

CREACIÓN JUDICIAL DEL DERECHO: CRITICA DE UN PARADIGMA¹

Feo. JAVIER ANSUÁTEGUI ROIG²

Sumario: 1. Creación judicial del derecho: dimensiones de un problema.- 2. La producción normativa, el poder y el ordenamiento.- 3. El modelo clásico y la distinción entre creación y aplicación del derecho.-4. El artículo 1 del Código civil.- 5. El juez y el legislador: el control de la actividad judicial.

1. CREACIÓN JUDICIAL DEL DERECHO: DIMENSIONES DE UN PROBLEMA

El tema de las fuentes del Derecho, o si se prefiere, de la producción normativa, constituye posiblemente uno de los ámbitos del Derecho sobre el que se pronuncian un mayor número de perspectivas o enfoques. En efecto, pensemos que un estudiante de Derecho de cualquiera de nuestras universidades oirá hablar de la cuestión, y quizás en muy diferentes sentidos, a los profesores -al menos- de Teoría del Derecho, Derecho constitucional, Derecho civil, Derecho internacional público. Ello ocurre porque "la teoría de las fuentes se manifiesta en cada uno de los sectores del Ordenamiento jurídico de forma peculiar y con consecuencias diferenciadas"³. Si ello es así, posiblemente

¹ El presente trabajo está basado en el texto de una conferencia pronunciada en la Facultad de Derecho de la Universidad de Sevilla, el 24 de mayo de 2004, en el marco del seminario "Dogmática jurídica, Derecho comparado, Práctica", organizado por el Área de Derecho civil. Agradezco a Rafael de Asís y a Mari Carmen Barranco la lectura de una versión previa del trabajo y las observaciones que me han formulado al respecto.

² Universidad de Jaén.

³ PÉREZ LUÑO, A. E., *El desbordamiento de las fuentes del Derecho*, Sevilla, Real Academia Sevillana de Legislación y Jurisprudencia, 1993, p. 99.

alguien se podría plantear la cuestión de qué sentido tiene profundizar en la cuestión desde una perspectiva determinada como es la de la Filosofía del Derecho, habida cuenta, además, que sus aportaciones no van a tener necesariamente una directa plasmación práctica en el Ordenamiento. Creo que en este punto concreto cabe efectuar al menos dos observaciones que, si se quiere, pueden tener un cierto carácter autojustificativo. En primer lugar, la perspectiva de la Filosofía y porque, además, tiene un evidente tenor crítico no sólo del Derecho positivo, sino también de la reflexión y reelaboración que se lleva a cabo por los juristas a partir del mismo, es decir de la dogmática. En segundo lugar, me parece oportuno recordar alguna de las consideraciones que Alejandro Nieto ha efectuado sobre el conocimiento jurídico. En efecto, Nieto ha señalado que, a diferencia de otras ciencias, como las ciencias naturales por ejemplo, el progreso y la evolución en la ciencia jurídica no se produce a través de la sustitución de los conocimientos sino mediante la acumulación de los mismos⁴. La acumulación de conocimientos y el hecho de que estos sean compartidos por la comunidad jurídica provoca la constitución de paradigmas, alguno de los cuales puede llegar a ocupar posiciones dominantes a lo largo del tiempo. Los paradigmas son comprensibles a partir de la participación de los sujetos en las claves del discurso interno al paradigma de referencia. Es misión de la ciencia jurídica la depuración de los paradigmas existentes (lo cual supone al mismo tiempo una labor de au-todepuración) a través de su constante crítica y a través también de la comparación de estos con la realidad del Derecho. En este sentido el constitucionalismo contemporáneo y la plasmación jurídica de sus postulados obliga a una reformulación de alguno de los paradigmas que durante tiempo han condicionado una determinada comprensión de la producción normativa y que tienen reflejo positivo. Téngase en cuenta que la posición que ocupa el juez en los ordenamientos constitucionales contrasta de manera evidente con comprensiones tradicionales tanto de su función, como de su relación con el legislador. Creo que lo anterior se puede afirmar aunque no se piense exclusivamente en el juez constitucional que, en determinados modelos de justicia constitucional, tiene una capacidad de conflicto potencial con el legislador. Por el contrario, la morfología de un Ordenamiento constitucional condiciona, de manera más o menos evidente, la actividad de todos los jueces.

⁴ Vid. NIETO, A., *El arbitrio judicial*, Barcelona, Ariel, 2000, pp. 21 y ss.

La cuestión sobre la que pretendo reflexionar en esta aportación es la de la creación judicial del Derecho. Parece claro que cuando se formula así la cuestión, de una manera tan genérica como aquí se ha hecho, es inevitable el planteamiento de determinadas cuestiones que aparecen, de forma explícita o implícita, en algún momento de la reflexión: ¿cuál es la posición que ocupa el juez en el esquema de producción normativa?, ¿cuál es la relación que se establece, en el marco de dicho esquema, entre el juez y el legislador?, ¿los jueces, cuando dictan sentencias, cuando toman decisiones, crean Derecho de la misma manera que lo hacen otros operadores jurídicos? ¿qué se quiere decir cuando se afirma que los jueces crean Derecho?, ¿qué concepción del Derecho es compatible con el reconocimiento de la creación judicial del Derecho? ¿hasta qué punto el sistema de fuentes de nuestro Código Civil es compatible con la afirmación de la creación judicial del Derecho? Como se observará, algunas de estas cuestiones van a ir apareciendo de alguna manera a lo largo del trabajo, si bien es evidente que en una ocasión como esta no pretendo dar respuesta acabada a todas y cada una de ellas.

Pues bien, qué duda cabe que en relación con la cuestión de las fuentes del Derecho y, más en particular con la posición que en el seno de las mismas ocupa la jurisprudencia, podemos identificar como predominante, al menos así lo ha sido durante mucho tiempo con la consecuencia de que diversas generaciones de juristas -en la Europa continental- han sido educados en él, un determinado paradigma vinculado a la negación del carácter de fuente de Derecho de la acción normativa del Juez, o cuando menos, a la posición no ya claramente sometida a la ley, sino también secundaria en un esquema general de fuentes del Derecho. Es cierto que este paradigma entra en tensión con determinadas afirmaciones vertidas desde el constitucionalismo contemporáneo, como por ejemplo aquella de acuerdo con la cual los jueces son "los señores del Derecho"⁵.

De lo que se trata en esta aportación no es sólo de analizar críticamente dicho paradigma sino de examinar también lo que en mi opinión se presenta como una palmaria manifestación del mismo, el artículo 1 del Código Civil. En este sentido, mi intención es la de utilizar al gunas herramientas conceptuales de la Teoría del Derecho, y de la concepción de la producción normativa que se ha desarrollado

Vid. ZAGREBELSKY, G., *El Derecho dúctil*, Madrid, Trotta, 1995, p. 150. [Trad., de M. Gascón].

desde determinadas filas en su interior, para abordar la comprensión de las fuentes del Derecho de la que el citado artículo es en mi opinión clara expresión.

Pero antes de continuar, me gustaría plantear tres cuestiones. En primer lugar, la referida a que el reconocimiento de la creación judicial del Derecho no predetermina ninguna conclusión general respecto a la relación entre el juez y el legislador. En segundo lugar, me interesa hacer referencia al tipo de desacuerdo que se plantea cuando se reflexiona sobre la creación judicial del Derecho. Y en tercer lugar, quisiera aludir a la cuestión de la relación entre el positivismo jurídico y una determinada concepción del juez.

Acabo de señalar que el reconocimiento de la creación judicial del Derecho no determina ninguna conclusión general respecto a la relación legislador-juez. Antes de continuar, creo necesario apuntar una observación preliminar: es evidente que la reflexión sobre la producción normativa y la capacidad que el juez tiene al respecto nos sitúa ante el problema de la relación entre el legislador y el juez. Esta cuestión no es sólo un problema de Teoría del Derecho, sino que también lo es en el marco de un discurso sobre las condiciones de legitimidad del sistema jurídico-político. Creo en este sentido que la afirmación de que los jueces crean Derecho no se debe identificar necesariamente con una negación del sometimiento del juez a la ley. En un sistema jurídico, la ley -general y abstracta- es un referente de certeza, seguridad e igualdad. La atribución de capacidad normativa al juez no implica a) afirmación de la autonomía de la actividad judicial respecto al producto normativo del legislador; b) irresponsabilidad del juez; c) reconocimiento de una posición de primacía genérica de la jurisprudencia en la organización de las fuentes del Derecho. Esto último, no quiere decir que no se reconozca una importancia y relieve específico a la jurisprudencia emanada de los órganos que son competentes en materia de control de inconstitucionalidad, por ejemplo.

Además, la reivindicación del papel de la ley, que siempre es necesaria, es paralela a la de la importancia del legislador en un sistema democrático⁶. En todo caso, creo que la reflexión sobre la creación judicial del Derecho se puede desarrollar en dos planos

⁶ Sobre la relación entre ley y democracia vid. GARCÍA DE ENTERRIA, E., "La democracia y el lugar de la ley", en "La vinculación del juez a la ley". *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, 1, 1997, pp. 79 y ss.

diferentes. El primero es el descriptivo, que tiene muy en consideración los datos que suministra el Ordenamiento y la morfología del mismo. De lo que se trata desde esta perspectiva es de analizar lo que en realidad hace el juez cuando dicta sentencias. El segundo plano es el prescriptivo, desde el que se va a señalar qué es lo que el juez debe hacer, de acuerdo con una determinada concepción del Derecho. Estos dos planos, conceptualmente diferentes, pueden confluir desde el momento en que a partir de una descripción de lo que hace el juez podemos estar en condiciones de extraer conclusiones normativas, referidas a los criterios que debe seguir en su actuación efectiva, para que ésta pueda ser juzgada como correcta.

