operador jurídico. Las consecuencias de este planteamiento derivan hacia una concepción irracionalista del razonamiento jurídico en una primera instancia que después se extiende sobre el fenómeno jurídico en su totalidad. No existe un sistema normativo que limite al aplicador del derecho y por tanto no puede existir justificación de la decisión judicial, sino sólo la exposición del proceso psicológico que lo ha provocado. Casi inexorablemente se llega a la conclusión de que el derecho es una cuestión de corazonadas (*hunches)* y no de fundamentaciones racionales.

Esta manera de pensar que confunde razones y causas, parece muy interiorizada entre ciertos juristas, que replican al análisis racional de la justificación del razonamiento jurídico con la constatación del proceso psicológico del operador jurídico. Es decir, cuando se habla de la posibilidad de un control racional de la justificación de las decisiones judiciales, se responde que la realidad es que el juez, ante un caso concreto, primero decide la solución y posteriormente la reviste con un ropaje jurídico. Puede que, en efecto, eso sea así, pero se está respondiendo a una pregunta diversa de la que se formula. La cuestión no es cómo se llega a una decisión jurídica, sino sólo si esa decisión es justificable jurídicamente. Se trata, pues, de cuestiones distintas que conviene aislar. A pesar de su improbabilidad, no existen razones conceptuales que impidan que un juez de personalidad agresiva y vinculado al Ku Klux Klan dicte una sentencia justa para un caso en el que interviene un ciudadano de raza negra o que un magistrado arcangélico y simpatizante de Amnistía Internacional condene sin fundamento jurídico a un mártir de los derechos humanos completamente inocente.

La existencia de mecanismos como la recusación y la abstención responde a una cuestión no conceptual, sino empírica, a saber: que normalmente la presencia de algún interés propio en un pleito puede alterar la imparcialidad del juez a la hora de decidir el caso y que, dado que la interpretación puede incorporar ciertas valoraciones, conviene prevenir la posibilidad de una decisión sesgada. Existen, en consecuencia, razones prudenciales que aconsejan el establecimiento de estas garantías de imparcialidad, pero esto no significa que la personalidad o la ideología del juez deban convertirse en el objeto de discusión central de una controversia jurídica, como parecen promover reiteradamente los medios de comunicación y los partidos políticos en España. A veces la cultura jurídica popular parece en este sentido exageradamente *realista*. Esto no es difícil de explicar: para cuestionar la fundamentación jurídica de una decisión judicial se requieren ciertos conocimientos sobre derecho; por el contrario, para opinar sobre los motivos personales de un juez, no se necesita ninguna cualificación especial ni un esfuerzo intelectual extraordinario.

Actualmente, corrientes como el realismo jurídico, los *Critical Legal Studies* y la tópica jurídica alemana, teorías todas que refuerzan el valor de los motivos socio-psicológicos de las decisiones jurídicas, han perdido terreno. La pujante teoría de la argumentación jurídica que se ha desarrollado desde 1978 hasta nuestros días[11] ha afianzado la importancia de la distinción entre *contexto de descubrimiento y contexto de justificación*[12] En el contexto de descubrimiento se hallan los motivos, las causas sociológicas o psicológicas de una decisión. En el contexto de justificación se hallan las razones que fundamentan una decisión.

La confusión de razones y motivos recién examinada probablemente no sea privativa de la esfera jurídica. En el lenguaje coloquial decimos que estamos *desmoralizados* o *bajos de moral*[13] cuando

[8] Vide Hart, H.L.A., *El concepto de derecho*, op. cit., cap. vii.

[9] Llewellyn, K., "Una teoría del Derecho realista. el siguiente paso", trad. de Pompeu Casanovas, en Casanovas, P. y Moreso, J.J. (comps.), *El ámbito de lo jurídico*, Crítica, Barcelona, 1994, págs. 244-293, aquí pág. 267.

[10] Vide Holmes, O.W., *The Common Law*, Boston, 1881, pág. 1.

[11] Vide MacCormick, N., *Legal Reasoning and Legal Theory* (1978), Clarendon Press, Oxford, 1997 (reimpr.); Alexy, R., *Teoría de la argumentación jurídica* (1978), trad. de Manuel Atienza e Isabel Espejo, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1989; Aarnio, Alexy y Peczenik, "The Foundation of Legal Reasoning", en *Rechtstheorie*, nº12 (1981), págs. 133-158; 257-279;423-448; Aarnio, A., *Lo racional como razonable*, trad. de Ernesto Garzón Valdés, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1991; Peczenik, A , *On Law and Reason*, Kluwer, Dordrecht, 1989 Sobre la teoría de la argumentación jurídica, vide los estudios de Neumann, U., *Juristische Argumentationslehre*, Wissenschaftliche Buchgesellschaft, Darmstadt, 1986 y Atienza, M., *Las razones del derecho. Teorías de la argumentación jurídica*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1993.

[12] Como es sabido, esa formulación de la distinción se debe a Reichenbach, H., *La filosofía científica*, trad. de Horacio Flores Sánchez, Fondo de Cultura Económica, México D.F., 1967 (2ª ed.), pág. 240.

[13] Aranguren se refiere a estas expresiones para ilustrar una cuestión distinta (vide Aranguren, J.L.L., *Ética de la felicidad y otros lenguajes*, Tecnos, Madrid, 1992, págs. 110 ss.). A su juicio, usamos términos como "desmoralización" o decimos que no tenemos la "moral elevada" para indicar que no nos sentimos

nos sentimos poco *motivados,* cuando nos sentimos psicológicamente débiles, y no, como parecería más lógico, cuando nuestras decisiones resultan moralmente reprobables. En cualquier caso, una teoría de la argumentación jurídica debe ser consciente de esta distinción y debe concentrarse, por una cuestión de competencia, en el contexto de justificación, difiriendo hacia áreas como la sociología jurídica el estudio del contexto de descubrimiento.

Incluso y precisamente desde una perspectiva *motivacional,* me parece adecuado que los jueces sean conscientes de esta distinción. Kant[14] concedía valor moral a las acciones que se llevan a cabo por deber y no por una inclinación personal. El acto del filántropo que ayuda al prójimo por placer no gozaría para el filósofo de Königsberg de un valor especial; sin embargo, el acto del misántropo que ayuda a los demás por deber contaría con valor moral específico. Hay algo de excesivo en esta severidad prusiana, que parece asociar moralidad y ascesis. Esto no obstante, lo que me parece atractivo del planteamiento kantiano, una vez trasladado al ámbito jurídico, es que, al menos en un Estado de derecho constitucional como el nuestro, es bueno otorgar valor a las decisiones del juez en cuanto que son expresión del ejercicio de un deber y no tanto de un compromiso personal. Es bueno que el juez siga creyéndose por encima de todo un profesional que realiza su trabajo justificando sus decisiones de la manera más ajustada a la Constitución. Es bueno que considere que sus decisiones se hallan no tanto *motivadas* cuanto *justificadas* jurídicamente. Por mucho que el ideal del juez como boca muda del derecho haya sido criticado, su reiterada puesta en duda por su inadecuación con la realidad, sólo lo confirma como ideal.

2. PALABRAS IUSNATURALISTAS: "LA *JUSTICIA* EMANA DEL PUEBLO Y SE ADMINISTRA EN NOMBRE DEL REY POR JUECES Y MAGISTRADOS INTEGRANTES DEL PODER JUDICIAL, INDEPENDIENTES, INAMOVIBLES, RESPONSABLES Y SOMETIDOS UNICAMENTE AL IMPERIO DE LA LEY" (ART. 117.1 CONST.)

En el lenguaje de los juristas y también en el más informal, es frecuente escuchar expresiones que vinculan derecho y justicia. Los jueces *hacen justicia conforme a derecho* y no se limitan a aplicar el sistema de fuentes. El juez que "a sabiendas, dictare sentencia o resolución *injusta*" —y no meramente *ilegal*— (art. 446 CP) se expone a una grave sanción penal y el Estado, por su parte, destina una serie de recursos a un *Ministerio de Justicia* y no simplemente a un Ministerio de la Adjudicación Judicial. Estos sintagmas parecen presuponer de algún modo que cuando los jueces aplican el derecho, no sólo están aplicando unas normas respaldadas por sanciones, sino que, además, están de alguna manera impartiendo justicia. Esta vinculación de derecho y justicia constituye el núcleo del iusnaturalismo y, más en general, de cualquier corriente antipositivista[15].

La tesis básica del no positivismo es que existe una relación conceptual necesaria entre derecho y moral. En consecuencia, existe una obligación al menos *prima facie* de obedecer el derecho. Este planteamiento se ha visto reforzado históricamente por el advenimiento del constitucionalismo, que ha incorporado a los sistemas jurídicos numerosos derechos, que antes sólo se podían invocar como exigencias morales[16].

Aquí me gustaría detenerme concretamente en las implicaciones de la expresión "hacer justicia conforme a derecho". Esta expresión no asocia inmediatamente derecho y justicia, sino que vincula más propiamente razonamiento jurídico y razonamiento moral. Si tradicionalmente el antipositivismo jurídico había sostenido que existe una relación conceptual necesaria entre derecho y moral, actualmente se afirma más precisamente que existe una relación conceptual necesaria entre razonamiento jurídico y razonamiento moral. Esto significa que cuando razonamos en el mundo del derecho, siempre razonamos moralmente en mayor o menor medida.