Quiero también hacer referencia al tipo de desacuerdo que se plantea cuando se reflexiona sobre la creación judicial del Derecho. Es cierto que la cuestión de la creación judicial del Derecho es discutida. Y ello porque, como luego se subrayará, la posición que se asuma al respecto es expresión de postulados más profundos sobre el Derecho y el Ordenamiento, y sobre la justificación de determinados mecanismos internos. En realidad, los diversos planteamientos en relación con este problema tienen tras de sí una determinada visión del Derecho. Me interesa llamar la atención sobre el tipo de problema que nos podemos estar planteando. Y para ello retomaré la reflexión que sobre la cuestión que nos ocupa desarrolló en su momento Carrió, uno de los filósofos del Derecho que con más claridad ha abordado las cuestiones relativas a la relación entre el Derecho y el lenguaje. Téngase en cuenta que la claridad conceptual y terminológica en cualquier tratamiento de esa relación debería ser una exigencia metodológica, pero en ocasiones puede parecer que nos encontramos más ante una cortesía o benevolencia del autor que ante la efectiva satisfacción de una exigencia metodológica.

En efecto, en su reflexión sobre los desacuerdos entre los juristas, Carrió confesaba abiertamente que gran parte de las controversias y disputas en las que nos enzarzamos los juristas son en realidad controversias sobre el lenguaje. Esto parece cierto y aplicable tanto en lo que se refiere a los desacuerdos meramente teóricos (o doctrinales) como en lo que afecta a los desacuerdos prácticos (vinculados por ejemplo al desajuste efectivo entre la actuación del sujeto y el modelo de conducta requerido por una norma en cuestión). En aquella ocasión, Carrió centraba su atención en las disputas que se han generado, y que se generan, en torno a la afirmación "los jueces crean Derecho", que en realidad es aquella sobre la que estamos reflexionando.

Y admitía que, ciertamente, no parecía que nos halláramos ante una disputa respecto a una cuestión de hecho. Si fuera en realidad una cuestión de hecho, estaríamos frente a un auténtico desacuerdo en torno a lo que hacen los jueces. Pero Carrió observaba que, en realidad, desde una determinada perspectiva se afirma que los jueces crean Derecho y desde otra se niega. En ese caso se preguntaba cómo era posible que los juristas no hubieran podido ponerse de acuerdo respecto de un hecho "tan fácilmente verificable"⁷. El problema tampoco parece ser una mera cuestión verbal, continuaba Carrió. En ese caso, estaríamos ante un problema que ciertamente podría ser solucionado mediante una aclaración del significado que atribuimos a los términos. Pero, lo que es cierto, añadía, es que aunque se aclaren los términos, el desacuerdo puede subsistir. La conclusión a la que llegaba Carrió es que en realidad estamos ante lo que él denominaba un "desacuerdo de actitud".

Los "desacuerdos de actitud" se diferencian de los desacuerdos de hecho y de las disputas verbales. El desacuerdo de actitud existe desde el momento en que, con la expresión "los jueces crean Derecho", en realidad no se está describiendo algo. Lo que se está haciendo es dotar de importancia a la actividad de los jueces⁸, de la misma manera que si se niega que los jueces crean Derecho se puede estar restando importancia a lo que hacen los jueces. En todo caso, cuando se afirma "los jueces crean Derecho", se estarían expresando, al fin y al cabo, puntos de vista. Y en este sentido la expresión presenta una evidente carga emotiva, desde el momento en que crear Derecho constituye una acción frente la que es difícil permanecer indiferente. Carrió señala que en este caso estaríamos frente a un enunciado "pseudo-descriptivo", ya que, de un lado, "crear", es algo relevante, a lo que se atribuye importancia y, de otro, esa importancia es mayor si lo que se crea es precisamente Derecho. Pero además deberíamos tener en cuenta que la emotividad predicable de la afirmación según la cual los jueces crean Derecho, deriva también de la imagen o concepción del juez que se esconde tras la misma. Sobre esta cuestión vamos a volver posteriormente, pero por ahora podemos reconocer que

⁷ CARRIO, G., *Notas sobre Derecho y lenguaje*, 4ª edic, corregida y aumentada, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1990, p. 106.

⁸ Hasta el punto de llegar a la formulación extrema de esta afirmación, y que se identificaría con determinados postulados del realismo jurídico: de la afirmación "Los jueces crean Derecho", se derivaría en "sólo los jueces crean Derecho", o "todo el Derecho es el creado por los jueces" (p. 112).

parece evidente que tras la afirmación de la tesis a la que estamos haciendo referencia se esconden tesis y concepciones de amplia trascendencia, de la misma manera que también se esconden tras su negación. Piénsese, por ejemplo, en cuestiones tales como la separación de poderes, la relación entre la interpretación y la aplicación, la idea de legitimidad o la seguridad jurídica. En definitiva, Carrió terminaba reconociendo que el hecho de que estemos ante un desacuerdo de actitud, "a) explica que la controversia puede subsistir aunque se haga una completa concordancia en cuanto a los hechos y se llegue a estipular una notación descriptiva unívoca y precisa; y b) pone de manifiesto lo inadecuado de la posición de quienes se empeñan en ventilar la controversia como si se tratara de una divergencia sobre lo que hacen los jueces. Tal enfoque del problema conduce a una interminable reiteración de las posiciones originarias y, en definitiva, a la exasperación o al cansancio"⁹.

Creo que la reflexión que lleva a cabo Carrió y la consideración de las disputas en torno a la afirmación "los jueces crean Derecho" muestra también que tras el problema que nos ocupa, el de la creación judicial del Derecho, se esconden, como ya he adelantado, diversas y en ocasiones muy diferentes concepciones del Derecho. En efecto, la posición que se defiende en relación con nuestra cuestión está en directa relación con un determinado concepto de Derecho, y también con una cierta concepción sobre el mismo. Cuando nos planteamos esta cuestión no sólo estamos discutiendo sobre la posición y la capacidad de un determinado operador jurídico, el juez, en el seno del sistema jurídico. Por el contrario, estamos defendiendo una determinada idea del Derecho en donde, eso sí, el juez ocupa una posición concreta. Lo que quiero expresar es que en realidad la cuestión que nos ocupa contribuye a definir la idea de Derecho que se mantenga o se deje de mantener. No parece posible proponer un concepto de Derecho sin abordar el problema de la creación judicial del Derecho, lo cual en realidad supone abordar el problema de la producción del Derecho. Cualquier concepción sobre el Derecho está obligada a afrontar la cuestión. Piénsese en el ejemplo de Hart y de su defensa de la tesis de la discrecionalidad judicial (que junto a la tesis del origen social de las fuentes del Derecho y a la de la separación conceptual entre el Derecho y la moral constituye -como sabemos- uno de los pilares sobre los que descansa su propuesta en relación

⁹ CARRIO, G., *Notas sobre Derecho y lenguaje*, cit., p. 114.

con el concepto de Derecho). Y recuérdese también que una de las disputas intelectuales que han marcado la discusión filosófica a partir de los años 60 del último siglo, la que enfrentó a Hart y a Dworkin, tiene como uno de sus vertientes principales la consideración de lo que en realidad hace, y debe hacer, el juez.

Pero junto a lo anterior, creo que conviene reconocer que cuando centramos nuestra atención en la cuestión de si los jueces crean Derecho, debemos ser conscientes de que, en primer lugar, los jueces no siempre hacen lo mismo y, en segundo lugar, que la valoración del hecho de que los jueces creen Derecho, en su caso, está condicionada por el sentido y significado que se atribuye a su actividad. Luis Diez Picazo, al plantearse la cuestión de la vinculación del juez a la ley, ha ensayado una tipificación de las sentencias judiciales a partir de la forma y contenido de la motivación y de la fundamentación de las sentencias. Así, alude a las sentencias "justicieras", a las sentencias "intimistas", a las sentencias "filosóficas", a las sentencias "pro-forma" y a las sentencias "estrictamente jurídicas"¹⁰. En el primer caso, en el de las sentencias "justicieras", se produce un "absoluto desprecio" por las fuentes del Derecho, desde la creencia de que lo que el juez tiene que hacer es justicia, que es en realidad lo que le exige la sociedad. Las sentencias "intimistas" son aquellas en las que el juez, "a la hora de decidir un asunto, hace a los litigantes, a sus abogados o a ambos, una especie de confidencias sobre sus problemas personales, sobre los problemas de la oficina judicial o sobre cosas parecidas". Las sentencias "filosóficas", se deben "al carácter poco atractivo de las normas legales, al cansancio que produce tener que meterse entre los libros de Derecho o, incluso, a una inevitable falta de formación". Las sentencias "pro-forma", "cubren el expediente", al igual que lo hacen algunas facturas, mientras que, por último las sentencias "estrictamente jurídicas" presentan "gran solidez de argumentos, en perfecta coordinación con los postulados dogmáticos de la institución de que se trate y un gran apoyo erudito". Pues bien, me parece claro que una hipotética creación de Derecho por parte de los jueces no recibe la misma consideración dependiendo del tipo de sentencia que se trate. En todo caso, el lugar que en una determinada concepción del Derecho ocupa -por ejemplo- el principio de seguri-

¹⁰ Vid. DIEZ PICAZO, L., "La justicia y el sistema de fuentes del Derecho", en "La vinculación del juez a la ley". *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, 1, 1997, pp. 207-211.

dad jurídica condiciona la evaluación de la actividad judicial en cada uno de estos casos.