Esta idea ha obtenido su plasmación en la llamada "tesis del caso especial" (*Sonderfallthese),* núcleo de la teoría de la argumentación jurídica de Robert Alexy. La tesis del caso especial reza así: el razonamiento jurídico es un caso especial de razonamiento práctico general. Según esta tesis, el razonamiento jurídico es un razonamiento moral con una serie de restricciones. Es interesante advertir que esta teoría supone la inversión del orden establecido por el positivismo jurídico. Según la tesis de la discreción judicial del positivismo jurídico, el juez aplica el derecho válido y excepcionalmente, cuando se le presenta un caso difícil, acude al ejercicio de cierta discreción para resolver la controversia con el concurso de elementos morales. La tesis del caso especial, por el contrario, considera que el sistema básico de justificación de las decisiones jurídicas es el razonamiento moral, el cual después se somete a ciertas *limitaciones.* Tales limitaciones son nada menos que las fuentes del derecho tradicionales, las teorías de la dogmática y singularmente las reglas procesales.

---

dueños de nosotros mismos. Aranguren interpreta este significado como un indicio de que la experiencia moral constituye un presupuesto necesario de nuestra existencia. Cuando este presupuesto falta, sentimos que carecemos de dominio sobre nuestro destino, sobre nuestros actos, y nos sentimos "desmoralizados". Aquí recurro al uso coloquial de estos términos, como se ve, en otro sentido.

[14] Kant, I., *Fundamentación de la metafísica de las costumbres* (1785), ed. de Luis Martínez de Velasco, Austral, Madrid, 1994, cap. primero.

[15] Pues se puede ser antipositivista sin ser propiamente iusnaturalista, como les sucede a autores como Dworkin, Soper, Alexy o Nino, por citar a algunos filósofos del derecho relevantes en la actualidad Por esta razón, es mejor contraponer analíticamente positivismo/no positivismo, a pesar de que tradicionalmente se opongan postivismo y jusnaturalismo. Me he referido a esta idea en mi libro *Principios y positivismo jurídico,* Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1998, págs. 30 ss.

[16] Sobre esta cuestión, vide Prieto Sanchís, L., *Constitucionalismo y positivismo,* Fontamara, México, 1997. He publicado un comentario a esta obra en *Revista Española de Derecho Constitucional,* núm. 54 (1998), págs. 367-381. También vide Zagrebelsky, G., *El derecho dúctil,* trad. de Marina Gascón, Trotta, Madrid, 1995 y los estudios acerca de esta obra que se recogen en el *Anuario de Filosofía del Derecho,* nº XIII (1996).

Al jurista práctico sin inclinaciones iusnaturalistas (pero no sólo a él) quizá le parezca algo extraño que se le diga que cuando razona jurídicamente, la ley es sólo un *límite* al razonamiento moral. Además, al jurista positivista tradicional (pero nuevamente no sólo a él) le puede dar la impresión de que la aplicación del derecho no es un caso más de razonamiento moral, porque ha comprobado que el razonamiento jurídico es muchas veces estratégico e interesado y que las propias normas que se aplican no son siempre lo suficientemente justas, como para poder formar parte de un razonamiento moral coherente. El razonamiento jurídico parece ser otra cosa distinta del razonamiento moral[17].

Exige un espacio muy superior al disponible ahondar aquí en los sutiles vericuetos de este planteamiento[18]. Creo que basta con subrayar la estrategia general que siguen los teóricos y que se puede reducir a dos prácticas básicas: (a) la estipulación de un concepto extensionalmente muy estrecho de derecho, bajo cuyo campo semántico sólo se hallan aquellos ordenamientos en alguna medida justos (estos autores construyen abiertamente "teorías particulares"[19] del derecho), y (b) en segundo lugar y complementando a la anterior: la relativización del concepto de moral, que no se entiende sino vinculada de alguna forma a la moral social vigente en la comunidad correspondiente. Metodológicamente, esta argumentación parte de una inclinación hacia el punto de vista interno para describir el derecho. Bajo el punto de vista de los participantes y singularmente de los jueces, el derecho es en alguna medida expresión de justicia y la justicia es expresión de la moral social (como podría sugerir cierta ambigüedad en "la justicia emana del pueblo..."). En suma, los jueces no sólo aplican una serie de normas jurídicas respaldadas por sanciones, sino que hacen justicia conforme a derecho, *do justice according to law.*

El positivista es partidario (a) de un concepto más sencillo de derecho y (b) de un concepto más estricto de moral.

a) El concepto intensionalmente más sencillo de derecho conduce a un concepto de derecho extensionalmente más amplio. Se trata de un concepto de derecho más sencillo, porque prescinde de la nota de la justicia en la intensión del concepto de derecho y es extensionalmente más amplio, porque entonces incluye sistemas normativos dictatoriales, totalitarios, inicuos en definitiva, que han recibido tradicionalmente (lexicalmente) el nombre de "derecho": el derecho del tercer *Reich*, el que regía el sistema de *apartheid*, etc.