Quiero apuntar también unas observaciones respecto a la relación -supuesta- entre el positivismo y una determinada concepción del juez. En ocasiones se vincula al positivismo con una determinada tesis sobre la posición que el juez ocupa en el Ordenamiento y, en consecuencia con lo anterior, se certifica la crisis del positivismo jurídico en cuanto que esa tesis deviene insostenible como consecuencia, por ejemplo, de la transformación de la actividad judicial. Así, por ejemplo, se asocia la crisis del positivismo jurídico a la crisis de una concepción del Derecho como la que pudo defender en su momento la consideración exegética de la actividad judicial, que concentraba a ésta en la subsunción de un enunciado concreto referido a un caso particular en un enunciado legal general. Sin embargo, el positivismo jurídico no parece estar asociado necesariamente a una determinada posición respecto a la actividad judicial. Téngase en cuenta, en primer lugar, que cuando hacemos referencia al positivismo jurídico podemos estar pensando en diferentes tipos y al mismo tiempo en diversas tesis. Sabido es que Norberto Bobbio diferenció tres tipos de positivismo: teórico, metodológico e ideológico. Es precisamente el positivismo teórico el que defiende una determinada teoría de las fuentes del Derecho en la que la ley aparece como única fuente de calificación¹¹, y uno de los positivismos en el que concurren menos datos a su favor para su mantenimiento actual. Por su parte, Norbert Hoerster ha señalado que una de las tesis que defiende el positivismo jurídico, o que se le atribuye, es la de la subsunción, pero al mismo tiempo reconoce que esa tesis no es lógicamente consustancial a aquellas otras que conformarían el núcleo duro del positivismo (que en su opinión serían la tesis de la neutralidad -el concepto de Derecho tiene que ser definido prescindiendo de su contenido- y la tesis del subjetivismo -los criterios del Derecho recto son de naturaleza subjetiva-)¹².

En todo caso, lo que interesa recordar aquí es que el debate contemporáneo desmiente la identificación rígida entre positivismo jurídico y negación de la capacidad normativa del juez, de un lado, y po-

¹¹ Vid. BOBBIO, Ni, *El positivismo jurídico*, Madrid, Debate, 1993, pp. 169 y ss. [Trad., de R. de Asís y A. Greppi].

¹² HOERSTER, N., *En defensa del positivismo jurídico*, Gedisa, Barcelona, 1992, p. 11. [Trad., de J. M. Seña].

siciones no positivitas y afirmación de la capacidad normativa del juez, de otro. Pensemos en algunos ejemplos al respecto. Kelsen, cuyo positivismo no puede ser puesto en entredicho, niega que la sentencia judicial tenga un carácter meramente declarativo¹³. En el marco de la concepción dinámica del Derecho, afirma la existencia de un proceso normativo que va desde la creación del Derecho a la aplicación del mismo: "...la implantación de una norma individual por el tribunal constituye una etapa intermedia en el proceso iniciado con la erección de la Constitución, y que, pasando por la legislación y la costumbre, lleva a la sentencia judicial y de esta, a la ejecución de la sanción. Este proceso, en el cual el derecho se autorreproduce permanentemente, va de lo general (o abstracto) a lo individual (o concreto). Se trata de un proceso de una individualización o concretización en incremento ininterrumpido"¹⁴. Para Kelsen, un tribunal (sobre todo si es de última instancia), no se limita en su actividad a crear normas particulares, sino también normas generales, como ocurre en los casos en los que se sienta un precedente o en los que el órgano está autorizado para actuar con discrecionalidad. En estos casos, se produce una "descentralización de la función legislativa"¹⁵. Parece evidente que en este punto Kelsen se está planteando el problema de las relaciones entre el legislativo y el judicial, cuestión en la que el autor austríaco opta por una posición intermedia entre, de un lado, un sistema que afirma que la producción de las normas jurídicas generales está centralizada en el legislador, y de otro, uno que reivindica la libre creación del Derecho. Y reconoce explícitamente que "la verdad se encuentra a mitad de camino": "Los tribunales producen Derecho y, por cierto, como regla, derecho individual; pero al hacerlo dentro de un orden jurídico que ha establecido un órgano legislativo, o que reconoce en la costumbre un hecho productor de Derecho, aplican un Derecho general creado previamente por vía legislativa o consuetudinaria. La sentencia judicial es la continuación, no el comienzo, del proceso de producción del Derecho"¹⁶.

¹³ Vid. KELSEN, H., *Teoría pura del Derecho*, México, UNAM, 1982, p. 247. [Trad. de R. J. Vernengo].

¹⁴ *Ibidem.*, p. 246.

¹⁵ *Ibidem.*, p. 259.

¹⁶ *Ibidem.*, p. 263. BOBBIO se ha referido al carácter necesario que Kelsen atribuye a la jurisdicción en relación con la existencia de un Ordenamiento jurídico, en BOBBIO, N. "Le fonti del diritto en Kelsen", en BOBBIO, N. *Diritto e potere. Saggi su Kelsen*, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 1992, pp. 98-99.

Por otra parte, el debate entre Hart y Dworkin, que sin embargo tiene un contenido que trasciende en mucho al tema que nos ocupa, muestra un contraste entre la posición de un positivista como Hart, según el cual el juez en determinadas ocasiones ejerce su discrecionalidad, y la de un no-positivista Dworkin, que niega esta posibilidad y atribuye al juez (del que predica poderes hercúleos) la capacidad de encontrar en el Ordenamiento la única respuesta correcta que siempre se halla contenida en éste. Para Dworkin, el juez se convierte en un explorador que indaga entre el material normativo jurídico (y el no jurídico) para encontrar la única solución correcta contenida en el Derecho, mientras que para Hart en ocasiones se presenta como un creador del Derecho que puede y debe ejercer su discrecionalidad en determinados casos, recibiendo, en este sentido, la crítica de Dworkin, que le acusa entre otras cosas de atribuir al juez una función para la que no es competente, y de actuar antidemocráticamente, usurpando la legitimidad democrática al legislador¹⁷.

Vemos por tanto que, en su genérico sentido, Dworkin, que se presenta como un belicoso crítico del positivismo jurídico, coincide con el positivismo teórico originario en su negación de la capacidad creadora del juez¹⁸, mientras que autores positivistas como Kelsen y Hart, (posiblemente, me atrevería a aventurar, porque presentan una Teoría del Derecho más consciente de los datos que nos ofrece la configuración efectiva del sistema jurídico), reconocen esa capacidad.

2. LA PRODUCCIÓN NORMATIVA, EL PODER Y EL ORDENAMIENTO

Ciertamente, las vías a través de las cuales se puede afrontar la cuestión de la creación judicial del Derecho son variadas. Así, por ejemplo, se ha subrayado la dimensión creadora del juez a la hora de producir normas generales y de definir conceptos jurídicos¹⁹. En

¹⁷ Un resumen de la discusión entre Hart y Dworkin puede encontrarse en RODRÍGUEZ, C., "Teoría del Derecho y decisión judicial. En torno al debate entre H. L. A. Hart y Ronald Dworkin", en *La decisión judicial*, Santa Fe de Bogotá, Siglo del Hombre Editores-Universidad de los Andes, 1997, pp. 15-88.

¹⁸ Vid. PRIETO SANCHIS, L., *Ideología e interpretación jurídica*, Madrid, Tecnos, 1987, p. 67, que subraya la semejanza de Dworkin con un "positivista ingenuo como los primeros exegetas del Código de Napoleón...".

¹⁹ Vid. BULYGIN, E., "Sentencia judicial y creación del Derecho", en ALCHOURRÓN, C. E.; BULYGIN, E., *Análisis lógico y Derecho*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1991, pp. 355 y ss.

otros casos, se ha centrado la atención en la situación en la que el juez se encuentra en un caso difícil, en el que no es fácil conocer lo que dice la ley y por tanto tampoco lo es determinar en qué medida el juez en su decisión se ha sujetado a ella²⁰. También, se ha hecho referencia a los "ingredientes creativos" que incluye la decisión judicial en el caso de la necesaria integración de lagunas²¹. No obstante, pienso que la referencia a una determinada comprensión de la relación entre el Derecho y el Poder (de la que se derivan consecuencias que afectan también a la articulación y conformación del Ordenamiento), también es una vía válida al respecto y complementa a las anteriores.

En efecto, el problema de la producción normativa no escapa al condicionamiento derivado de la percepción e interpretación que se tenga de la relación entre el Derecho y el Poder. Si esta relación condiciona la manera de identificar y entender el Derecho, es mucho mayor su incidencia en determinados problemas o cuestiones, entre las que se encuentra la producción normativa.

El Derecho se caracteriza por su naturaleza normativa. En efecto, constituye una propuesta de organización social a través de la regulación -mediante la articulación de modelos de conducta- de determinados comportamientos de los individuos o de los grupos en los que estos se integran. En este sentido, el Derecho no tiene la intención de describir y ofrecer información sobre la organización de la sociedad y sobre un determinado modelo de la misma, aunque a través del conocimiento del Derecho vigente en una determinada sociedad y en un determinado momento histórico, y de las concepciones sobre el mismo, podamos acceder a un magnífico conocimiento de esa sociedad, presentándose así el Derecho como una valiosa fuente (secundaria podríamos decir) de información al respecto, de la misma manera que lo son también los cánones referidos a la literatura, la música, la arquitectura o la pintura. Por el contrario el Derecho tiene la función de implementar una determinada propuesta de organización social.

Podemos plantearnos la cuestión referida al origen de esa propuesta de organización social. Creo en este sentido que, a menos que

²⁰ Vid. EZQUIAGA GANUZAS, F. J., "Función legislativa y función judicial", en MALEM, J., OROZCO, J., VÁZQUEZ, R., (comps), *La función judicial. Ética y democracia*, Barcelona, Gedisa, 2003, pp. 48-51.

²¹ Vid. PRIETO SANCHIS, L., *Ideología e interpretación jurídica*, cit., pp. 91-92.

se comparta una posición extremadamente idealista, se puede afirmar que las normas jurídicas tienen un origen social. En efecto, las normas jurídicas, que en realidad son los instrumentos a través de los cuales se articula esa propuesta de organización social, deben su existencia, y en muchas ocasiones su eficacia, a la estrecha conexión que mantienen con el Poder político que se ejerce en la sociedad. Las normas jurídicas son así el vehículo a través del cual se expresa una determinada voluntad, que no es sino la del Poder político. Es este Poder político el que monopoliza la producción normativa jurídica. Desde una perspectiva descriptiva, el conocimiento del contenido del Derecho en una determinada situación social permite conocer la voluntad del Poder que se ejerce en el seno de la misma. En definitiva el Derecho, sus contenidos, son, en última instancia, expresión de la voluntad del Poder político, que ejerce su autoridad en una determinada comunidad. La función jurisdiccional no sería algo extraño a esta realidad. Por el contrario es una de las formas de ejercicio de la autoridad jurídica²², y por tanto del Poder.

Parece evidente que la anterior reflexión afecta de manera directa a una teoría de la producción normativa. En efecto, las fuentes del Derecho, a partir de lo dicho, se manifiestan como fuentes a través de las cuales fluye la voluntad del Poder, el contenido de esas propuestas de organización social. Podríamos decir, siguiendo con el símil acuático (o en términos de Pérez Luño, hidráulico), que esa voluntad, desemboca en el Derecho a través de las normas jurídicas.

Pero además, la anterior reflexión también influye en el concepto de norma que se maneja. Sabemos en este sentido que durante mucho tiempo, la ley ha ocupado un lugar paradigmático y preeminente en la jerarquía de las fuentes, hasta tal punto que en ocasiones se ha identificado como la norma jurídica por excelencia. Y ello tanto desde el punto de vista ideal, como desde el punto de vista real o referido a los Ordenamientos jurídicos existentes. Desde el punto de vista ideal o teórico, la noción de ley se ha identificado con los rasgos que ya encontramos propuestos por Rousseau en el *Contrato Social*: generalidad y abstracción, entendidas como exigencias de la igualdad. En un plano real, debemos reconocer que hasta la constitucionalización de los ordenamientos jurídicos (no en el sentido vinculado a la materialización del Derecho como consecuencia de la irrupción de

²² Vid. GUIBOURG, R., "Fuentes del Derecho", en GARZÓN VALDES, E.; LAPOR-TA, F. J., *El Derecho y la justicia*, Madrid, Trotta-BOE-CSIC, 1996, p. 183.

dimensiones sustanciales en el sistema jurídico, sino en el referido a la presencia de la Constitución como norma específica, válida, vinculante y directamente obligatoria), la posición privilegiada y no subordinada a una norma superior era ocupada por la ley, entendida como producto normativo de la voluntad del legislador. Me parece claro que el Derecho positivo con el que hoy nos tenemos que enfrentar los juristas, y que debemos tener en cuenta a no ser que nos arriesguemos a elaborar propuestas que no tengan demasiado que ver con la realidad, lleva ya tiempo ofreciendo datos suficientes para proceder a una revisión de esta idea de la ley, revisión que en algunos casos desemboca en la afirmación, por algunos, de una crisis de la ley.

Y ello por algunas razones que, creo, son evidentes y en las que no parece necesario detenerse. Ya he aludido a los efectos de la constitucionalización del Ordenamiento en relación con una reformulación de su estructura normativa. Por otra parte, parece evidente que el tipo de norma en la que está pensando Rousseau, la norma general y abstracta, no sirve para caracterizar al resto de normas del sistema. Es más, seguramente, hoy las normas generales y abstractas no son la mayoría. La traducción normativa de las técnicas de intervención y decisión desarrolladas por el Estado social, se presenta como una de las causas al respecto.

Creo por otra parte, que la consideración del Poder judicial como auténtico poder con capacidad normativa no debe alarmar. Creo que, por lo menos, hay dos argumentos que conviene tener en cuenta al respecto. En primer lugar, el que niega que el legislador tenga el monopolio de la producción normativa: "...la creación de normas, y no digamos ya de enunciados que tradicionalmente no se consideran como normas pero que poseen sentido normativo, no se produce exclusivamente en el Poder legislativo. Es a él a quien corresponde la creación de un tipo especial de normas de gran relevancia en el sistema, pero junto a él existen otros centros de producción de normas no sólo con un destinatario individual, sino también general. Estos otros centros crean normas que innovan, en mayor o menor medida, pero en idéntico sentido que las normas que son creadas por el legislador"²³. El segundo argumento es que la configuración del Poder judicial es llevada a cabo por la Constitución. El hecho de que calificuemos como auténtico Poder del Estado al judicial no significa que a

²¹ DE ASÍS ROIG, R., *Jueces y normas. La decisión judicial desde el Ordenamiento*, Madrid, Marcial Pons, 1995, p. 95.

éste se le atribuya una capacidad de actuación autónoma desvinculada de las normas jurídicas, de la ley. En realidad esta autonomía no es predicable de ninguno de los Poderes del Estado, ni siquiera del Poder legislativo, que tradicionalmente ha sido considerado como aquel a través del cual se expresa la soberanía popular. Ciertamente, a partir de lo establecido en el artículo 117 de la Constitución ("La justicia emana del pueblo..."), la conexión con el titular de la soberanía ya no es algo predicable en exclusiva del Poder legislativo. En última instancia, esa autonomía es predicable únicamente del Poder constituyente en sentido originario que, como tal, se sitúa en su actuación más allá del Ordenamiento. En un esquema democrático, la consideración como tal del Poder judicial es consecuencia, no de la afirmación de la soberanía de éste, sino precisamente de la vinculación con el titular último de la soberanía, de cuya voluntad es también expresión.

En todo caso, lo que me interesa subrayar es que la consideración del Poder judicial como auténtico Poder del Estado no le hace inmune respecto al sometimiento al Derecho que caracteriza al resto de los Poderes del Estado en el Estado de Derecho. El hecho de que los jueces, cuando dictan sentencias, creen Derecho es, en cierta medida paralelo al hecho de que el legislador produce Derecho. En ambos casos la producción normativa se desarrolla en el marco de lo establecido por las normas superiores de rango constitucional. Del hecho de que el juez esté vinculado a aplicar la Constitución y la ley (y cuando tiene dudas sobre la constitucionalidad de esta tiene a su disposición la cuestión de inconstitucionalidad ante el Tribunal Constitucional) no se deriva la imposibilidad de su capacidad productora de Derecho, de la misma manera que tampoco, del hecho de que el legislador actúe en el marco de la Constitución, se deriva la negación de la capacidad productora del Parlamento. Creo que la necesaria concreción del mensaje normativo del legislador que lleva a cabo el juez no excluye la capacidad creadora por parte de éste, que se debe entre otras cosas al espacio interpretativo que el juez encuentra a su disposición. En este sentido, la posición del juez frente a la ley no es del todo diferente a la que ocupa el legislador frente a la Constitución.

Me parece evidente que la reflexión sobre la creación judicial del Derecho exige también una previa consideración sobre el tipo de Ordenamiento a la luz del cual nos tenemos que plantear la cuestión. El discurso sobre una determinada fuente de Derecho, sobre un deter-

minado mecanismo de producción normativa, es algo que no se puede hacer de espaldas a la configuración efectiva de un modelo de Derecho y, añadiría además, con ignorancia del modelo de sociedad en la que ese Derecho está llamado a funcionar. No conviene perder de vista el hecho de que el Derecho es un modelo de organización social mediante la propuesta de modelos de conducta con vocación de efectividad. En este sentido, una teoría de la producción normativa debe estar atenta a las condiciones de efectividad de sus productos resultantes. Sería irrelevante por ello construir una teoría de la producción normativa que propusiera mecanismos de producción y normas que poco o nada tuvieran que ver con la realidad del Derecho²⁴. En todo caso, creo que una reflexión sobre la producción normativa debe presentar un importante grado de contextualización. De lo contrario, corremos el riesgo de teorizar sobre un sistema de producción normativa que no se corresponde con la práctica social. Posiblemente, estamos frente a un episodio de la tensión entre la abstracción, de un lado, y la concreción, de otro, que parece afectar en muchas ocasiones a la Teoría del Derecho.