b) Este concepto más sencillo de derecho permite al teórico jurídico no tener que invadir los dominios de la metaética y de la ética normativa y puede ceder cortésmente este tipo de tareas al filósofo moral. Desde el punto de vista de la división del trabajo, el positivismo es más eficaz. Hay que dar al jurista lo que es del jurista y al filósofo moral lo suyo. Simplificando hasta la irreverencia, el lema podría ser: menos "*to do justice according to law*" y más "*to do justice according to Rawls*"[20]. En realidad, contra lo que parece ser la idea más popular entre los juristas seguramente desde Radbruch, los positivistas más serios y valiosos son autores particularmente respetuosos con la esfera de la moral. Es precisamente su celo en mantenerla como un área incontaminada por las corrupciones del derecho y de la política, lo que les lleva en el fondo a preservarla de cualquier relación conceptual con el derecho. El positivista, por una cuestión de competencia y de respeto por la justicia, mantiene la distinción de derecho y moral.

En todo caso, no es bueno tratar la disputa entre positivismo/antipositivismo como una guerra entre ángeles y demonios, sea cual fuere la asignación de papeles. El conocimiento es una empresa colectiva que se enriquece con la discusión. El positivismo debe agradecer a los antipositivistas de la actualidad dos favores: el primero es su sofisticación. La sofisticación y complejidad de sus argumentos han contribuido a matizar el propio positivismo, que se ve obligado, con cada uno de los ataques que se le inflige, a refinarse a sí mismo y a comprender mejor el fenómeno jurídico. El segundo favor es que el antipositivismo ha hecho del positivismo jurídico una doctrina más bien minoritaria y ello es siempre estimulante para quienes la defienden y para los que ven en ella un punto de vista idóneo para mantener una actitud crítica hacia el derecho y la política de la que es producto.

3. PALABRAS FORMALISTAS: "LOS JUECES Y TRIBUNALES TIENEN EL DEBER INEXCUSABLE DE RESOLVER EN TODO CASO LOS ASUNTOS DE QUE CONOZCAN, *ATENIENDOSE AL SISTEMA DE FUENTES ESTABLECIDO*" (ART. 1.7 Cc)

En nuestro ordenamiento jurídico, el juez debe inexcusablemente "resolver en todo caso". No puede abstenerse de emitir una decisión bajo ningún pretexto (se trata de la prohibición del *non liquet).* Pero, al mismo tiempo, los jueces deben "atenerse al sistema de fuentes" y no crear nuevo *material jurídico.* Razones de orden democrático y liberal[21] hablan en favor de reservar al legislador la creación de derecho. Según el argumento democrático, el juez no puede gozar de esa competencia, porque carece de legitimidad democrática. Según el argumento liberal, las normas jurídicas en principio no deben ser retroactivas y si el juez se pronunciara

[17] Braun ha afirmado en este sentido que el razonamiento jurídico no es un *minus*, sino un *alliud* respecto al razonamiento moral (Braun, C., "Diskurstheoretische Normenbegründung in der Rechtswissenshaft", en *Rechtstheorie*, 19 (1988), págs 238-261, aquí pág. 259).

[18] Me he ocupado de esta cuestión en la parte tercera de mi trabajo *Principios y positivismo jurídico*, op. cit.

[19] Vide *Law's Empire*, Fontana, Londres, 1991, pág. 102. Existe una trad. al castellano: *El imperio de la justicia*, por Claudia Ferrari, Gedisa, Barcelona, 1992.

[20] Tomo esta expresión del habitual ingenio de MacCormick, N., "Justice according to Rawls", en *Law Quaterly Review*, vol. 89 (1973), págs. 393-417

[21] Estos dos argumentos son centrales en la teoría de Ronald Dworkin, contraria a la tesis de la discreción judicial (vide Ronald Dworkin, *Los derechos en serio*, trad. de Marta Guastavino, Ariel, Barcelona, 1984, págs 150 ss)

sobre un aspecto no contemplado por las fuentes jurídicas, entonces estaría imponiendo deberes retroactivamente.

Para que podamos mantener el deber inexcusable del juez de resolver, al mismo tiempo que éste pueda mostrarse respetuoso con el sistema de fuentes sin usurpar funciones legislativas, tiene que darse un presupuesto fundamental, a saber: que el sistema de fuentes siempre sea capaz de dar respuesta jurídica a todas las posibles controversias que se le planteen al juez. Esto es, el ordenamiento jurídico debe ser considerado un sistema normativo omnicomprensivo de algún modo, pues, de lo contrario, no es posible decidir siempre ateniéndose al sistema de fuentes. En suma, el artículo 1.7 Cc presupone un cierto holismo en el sistema jurídico.

Sin embargo, los sistemas jurídicos distan sensiblemente de ser unas entidades perfectas y, por esta razón, es muy probable que el juez se halle alguna vez ante una obligación de imposible cumplimiento: resolver jurídicamente un caso para el que no existe respuesta jurídica. La filosofía del derecho ha ensayado diversas soluciones al objeto de mantener el holismo jurídico. Creo que es posible subrayar brevemente al menos tres, que no son mutuamente excluyentes ni conjuntamente exhaustivas: una respuesta iusnaturalista tradicional, una respuesta hermenéutica y una respuesta formalista.

a) La respuesta iusnaturalista tradicional afirma la existencia de una vinculación de derecho positivo y derecho natural. El derecho no es sólo la ley. Existe un *ius* que excede la *lex*. Cuando la ley es insuficiente, siempre podemos acudir al derecho natural para saber cuál es la solución jurídica procedente. Esta opción suele ser atractiva para personas de orientación religiosa, pero, como es sabido, plantea numerosos problemas en torno a la determinación de lo que pueda ser el derecho natural y cómo se pueda fundamentar su conexión con una práctica social como el derecho.

b) La respuesta hermenéutica reconoce que el derecho no es en principio omnicomprensivo, pero afirma que sí puede proporcionar a través de los mecanismos interpretativos una respuesta a los problemas jurídicos. El derecho no sería sólo una serie de enunciados con un significado propio, sino básicamente el producto de una práctica interpretativa en la que intervienen elementos morales y políticos. La argumentación moral y política integraría y completaría de este modo las posibles carencias de nuestros códigos. Esta es la opción que adopta la concepción del derecho como integridad de Ronald Dworkin[22].

c) La respuesta formalista consiste en afirmar la presencia del principio de prohibición en todo ordenamiento jurídico. El principio de prohibición reza así: "todo lo que no está prohibido, está permitido" o, lo que es lo mismo, "todo está prohibido o bien permitido". Esta tesis fue defendida por Kelsen, pero es una teoría defectuosa, como brillantemente demostraron Alchourrón y Bulygin[23], porque resulta trivial o bien falsa. Todo depende de qué signifique "permitido". Si "permitido" significa "no prohibido", entonces se trata de una tautología inútil que rezaría así: "todo lo que no está prohibido, no está prohibido". Si "permitido" significa, en cambio, que existe una norma en el sistema jurídico que permite cierta conducta, entonces el principio de prohibición es falso, pues afirmaría: "todo lo que no está prohibido, está permitido expresamente por alguna norma" y esto, evidentemente, no es así. Por ejemplo, si "permitido fumar" significa que existe una norma expresa que dice "permitido fumar", entonces el principio de prohibición se revela falso: no es cierto que siempre que fumar no está prohibido, existe una norma expresa que dice "permitido fumar". Para que esto suceda, debe incorporarse al sistema expresamente el principio de prohibición. Sin embargo, no es extraño hallar este tipo de razonamientos entre los juristas. Quizá constituya el atávico residuo de un extendido *horror vacui*. Se trata de algo parecido a lo que sucede cuando alguien, avistando un objeto luminoso en el cielo, renuncia a decir algo tan sensato como "no sé qué pueda ser ese objeto luminoso" y afirma a cambio: "es obvio que una civilización extraterrestre, antropomórfica y tecnológicamente avanzadísima nos visita de vez en cuando" o "es obvio que la Virgen de Fátima tiene algo que decirnos". El ser humano nos tiene acostumbrados a estas cosas.

La incorporación del principio de prohibición al sistema jurídico puede seguir vías diversas y ser más o menos explícita. La tesis de la norma de clausura de nuestro sistema constitucional de libertades es un ejemplo de la adopción por vía hermenéutica de este criterio[24]. Luis Prieto expresa esta norma de clausura así: "todo lo que la Constitución no prohíbe u ordena debe reputarse jurídicamente permitido"[25]. Debemos una formulación bastante efectista de esta tesis a O.W. Holmes:

> "Hace unos setenta y cinco años que aprendí que no era Dios. Así, cuando la gente quiere hacer algo y no encuentro nada en la Constitución que expresamente les prohiba hacerlo, me guste o no, tengo que exclamar.. ¡Maldita sea!, dejadles que lo hagan"[26]

Sin embargo, a pesar de los citados intentos por rebatir lo que podríamos denominar la falibilidad técnica del sistema jurídico, la teoría del derecho admite generalmente que el ordenamiento jurídico no es omnicomprensivo. Que el juez decida siempre no significa que el derecho dé siempre una respuesta. Consecuentemente, se ha propuesto la distinción entre "completitud de calificación" y "com-

[22] Vide especialmente Dworkin, R., *Law's Empire*, Fontana, op. cit., y, del mismo autor, "¿Realmente no hay respuesta correcta en los casos difíciles?", trad. Maribel Narváez Mora, en Casanovas, P. y Moreso, J.J. (comps.), *El ámbito de lo jurídico*, op. cit., págs. 475-512.