Ciertamente, y en relación con la cuestión sobre el modelo de Ordenamiento frente al cual nos encontramos, sería una empresa vana e inútil aquella que pretendiera mostrar todos y cada uno de los aspectos de un Derecho tan complejo como el actual. Me detendré en el nivel constitucional, que determina y condiciona el resto del sistema. Los Ordenamientos en los que hoy nos desenvolvemos, aquellos vinculados en general al constitucionalismo democrático, se caracterizan por la primacía de una norma, muy específica y concreta, la Constitución. Creo que la Constitución se puede definir desde el punto de vista formal y desde el material. Estamos, en el aspecto formal, ante una norma que ocupa la máxima posición en la ordenación jerárquica de las normas que forman parte del sistema y que además se caracteriza por su evidente valor normativo, por el hecho de ser directamente aplicable, y por estar especialmente protegida en relación con el resto de decisiones normativas. Desde el punto de vista material, entre otras cosas, la Constitución presenta una formulación abierta en lo que a sus enunciados se refiere. En efecto, una bue-

²⁴ "...aunque ni las disposiciones que enumeran las fuentes del Derecho ni una parte importante de los operadores jurídicos consideran que los jueces crean Derecho, esto parece ser un hecho", DE ASÍS ROIG, R., *Jueces y normas. La decisión judicial desde el Ordenamiento*, cit., p. 281.

de su carácter esencial a la hora de definir un determinado concepto de Derecho. En efecto, gran parte de las más importantes propuestas en relación con la comprensión de lo que el Derecho es centran su atención entre otras cosas en la actividad judicial.

En todo caso, la enumeración de los distintos planteamientos llevada a cabo por Peces-Barba permite observar el hecho de que en el pensamiento jurídico el problema de la creación judicial se ha afrontado en múltiples ocasiones en términos de polarización, a través de la elaboración de modelos en cierta medida extremos, que han hecho las veces de paradigmas enfrentados. Aún a riesgo de simplificar en exceso la cuestión, creo que puede servirnos la identificación de dos grandes paradigmas a los que ha aludido recientemente Alejandro Nieto, al referirse a la cuestión del arbitrio judicial: el paradigma tradicional, de acuerdo con el cual el "ordenamiento jurídico tiene una solución para cada litigio y la actividad judicial, cognitiva, tiene por misión encontrar esa solución"²⁶, y el paradigma renovador, que afirma que "la ley tiene una pluralidad de opiniones correctas y dentro de ellas, el juez, en un acto de voluntad escoge una"²⁷. Por su parte, Aguiló, al analizar la contribución del proceso de aplicación del Derecho a la conformación de éste, ha aludido a dos posiciones teóricas: el judicialismo extremo, que se caracteriza por "el escepticismo frente a las normas jurídicas como guías de conducta, de forma que las decisiones judiciales sólo resultan aplicables en términos de actos de voluntad"; y el deductivismo extremo, apoyado en la consideración de que "el Derecho objetivo es completo y cerrado, de forma que suministra todos los criterios necesarios para resolver todos los casos posibles"²⁸.

La Filosofía del Derecho se ha esforzado a la hora de sintetizar y describir los modelos a los que estamos haciendo referencia, si bien desde distintas perspectivas, con una mayor o menor intensidad en la

²⁶ De acuerdo con esta caracterización, Dworkin, si bien no concibe la actividad judicial vinculada al desarrollo de un silogismo, podría formar parte del paradigma tradicional.

²⁷ Vid. NIETO, A., *El arbitrio judicial*, cit., p. 28.

²⁸ AGUILÓ REGLA, J., *Teoría general de las fuentes del Derecho (y del orden jurídico)*, Barcelona, Ariel, 2000, p. 103. Como señala Aguiló, creo que de manera acertada, en ambos casos, si bien a través de razonamientos diferentes, se llega a la misma conclusión, consistente en la afirmación de la superfluidad de la justificación de la decisión contenida en la sentencia. En el primer caso, la justificación es imposible, ya que la decisión es una cuestión de voluntad; en el segundo, es inútil, desde el momento en que el sentido de la decisión judicial es algo que preexiste a la misma, contenido en el Ordenamiento.

caracterización de los mismos, y resaltando diferentes rasgos. Y ello, en ocasiones a través de la propuestas de figuras o representaciones, que si bien pueden llegar a ser extremas (juez técnico *versus* juez-político)²⁹, por una parte adquieren significado desde el momento en que tienen un evidente valor simbólico y, de otra, han influido e influyen en la (pre)comprensión que los juristas podemos tener de la actividad judicial. Podemos recordar algunos ejemplos.

Herbert Hart, intentó analizar las diferentes concepciones generales del Derecho desarrolladas en Norteamérica, es decir en un contexto muy influido por la atención que se presta al proceso judicial. Identificó, en este sentido, dos posiciones extremas, la de la Pesadilla y la del Noble Sueño. La Pesadilla, afirma que aunque las partes que intervienen en un proceso pretendan que el caso se resuelva de acuerdo con un Derecho preexistente, no creado por el juez, en realidad, "a pesar de pretender lo contrario, los jueces crean el derecho que aplican a los litigantes y no son imparciales y objetivos promulgadores del derecho existente"³⁰. Por su parte, la teoría del Noble Sueño expresa, señala Hart, "la fe, en que, a pesar de la apariencia superficial de lo contrario y a pesar, incluso, de completos periodos de aberraciones y equivocaciones judiciales, todavía se puede ofrecer una explicación y una justificación de la expectativa común de los litigantes, de acuerdo a la cual los jueces deben aplicar a sus casos el derecho existente y no hacer para ellos leyes nuevas aun cuando el texto de las provisiones constitucionales específicas, disposiciones legislativas u otros precedentes disponibles parezca no ofrecer una guía determinada"³¹. Es precisamente ese juez Hércules en el que piensa Dworkin el que va a tener la suficiente capacidad jurídica, moral y política que le posibilita encontrar siempre en el Derecho la única respuesta correcta aplicable al caso.

Por su parte, Francois Ost, se ha referido al modelo del juez Júpiter y al del juez Hércules, entendiendo por tales "dos figuras extremas de la juridicidad"³², que son expresión a su vez de distintas con-

²⁹ Vid. RUIZ MIGUEL, A. "Creación y aplicación en la decisión judicial", en *Anuario de Filosofía del Derecho*, 1984, pp. 19-23.

³⁰ HART, H. L. A., "Una mirada inglesa a la teoría del Derecho norteamericana: la pesadilla y el noble sueño", en CASANOVAS, R; MORESO, J. J., (eds.), *El ámbito de lo jurídico*, Barcelona, Crítica, 1994, p. 331.

³¹ HART, H. L. A., "Una mirada inglesa a la teoría del Derecho norteamericana: la pesadilla y el noble sueño", cit., p. 336

³² OST, E, "Júpiter, Hércules, Hermes: tres modelos de juez", *enflata*, 14, 1993, p. 170.

cepciones del Derecho. El juez Júpiter tiene mucho que ver con lo que Ost denomina "el modelo jurídico clásico", "el modelo del Derecho codificado" basado en cuatro tesis principales: 1) el monismo jurídico; 2) el monismo político o de la soberanía estatal; 3) una concepción de la racionalidad deductiva y lineal: "Las soluciones particulares son deducidas de reglas generales, derivadas ellas mismas de principios todavía más generales siguiendo inferencias lineales y jerarquizadas. El argumento fuerte de la controversia jurídica no es otro que la invocación, en apoyo de la interpretación que se sostiene, de la racionalidad del legislador, garante jupiterino de la coherencia lógica y de la armonía ideológica del sistema"³³; y 4) una concepción del tiempo orientado hacia un futuro controlado: "... la empresa de la codificación descansa sobre la creencia, eminentemente moderna, del progreso de la historia: la idea de que la ley -anticipando un estado de cosas posible y considerado preferible- puede hacer llegar un provenir mejor"³⁴. El juez Hércules se identifica con lo que Ost considera el "juez -asistencial" que "está presente en todos los frentes, decide e incluso aplica normas como lo hacía su antecesor [el juez Júpiter], que se amparaba en la sombra del código; pero también lleva a cabo otros trabajos. En el precontencioso aconseja, orienta, previene; en el postcontencioso sigue la evolución del dos-sier, adapta sus decisiones al grado de circunstancias y necesidades, controla la aplicación de las penas. El juez jupiterino era un hombre de ley; respecto a él, Hércules se desdobra en un ingeniero social"³⁵.

También Massimo La Torre, en un intento de análisis de las tradiciones conceptuales sobre el Poder judicial en el ámbito de la cultura jurídica de la Europa continental, se ha referido al "juez de los franceses" frente al "juez de los alemanes"³⁶, aludiendo en el primer caso en el modelo de juez descrito por Montesquieu en el Libro XI de *El Espíritu de las Leyes* y que llega hasta Carré de Malberg, mientras que en el segundo caso el juez se presenta como "garante de la tradición, de la constitución antigua (en ocasiones considerada "milénaria"), o bien de la inmovilidad de la estructura política y social"³⁷, en un con-

³³ OST, R, "Júpiter, Hércules, Hermes: tres modelos de juez", cit., p. 175.