[23] Alchourrón, C.E. y Bulygin, E., *Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas y sociales*, Astrea, Buenos Aires, 1987, págs. 184 ss. En tono crítico con la interpretación que los autores argentinos efectúan de la evolución del principio de prohibición en la teoría de Kelsen, vide Ruiz Manero, J., *Jurisdicción y normas*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1990, págs. 42-45.

[24] Vide Prieto Sanchís, L., *Estudios sobre derechos fundamentales*, Debate, Madrid, 1990, cap. VII.

[25] Ibidem, pág. 164.

[26] Citado por Schwarz, B., *Los diez mejores jueces de la historia norteamericana*, trad. de Enrique Alonso, Civitas, Madrid, 1980, pág. 58.

pletitud de decisión"[27]. La completitud de calificación consiste en la propiedad del sistema jurídico para proporcionar una calificación deóntica de prohibido, obligatorio o permitido para cualquier supuesto de hecho. La completitud de decisión hace referencia a la capacidad del ordenamiento para proporcionar invariablemente una respuesta jurídica merced a la existencia de un aparato institucional y de un deber de fallar en cada caso. Es conveniente consignar esta distinción, porque la completitud de decisión no nace de la completitud de calificación y a veces son confundidas. La completitud de decisión más bien presupone la incompletitud de calificación del sistema, que reclama cierta discreción judicial, pero al mismo tiempo requiere de una adecuada teoría de la argumentación jurídica que la guíe.

¿Cómo interpretar entonces el artículo 1.7 Cc? Según una interpretación muy estricta de este artículo, no existiría solución posible en los llamados casos difíciles. Nos hallaríamos ante una genuina aporía: el juez no podría abstenerse de decidir, pero tampoco dar una respuesta sin apartarse del sistema de fuentes. Sin embargo, este planteamiento tan estricto quizá descanse sobre una falsa disyuntiva que concibe la aplicación del derecho por parte del juez como una actividad mecánica subsuntiva o bien como un acto de arbitrariedad y *tertium non datur*. Sin embargo, quizá exista una posibilidad intermedia que permita al juez decidir más allá del contenido preciso de los materiales jurídicos de los que dispone sin caer en la arbitrariedad judicial. La solución más coherente en un Estado de derecho constitucional como el nuestro quizá sea próxima a esta estrategia intermedia: la concepción del juez como un "órgano heterónomo de producción jurídica"[28], es decir, como un órgano creador, pero no autónomo. ¿Cómo es posible esto bajo un Estado constitucional de derecho?

La Constitución pone a disposición del juez una serie de elementos con los que configurar una respuesta en caso de lagunas o antinomias. El juez debe entonces intentar desarrollar la teoría más conforme con el sistema de valores incorporado en el texto constitucional, debe intentar desarrollar la argumentación más acorde con la Constitución y su argumentación debe someterse al control de racionalidad por el órgano correspondiente. La figura de los principios generales del derecho quizá sirva de instancia idónea para la recepción de tal actividad argumentativa. En cierto sentido, se diría que el artículo 1.4 Cc, que invoca los principios generales del derecho *in ultimum subsidium* para clausurar el sistema de fuentes, constituye la disposición funcionalmente análoga al artículo 1.2 del Código civil suizo, que ordena al juez comportarse como un legislador en caso de laguna[29]. Nadie afirma que esta solución no presente problemas, pero desde luego parece la mejor de entre las posibles. El auge de la teoría de la argumentación jurídica es el síntoma de la toma de conciencia de esta área de la reflexión jurídica tradicionalmente ignorada y ahora especialmente relevante en el Estado de derecho constitucional[30].

Pero la Constitución, fruto de un consenso, contempla principios y valores que pueden entrar en conflicto y esto representa un problema considerable. ¿Qué debe hacer el juez en caso de una pluralidad de soluciones constitucionalmente plausibles? En los últimos tiempos, este problema está concitando en nuestro país la atención de numerosos estudiosos de la teoría de la interpretación constitucional, que establecen sus líneas argumentales a partir de la experiencia jurídico constitucional norteamericana[31].

No voy a introducirme aquí en la compleja red de teorías de la interpretación constitucional de los Estados Unidos, lo que requeriría un espacio (y una competencia) considerable. Así que plantearé la cuestión algo dogmáticamente en términos muy simples y generales. Un punto de partida posible consiste en retornar al argumento democrático invocado al principio de este epígrafe: la jurisprudencia no puede ser fuente del derecho, porque los jueces no son elegidos por el pueblo. Esta consideración se extiende sobre el Tribunal Constitucional en la medida en que es un órgano meramente jurisdiccional, aunque no pertenezca al poder judicial. El argumento democrático rige incluso de algún modo contra la propia supremacía de la Constitución. ¿Por qué debe imponerse al pueblo actual la voluntad del pueblo en el momento constituyente? El argumento democrático pone, pues, en tela de juicio dos poderes sensiblemente contramayoritarios: el poder judicial (y con él el Tribunal Constitucional) y el poder constituyente.