³⁴ *Ibidem*.

³⁵ OST, R, "Júpiter, Hércules, Hermes: tres modelos de juez", cit., p. 177.

³⁶ Vid. LA TORRE, M., "Il potere ambiguo. La figura del giudice tra due tradizioni", en LA TORRE, M., *Il giudice, l'avvocato e il concetto di diritto*, Rubbettino, Soveria Mannelli, 2002, pp. 10yss.

³⁷ *Ibidem*., p. 35.

texto en el que, desconfiando respecto de la posición del producto del legislador en el sistema de fuentes, se reivindica el valor del Derecho elaborado a partir de la reflexión que tiene lugar en la Academia, del "Derecho romano actual" al que se refiere Savigny.

Pues bien, creo que es posible identificar un modelo o paradigma clásico en relación con la función judicial, que es el que, como después intentaré mostrar, tiene mucho que ver con el modelo asumido por el artículo 1.1 del Código Civil. Me parece evidente que, de acuerdo con el paradigma tradicional, la caracterización del juez está estrechamente relacionada con una determinada comprensión del legislador y del Ordenamiento jurídico³⁸. Estamos frente a un legislador del que se predica racionalidad, e incluso perfección. Es un legislador con una capacidad omnisciente en relación con la identificación de los intereses en juego y las necesidades a las que hay que responder a la hora de dictar la ley, y al mismo tiempo con unas cualidades técnicas y políticas que aseguran que la decisión normativa que toma es la mejor y más ajustada. Este legislador es el teorizado por el liberalismo decimonónico y es el que habita un Parlamento comprendido como cámara de resonancia transparente y fiel de las inquietudes y de los problemas sociales. Aunque este no es el momento de detenerse en el análisis de las contradicciones de la propuesta político-jurídica del liberalismo originario, sí debemos reconocer que es este legislador en el que está pensando Portalís cuando redacta el Discurso Preliminar al Código Civil francés de 1804, al firmar que "el legislador ejerce menos una autoridad que un sacerdocio"³⁹.

Son muchas las razones, y los datos, que apoyan la afirmación de la inexistencia actual de este legislador y de este Parlamento. La caracterización de este legislador nos lo presenta con unas cualidades casi suprahumanas y desinteresadas que lo distancian de manera evidente respecto del legislador con el que hoy nos encontramos. Además la capacidad del Parlamento para constituir un fiel reflejo

³⁸ Vid. PRIETO SANCHIS, L., "Del mito a la decadencia de la ley. La ley en el Estado constitucional", en PRIETO SANCHIS, L., *Ley, principios, derechos*, Madrid, Dykin-son, 1998, en especial pp. 5-17.

⁹ PORTALÍS, Jean Etienne Marie, *Discurso Preliminar al Código Civil Francés*, Madrid, Cívitas, 197, p. 32. [Intr. y trad., de I. Cremades y L. Gutierrez-Masson] Sobre el modelo ilustrado de legislador y de legislación pueden consultarse: ZAPATERO, V., "El club de los nomófilos", en *Cuadernos de Derecho Público*, n° 3, 1998, pp. 61-94.; DE LUCAS, J., "La ley como instrumento de certeza en la Revolución de 1789. El modelo del *Code Napoléon*", en *Anuario de Filosofía del Derecho*, VI, 1989.

del contexto social se encuentra en la actualidad dificultada por la configuración compleja y diversa de las sociedades contemporáneas. En todo caso, es evidente que el modelo al que nos estamos refiriendo está a su vez asociado con una determinada idea del Ordenamiento, como no podía ser de otra manera. Ese excelso legislador va a producir un conjunto de normas claras, evidentes y sencillas en su interpretación, bien ordenado internamente, y por tanto carente de lagunas y contradicciones. Junto a la constatación de la inexistencia actual de este tipo de Ordenamiento, cabría preguntarse si en realidad este modelo ha tenido en alguna ocasión una auténtica plasma-ción práctica.

El modelo se caracteriza, por tanto, entre otras cosas, por una exaltación de la ley y por una neta separación entre la función del legislador, de un lado, y la del juez, de otro. Así, en el citado Discurso de Portalís, observamos un explícito reconocimiento de las virtudes de la ley: "Unas buenas leyes civiles son el mayor bien que los hombres pueden dar y recibir; son la fuente de las costumbres, *elpalladiwn* de la propiedad y la garantía de toda paz pública y particular: si bien no fundan el gobierno, lo mantienen; moderan el poder y contribuyen a hacerlo respetar, como si fuera la justicia misma"⁴⁰. Junto a eso, el oficio de la ley es el de "fijar, con amplitud de miras, las máximas generales del derecho... (mientras que) corresponde al magistrado y al jurisconsulto, penetrados del espíritu general de las leyes, dirigir su aplicación"⁴¹. Es interesante recordar también que Portalís distingue dos tipos de interpretación: la interpretación por vía de doctrina y la interpretación por vía de autoridad⁴². La primera es la que corresponde al juez, y consiste "en captar el verdadero sentido de las leyes, en aplicarlas con discernimiento y en suplirlas en los casos que no han regulado. Sin esta clase de interpretación, ¿podría concebirse la posibilidad de cumplir con el oficio de juez?". La segunda, "consiste en resolver las preguntas y las dudas, por vía de reglamentos o disposiciones generales. Este modo de interpretación es el único que le está prohibido al juez". De lo cual se derivan dos observaciones. Por una parte, el hecho de que los jueces tengan que suplir la ley en aque-

⁴⁰ PORTALIS, Jean Etienne Marie, *Discurso Preliminar al Código Civil Francés*, cit., p. 31.

⁴¹ PORTALIS, Jean Etienne Marie, *Discurso Preliminar al Código Civil Francés*, cit., p. 36.

⁴² *Ibíd.*, p. 42.

los casos no regulados, no se considera auténtica creación del Derecho. Por otra, aquella interpretación que implica creación del Derecho, es decir a través de normas generales, le está vedada la juez. En esos casos, el juez debe recurrir a la costumbre y en último lugar a la equidad, lo cual no supone ofrecer una posibilidad a la creatividad del juez, ya que éste se encuentra condicionado por la ley natural: "Cuando la ley es clara, hay que seguirla; cuando es oscura, hay que profundizar en sus disposiciones. Si se carece de ley, hay que consultar la costumbre o la equidad. La equidad es el retorno a la ley natural, en silencio, contradicción u oscuridad de las leyes positivas"⁴³.

Estamos en definitiva frente a un modelo que refleja la desconfianza hacia el juez, que es entendido como "juez funcionario"⁴⁴. Y que tiene un referente normativo cuando en la Constitución Francesa de 3 de septiembre de 1791 se señala que "No hay en Francia autoridad superior a la de la ley". Creo que García de Enterría ha sintetizado claramente este planteamiento: "La idea originaria, para embridar la antigua libertad del juez y someterle a su función estricta de particularización de la Ley es, pues, que no existe Derecho al margen de la Ley, que en la Ley y nada más que en ella debe buscarse y encontrarse la solución para resolver cualquier problema jurídico que pueda plantearse"⁴⁵; "...todo el Derecho debe encerrarse en Leyes, los jueces deben limitarse a inquirir de la Ley la solución debida, fuera de la Ley no hay criterios jurídicamente válidos"⁴⁶.

En todo caso, el modelo que estamos comentando no asume la importancia que puede tener la importancia de problemas de interpretación, de prueba, de relevancia y de calificación, a los que se ha

⁴³ PORTALIS, Jean Etienne Marie, "Discurso Preliminar al Código Civil Francés", cit., p. 43.

⁴⁴ Vid. GARCÍA PASCUAL, C, *Legitimidad democrática y Poder judicial*, Valencia, Edicions Alfons el Magnánim, 1997, pp. 67 y ss.

⁴⁵ GARCÍA DE ENTERRÍA, E., "La democracia y el lugar de la ley", cit., p. 87.

⁴⁶ *Ibidem.*, p. 88. Ignacio de OTTO se ha referido al significado de la exaltación de la ley en la teoría constitucional de la Revolución Francesa en OTTO, IGNACIO DE., "La sujeción del juez al Ordenamiento jurídico", en OTTO, IGNACIO DE., *Estudios sobre el Poder judicial*, Madrid, Ministerio de Justicia, Secretaría General Técnica, Centro de Publicaciones, 1989, pp. 67-68: "...la proclamación del imperio de la ley, y sólo de ella, significa que el juez no está sometido más que al derecho positivo creado en forma de ley, con exclusión en concreto del derecho judicial y del que pueda resultar de cualquier ideología iusnaturalista. (...) Proclamar la soberanía de la ley tan sólo no significa entonces excluir otras fuentes del derecho que aún no tienen entidad para ser consideradas, sino excluir la aplicación de otros conjuntos normativos en pugna con los cuales se afirma entonces el derecho positivo: el derecho judicial y del derecho natural".

referido Neil MacCormick⁴⁷; problemas con los que es normal que se encuentre el juez y que demuestran la insuficiencia y los límites de la justificación deductiva; de la misma manera que tampoco parece fácilmente compatible con la distinción entre textos legislativos o enunciados - de un lado- y normas -de otro-⁴⁸ y que asume, adoptando un concepto amplio de interpretación que "la interpretación tiene por objeto no ya normas, sino textos. Interpretar es decidir el significado de un texto legislativo. Por tanto interpretar es producir una norma. Por definición, las normas son producidas por los intérpretes"⁴⁹.

Este modelo contrasta con otro, en cuyo desarrollo no nos vamos a detener, que es el del juez que adquiere un mayor protagonismo en sus decisiones. Este protagonismo se puede explicar, en función de las diversas propuestas teóricas, de acuerdo con varias razones. La insuficiencia del Ordenamiento a la hora de ofrecer una respuesta al caso sobre el que el juez tiene que decidir, la necesidad de ofrecer una solución correcta, en el sentido de justa, al caso, o la responsabilidad política que se arroga el juez y que le lleva a efectuar una relectura (que en ocasiones se ha pretendido alternativa) del Derecho, son alguna de ellas.

Me parece que, precisamente, la cuestión de la responsabilidad del juez constituye uno de los elementos diferenciadores de los dos modelos a los que se acaba de aludir. Aunque luego intentaré volver sobre este punto, me limitaré [a] señalar ahora que en el primer caso estamos ante un juez irresponsable. Esta irresponsabilidad deriva de que, en el modelo, la responsabilidad de la decisión normativa se atribuye en exclusiva al legislador, respecto del cual el juez actúa como correa de transmisión entre su parecer y la realidad del caso concreto. En el segundo modelo, el juez, en directa proporción al protagonismo adquirido, se presenta con un mayor grado de responsabilidad -jurídica y política-, respecto a la decisión tomada.

⁴⁷ Vid. MACCORMICK, N., *Legal Reasoning and Legal Theory*, Oxford, Oxford University Press, 1978.

⁴⁸ Vid. GUASTINI, R., *Dalle fonti alie norme*, Torino, Giappichelli, 1990, pp. 16-18.

⁴⁹ GUASTINI, R., *Dalle fonti alie norme*, cit., p. 87. Como es sabido, Guastini con trapone este concepto de interpretación a otro restringido, según el cual "todo texto o fragmento de texto expresa una norma. Tal norma puede ser, según los casos, clara y precisa o bien oscura y vaga, pero es sin embargo una norma preexistente a la actividad interpretativa: la interpretación tiene por objeto normas".

4. EL ARTÍCULO 1 DEL CÓDIGO CIVIL

Pues bien, de lo que se trata a continuación es de analizar críticamente el sistema de fuentes determinado en el Código Civil. Pretendo efectuar un análisis del mismo teniendo en cuenta las reflexiones precedentes.

El artículo 1.1 del Código Civil afirma: "Las fuentes del ordenamiento jurídico español son la ley, la costumbre y los principios generales del derecho". Más adelante, en el artículo 1.6 se señala que "La jurisprudencia complementará el ordenamiento jurídico con la doctrina que, de modo reiterado, establezca el Tribunal Supremo al interpretar y aplicar la ley, la costumbre y los principios generales del derecho". Me gustaría que la reflexión girara en torno a algunas cuestiones: ¿cuál es la posición que la jurisprudencia ocupa en el sistema de fuentes?, ¿el sistema de fuentes, tal y como está diseñado en los artículos de referencia, representa la realidad del Ordenamiento?

Creo, en este sentido, que de la lectura de las dos normas citadas se deduce una contradicción con una comprensión de la producción normativa que propone -en resumidas cuentas- la coexistencia del Derecho de origen legal y del Derecho de origen judicial. Estamos en presencia de las dos grandes vías de entrada de la normatividad en el Ordenamiento. Pero coexistencia no debe ser entendida como paralelismo y aún menos como independencia respectiva. Por el contrario, la coexistencia implica la subordinación del Derecho de origen judicial al Derecho de origen legal. Esa subordinación es al mismo tiempo compatible con el reconocimiento de la capacidad que de hecho tiene el juez de introducir normas en el Ordenamiento. Lo anterior no quiere decir que los jueces puedan introducir normas *ex novo* sin ningún tipo de sometimiento a las normas que deben aplicar y a aquellas que les atribuyen competencia. Es en este punto en el que en mi opinión conviene recordar la diferencia entre dos cuestiones cuya incorrecta comprensión dificulta el discurso sobre la creación judicial del Derecho. Me refiero a la distinción entre la afirmación de que los jueces crean normas nuevas, y aquella otra según la cual los jueces crean normas⁵⁰. Los jueces crean normas en el sentido señalado por Peces-Barba: "Todos los jueces crean Derecho, al resolver una pretensión sometida a su conocimiento, con arreglo a las normas de organización de un Ordenamiento jurídico. Esta afirmación supone que antes de la

⁵⁰ Vid. DE ASÍS ROIG, R., *Jueces y normas. La decisión judicial desde el Ordenamiento*, cit., p. 90.

sentencia no existe en el Ordenamiento ese mandato establecido por la misma, es decir que una sentencia es una norma singular, que desarrolla y prolonga el Ordenamiento jurídico que no está sólo formado por normas generales"⁵¹. La novedad de las normas creadas por los jueces debe ser entendida en el marco de un proceso interpretativo y aplicativo al final del cual la decisión judicial se configura como un mandato específico en relación con las circunstancias del caso concreto. Es en este sentido en el que debe ser interpretada la novedad que aporta la producción normativa judicial. Ir más allá puede conducir a la aceptación de la desvinculación del juez respecto al Ordenamiento.

De la lectura del artículo 1 del Código Civil se puede derivar -en mi opinión sin grandes esfuerzos, y sin forzar el sentido del mismo-, una concepción de las fuentes del Derecho en la que la jurisprudencia ocupa una posición subordinada a la ley, pero también a la costumbre y a los principios generales del Derecho. Se dice en el art. 1.6 que la jurisprudencia "complementará" el ordenamiento jurídico.... Sabemos que "complementar" es dar complemento a algo y que "complemento" es "cosa, cualidad o circunstancia que se añade a otra para hacerla íntegra o perfecta", y también "integridad, perfección, plenitud a que llega algo". De acuerdo con esto, parecería evidente que la jurisprudencia contribuye a configurar el sistema de fuentes, que como tal, sería incompleto si no la incluyera. Si esta interpretación es correcta, -si la jurisprudencia contribuye a integrar o perfeccionar el sistema- entonces estaríamos frente a una contradicción con lo que establece el propio legislador en la Exposición de motivos del Decreto 1836/1974 que reformó el Título Preliminar del Código Civil, al señalar que la jurisprudencia, si bien complementa el Ordenamiento, no es incluida en el sistema de fuentes⁵². Pero lo

⁵¹ PECES-BARBA, G., "La creación judicial del Derecho desde la teoría del Ordenamiento jurídico", cit., p. 1026.

⁵² En efecto, en la exposición de motivos del Decreto 1836/1974 de 31 de mayo por el que se sanciona con fuerza de ley el Texto Articulado del Título Preliminar del Código Civil, se afirma que el Título Preliminar, "se inicia por comprensibles razones de importancia y prioridad con la regulación concerniente a las fuentes del ordenamiento jurídico, las cuales aparecen configuradas con ese alcance y significado, en vez de aludir indirectamente a ellas a propósito de la aplicación de las normas por los Tribunales, como lo hacía el precedente artículo 6. Con el carácter de fuentes se enuncian de manera jerárquica la ley, la costumbre y los principios generales del Derecho. Cambia, pues, el emplazamiento y el modo de formulación aunque no el criterio inspirador, si bien se introducen algunas variaciones. La primacía de la ley resulta tanto de su proclamado valor de fuente de primer grado como de la declarada falta de validez de las disposiciones de rango inferior contradictorias con otras de rango superior.

que me interesa subrayar es precisamente que la jurisprudencia complementa, sí, pero al interpretar y aplicar la ley, la costumbre y los principios generales del Derecho. Creo que de ello se deriva una posición subordinada, como acabo de señalar, a la ley, a la costumbre y a los principios generales del Derecho. Lo primero no es en absoluto problemático. Es más, es un requisito tanto del imperio de la ley y de la seguridad jurídica (que exige entre otras cosas el respeto al principio de jerarquía normativa), como de una concepción del Derecho respetuosa con la consideración de la ley como expresión de la soberanía popular. Cosa diferente es lo que se refiere a la costumbre y a los principios generales del Derecho. En relación con la costumbre, es evidente que posee una innegable naturaleza normativa. La costumbre, allá donde existe como modelo de comportamiento en relación con el cual existe una conciencia de su obligatoriedad, tiene ese valor normativo al que se acaba de aludir. Pero parece conveniente recordar en este punto la diferencia entre lo meramente normativo y lo normativo jurídico. No todo lo normativo lo es desde el punto de vista del Derecho⁵³. El Derecho es

La costumbre -ampliada al no circunscribirla a la del lugar y al conferir el valor de costumbre a los usos jurídicos no meramente interpretativos- no sólo desempeña el cometido de fuente en defecto de ley aplicable, siempre que no contradiga los módulos generales esencialmente delimitativos de la licitud constituidos por la moral y el orden público, y que resulte probada. Los principios generales del derecho actúan como fuente subsidiaria respecto de las anteriores; pero además de desempeñar ese cometido, único en el que cumplen la función autónoma de fuente del derecho, pueden tener un significado informador de la Ley o de la costumbre.