La legitimación del poder judicial radica en su carácter racional. La del poder constituyente en su carácter consensual. El poder judicial basa sus decisiones en juicios en principio técnicos. El poder constituyente alcanza en un proceso fundacional un consenso entre posturas a menudo enfrentadas y de las que suele surgir un sistema de protección de derechos individuales de cierta importancia, los "triunfos" de Dworkin[32], el "coto vedado" de Garzón

[27] Vide Wróblewski, J., "Systems of Norms and Legal Systems", en *Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto* (1972), págs. 224-245, aquí págs. 229 ss.

[28] Vide Pneto Sanchís, L., *Ideología e interpretación jurídica*, Tecnos, 1987.

[29] Sobre el significado de este precepto en relación con la teoría de Ronald Dworkin, vide Strolz, M.M., *Ronald Dworkins These der Rechte im Vergleich zur gesetzgeberische Methode nach Art. 1 Abs. 2 und 3 ZGB*, Schulthess, Zurich, 1991.

[30] Vide las considaraciones al respecto de Rubio Llorente, F., "Prólogo", en Alonso García, E., *La interpretación de la Constitución*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1984, págs. xvii-xxvi.

[31] Vide Bayón, J.C., "El debate sobre la interpretación constitucional en la reciente doctrina norteamericana (Dworkin, Ely, Tribe, Barber)", en *Revista de las Cortes Generales*, nº 4 (1985), págs. 137-153; Alonso García, E., *La interpretación de la Constitución*, op. cit.; Beltrán, M., *Originalismo e interpretación. Dworkin vs. Bork: una polémica constitucional*, Civitas, Madrid, 1989; Gargarella, R., *La justicia frente al gobierno. Sobre el carácter contramayoritario del poder judicial*, Ariel, Barcelona, 1996; Dorado, J., *El debate sobre el control de constitucionalidad en los Estados Unidos. Una polémica sobre la interpretación constitucional*, Dykinson, Madrid, 1997; Díaz Revorio, F.J., *La Constitución como orden abierto*, McGraw-Hill, Madrid, 1997, cap. iv; Moreso, J.J., *La indeterminación del derecho y la interpretación de la Constitución*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1998; De Lora, P., *La interpretación originalista de la Constitución. Una aproximación desde la Filosofía del Derecho*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1998

[32] Vide Dworkin, R., *Los derechos en serio*, op. cit.

Valdés[33], unos derechos intangibles para la política ordinaria. Sin embargo, tanto poder judicial (y Tribunal Constitucional) como poder constituyente han sido seriamente cuestionados[34].

Este problema está siendo intensamente debatido en la actualidad[35]. No puedo aquí detenerme en la cuestión, pero me gustaría hacer una breve observación de carácter muy general. A veces parece que los problemas sobre el carácter antidemocrático del poder judicial o del poder constituyente se enfocan desde un nivel conceptual, cuando de lo que se trata más propiamente es de cuestiones empíricas y normativas relativas a la adecuación de un diseño institucional a una cultura jurídica determinada.

Las perspectivas de análisis de estos problemas, como es habitual, son básicamente tres: la perspectiva conceptual, la perspectiva empírica y la perspectiva normativa. Pues bien, desde una perspectiva conceptual, es claro que no es posible ofrecer una respuesta definitiva a la tensión entre el argumento democrático y la necesidad de instancias contramayoritarias. Por esta razón, la ponderación de las ventajas e incovenientes deben situarse en un plano empírico y normativo, respectivamente: en qué clase de cultura jurídica nos hallamos y qué criterios deben fomentarse en ella.

En este sentido, no sé si será conveniente trasladar los esquemas conceptuales dominantes en un país que cuenta con una Constitución bicentenaria a una sociedad vertebrada por una Constitución de poco más de dos décadas. No sé si será correcto trasladar las inquietudes que se plantean en torno a jueces con una fuerte impronta política, como los de EE.UU., a nuestro sistema judicial, profundamente convencido (al menos hasta hoy) del papel técnico de los jueces.

En un Estado constitucional de derecho como el nuestro, las decisiones del poder judicial y del Tribunal Constitucional deberían contar con la aceptación al menos *prima facie* de los ciudadanos. No creo que la insistente erosión por parte de la doctrina, los medios de comunicación y los partidos políticos de esta presunción *iuris tantum* de legalidad y legitimidad sea nada buena. Por otra parte, un ataque ecuánime al carácter poco democrático de la actividad jurisdiccional debería venir acompañado de una crítica de la actividad política que muchas veces ha buscado el respaldo *moral* de los votos, donde la ley y el Estado de derecho se lo negaban muy fundadamente.

4. CONCLUSION

Es muy probable que no haya conseguido convencer al lector de las connotaciones respectivamente realistas, iusnaturalistas y formalistas de los artículos 120.3 Const., 117.1 Const. y 1.7 Cc. Sin embargo, esto carece de importancia. Lo relevante es la presencia o no de argumentaciones realistas, iusnaturalistas y formalistas implícitas en nuestro derecho y en la argumentación de los juristas y que se traducen en severas exigencias a la función jurisdiccional. Desde una perspectiva positivista, existen indicios de planteamientos realistas cuando los autores concentran su atención en los motivos o la personalidad del juez en lugar de hacerlo sobre las razones de una decisión jurídica; existen indicios de iusnaturalismo cuando el razonamiento jurídico es concebido intrínsecamente como una especie de razonamiento moral y existen indicios de un formalismo holista cuando se confunde completitud de decisión y de calificación.

No hay duda de que son muchas las cosas que el derecho requiere de los jueces, pero además parece que las exigencias que se les imponen son de alguna manera contradictorias. El juez debe impartir justicia (de acuerdo con el iusnaturalismo), pero sin que se note (añadiría el formalismo) y además debe ser una buena persona (parece sugerir el realismo). No es de extrañar que para hallar personajes de tal elevación intelectual y moral se haya recurrido a la mitología. El juez ideal de Dworkin se llama Hércules y, por su parte, el juez Holmes, más *realista,* describe al magistrado ideal como una síntesis de "Ariel, Prometeo y Júpiter, con algunos aspectos de Mefistófeles también"[36].

Este trabajo ha pretendido poner de relieve una vez más la vigencia del ideal positivista. Esta doctrina considera el derecho como una obra humana falible moralmente (en contra de lo que piensa el iusnaturalismo) y falible técnicamente (a diferencia de lo que piensa el holismo de cierto formalismo jurídico) y no considera aconsejable que una teoría del derecho soslaye estas circunstancias. Sin embargo, el positivismo no supone la renuncia a la racionalidad en el derecho. Muy al contrario, no duda de la capacidad justificadora de las normas jurídicas y de la susceptibilidad de aproximaciones racionalistas al derecho. Esto significa (frente a cierto realismo) el rechazo de la reducción de lo jurídico a cuestiones meramente empíricas, sociológicas o psicológicas.

En este contexto, la función jurisdiccional no es considerada una labor mecánica, pero tampoco una actividad al margen de toda racionalidad. En este trabajo se ha sostenido que la justificación de las decisiones jurídicas exige la elaboración de una teoría de la argumentación jurídica guiada básica-

[33] Garzón Valdés, E., "Representación y democracia", en *Derecho, ética y política,* Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1993, págs. 631-650, aquí pág. 645.

[34] En lo que concierne a la legitimación de la justicia constitucional, la condición de magistrado de la Corte constitucional italiana de Gustavo Zagrebelsky confiere un interés especial a las opiniones que este constitucionalista expresa en Gascón, M., "El derecho constitucional del pluralismo. Una conversación con Gustavo Zagrebelsky", en *Revista de Derecho Constitucional y Parlamentario,* Murcia, en prensa.

[35] En un debate protagonizado por los profesores Moreso, Bayón y Gargarella en la revista italiana *Ragion Pratica* se pueden recabar algunos de los argumentos esgrimidos por la doctrina en uno y otro sentido: Moreso, J.J., "Diritti e giustizia procedurale imperfetta", trad. de Paolo Comanducci y Susanna Pozzolo, en Ragion Pratica, nº 10 (1998), págs. 13-39; Bayón, J C , "Diritti, democrazia, costituzione", trad. de Riccardo Guastini, ibidem, págs. 41-64; Gargarella, R., "Il ruolo di giudici di fronte al "terreno proibito", trad. de Isabel Fanlo y Cortés, ibidem, págs. 65-73; Moreso, J.J., "Sulla portata del vincolo preventivo", trad. de Paolo Comanducci, ibidem, págs. 75-83.

[36] Citado por Schwarz, B., *Los diez mejores jueces de la historia norteamericana,* op. cit , pág. 58.

mente por las directrices constitucionales. En un Estado constitucional de derecho, las dificultades que se originan en sede de interpretación constitucional deben representar un considerable estímulo para reafirmarlo.

Precisamente por esta razón, creo que la erosión de la legitimación del poder judicial y de la jurisdicción constitucional a partir del argumento democrático va más allá de lo razonable a la vista de la cultura jurídica de nuestro país y constituye una forma (quizá políticamente interesada) de apropiación del vigor alcanzado por el ideal democrático en un período histórico particularmente acosado por el problema del relativismo ético, un ideal democrático hábilmente impulsado por la ética comunicativa. Esta cuestión es del mayor interés, pero detenerse en ella sería exceder los límites que la prudencia impone a un trabajo como éste.