Como complemento de la regulación directamente referida a las fuentes del derecho han de considerarse los preceptos sobre los Tratados Internacionales y Jurisprudencia.

En orden a los tratados, la exigencia de la Ley de Bases de que las normas jurídicas contenidas en los mismos para ser de aplicación directa en España han de haber pasado a formar parte de la legislación interna española, se estima cumplida cuando son publicados en el *Boletín Oficial del Estado*.

A la Jurisprudencia, sin incluirla entre las fuentes, se le reconoce la misión de complementar el ordenamiento jurídico. En efecto, la tarea de interpretar y aplicar las normas en contacto con las realidades de la vida y los conflictos de intereses da lugar a la formulación por el Tribunal Supremo de criterios que si no entrañan la elaboración de normas en sentido propio y pleno, contienen desarrollos singularmente autorizados y dignos, con su reiteración, de adquirir cierta trascendencia normativa.

Sólo establecidas tan fundamentales precisiones acerca de lo que ha de reconocerse con entidad de derecho adquiere cabal sentido y justificación el deber inexcusable de los Jueces y Tribunales de resolver cuantos asuntos se les sometan."

⁵³ J. AGUILÓ se refiere a la cuestión en términos de diferencia entre reglas sociales y reglas jurídicas en AGUILÓ, J. *Teoría general de las fuentes del Derecho (y del orden jurídico)*, cit, p. 88.

un sistema normativo que coexiste con otros sistemas normativos -como la misma costumbre o la moral- en un contexto social. Pero cuando nos planteamos el problema de la creación del Derecho y de los elementos que integran un sistema jurídico, la normatividad que nos importa es la normatividad jurídica, es decir la predicable de modelos de conducta a los que el Poder político institucionalizado les presta su reconocimiento y su apoyo y respecto de los cuales está dispuesto a poner en marcha su capacidad coactiva para lograr su cumplimiento o su eficacia. La cuestión que surge es entonces la de si esa capacidad coactiva acompaña a una costumbre sin más o si por el contrario hace falta algo más. O planteando la cuestión en otros términos: ¿la violación de una costumbre supone una violación del Derecho de la misma manera que lo es el incumplimiento de una ley o, por el contrario, hace falta un requisito posterior? Creo que el artículo 1.3 nos ofrece la solución al respecto. Allí se afirma que "la costumbre sólo regirá en defecto de ley aplicable, siempre que no sea contraria a la moral o al orden público y *que resulte probada*"⁵⁴. Con ello, se está imponiendo en relación con la costumbre una exigencia específica, que es la de resultar probada. Esta prueba tiene dos grandes dimensiones. En primer lugar, se debe demostrar la existencia de esa costumbre como regla social, es decir, la existencia de su dimensión normativa. En segundo lugar, hay que demostrar la capacidad de esa regla social para formar parte del mundo del Derecho, lo cual exige superar el test de la consistencia (compatibilidad lógica con el resto de las normas del sistema) y el test de la coherencia (compatibilidad con los principios y valores del sistema, entendido como unidad práctica)⁵⁵. Y, ¿ante quién debe resultar probada? Pues parece lógico pensar que ante el órgano judicial encargado de dirimir un conflicto en relación con el incumplimiento de una costumbre. Si ello es así, parecería razonable afirmar que, en relación con la costumbre, no rige el principio según el cual el juez tiene la obligación de conocer el Derecho y de aplicarlo. De esta manera, tendríamos una razón a favor de la consideración de que la costumbre debe esperar, para *ingresar en el mundo del Derecho*, al reconocimiento que de su valor normativo y de sus efectos vinculantes hace el juez o el legislador en su

⁵⁴ Nótese que las exigencias de respeto a la moral y al orden público no se predicán de la ley.

⁵⁵ Vid. AGUILÓ, J., *Teoría general de las fuentes del Derecho (y del orden jurídico)*, cit.pp. 95-97.

caso. Es en ese momento, en el momento en el que el juez toma una decisión asumiendo el valor normativo de la costumbre en el caso concreto, cuando esa normatividad deja de ser mera normatividad para pasar a ser normatividad jurídica. Normatividad jurídica que también se consolida cuando el legislador conoce el modelo de comportamiento que se manifiesta en la costumbre y lo integra en el contenido de la ley. En estos dos casos, la costumbre adquiere fuerza jurídica, que se suma a aquella normatividad que ya poseía, cuando es reconocida o bien por el juez o bien por el legislador. Es decir, la costumbre ha entrado en el mundo el Derecho través del Derecho judicial o a través del Derecho legal.

Estas dos vías también son de necesario tránsito por parte de los principios generales del Derecho para adquirir valor jurídico. No es este el momento de detenerse en la cuestión referida a la compleja conceptualización e identificación de los mismos, denunciada por diversos autores⁵⁶. En todo caso, podemos asumir que los principios generales del Derecho pueden ser explícitos o implícitos. En el primer caso, estamos en presencia de contenidos normativos que forman parte de aquella norma que los enuncia. Por lo tanto, en este caso, los principios, como fuente del Derecho, carecerían de autonomía respecto a aquella norma que los incluyera. En el segundo caso, los principios implícitos adquieren operatividad jurídica a raíz de la actividad del operador jurídico, el juez, que toma una determinada decisión.

Es cierto que tanto en el caso de la costumbre como en el de los principios generales del Derecho podría argumentarse que, en realidad, la relación con la decisión del juez que se acaba de presentar no es la correcta, ya que en realidad, lo que ocurre no es que sean fuentes del Derecho a partir de su reconocimiento en la decisión que se toma, sino que son fuentes del Derecho precisamente porque han sido tomadas como referencia por el juez para tomar una decisión. Si ello fuera así, 1) estaríamos ampliando de manera importante el campo de las fuentes del Derecho desde el momento en que sería

Vid. entre otros, IGARTUA SALAVERRIA, J., "Principios y «positivismo jurídico»", en *Revista Vasca de Administración Pública*, nº 14, 1986, pp. 25 y ss.; PRIETO SAN-CHIS, L., *Sobre principios y normas. Problemas del razonamiento jurídico*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1992; ATIENZA, M.; RUIZ MAÑERO, J., *Las piezas del trecho. Teoría de los enunciados jurídicos*, Barcelona, Ariel, 1996, pp. 1-25; PÉREZ LU-- A. E., "Los principios generales del Derecho: ¿un mito jurídico?", en *Revista de Estudios Políticos*, nº 98, 1997, pp. 9 y ss.

realmente difícil identificar las auténticas fuentes del Derecho diferenciándolas de otros criterios normativos que el juez utiliza en su razonamiento y que no son auténticas fuentes; a no ser que asumiéramos que todos esos criterios, por el mero hecho de estar presentes en ese razonamiento, son fuentes del Derecho. Es evidente, en este sentido, que el problema de las fuentes es, no de manera exclusiva pero sí importante, el problema de los límites de Derecho. 2) También cabría la posibilidad de afirmar que el juez, si bien opera con normas, no las produce, negando así lisa y llanamente que la jurisprudencia sea fuente de Derecho.

Me interesa efectuar algunas observaciones más. En primer lugar, la alusión que el artículo 1.6 hace al Tribunal Supremo tiene un efecto claramente restrictivo en relación con la consideración de la jurisprudencia⁵⁷. En este sentido, la capacidad creadora de Derecho es algo no solamente predicable de los órganos superiores, sino de todos los jueces y tribunales cuando toman decisiones normativas aplicables a casos concretos.

En segundo lugar, quiero aludir a la referencia que se hace en ese artículo a la interpretación y aplicación del Derecho por parte del Tribunal Supremo. De la lectura del artículo parece que se puede desprender una rígida separación entre la creación del Derecho, que corresponde a las fuentes, de un lado, y la interpretación y aplicación del mismo, de otro, que corresponde al Poder judicial. Creo que esta interpretación del artículo, aunque ciertamente respaldada por la literalidad de los términos que se utilizan, implica una forzada separación entre dos procesos (el de creación, de un lado, y el de interpretación-aplicación, de otro), y que nos recuerda a aquella comprensión de la función del juez como meramente aplicadora del Derecho hasta el punto de prohibir la labor hermenéutica por su parte. Recordemos en este sentido que el legislador revolucionario francés, en la Ley de Organización Judicial de 16-24 de agosto de 1790 afirma que los tribunales "no podrán hacer reglamentos y se dirigirán al Cuerpo Legislativo todas las veces que lo crean necesario, bien para interpretar una Ley, bien para hacer una nueva"⁵⁸. Estamos frente a la institución del *référé législatif*, que ha caracterizado la comprensión revolucionaria de las

⁵⁷ Vid. DE ASÍS ROIG, R., *Jueces y normas. La decisión judicial desde el Ordenamiento*, cit., pp. 96-97.

⁵⁸ Tomo la referencia de GARCÍA DE ENTERRIA, E., "La democracia y el lugar de la ley", cit., p. 86.

fuentes del Derecho y que, de una parte, bien puede ser presentada como la sublimación de la desconfianza del poder legislativo respecto de la actividad del Poder judicial⁵⁹; de otra, implica el intento de separar no sólo desde el punto de vista teórico sino también práctico, la creación, la interpretación y la aplicación del Derecho⁶⁰.

Más allá del error en que se cae cuando se asimila toda la interpretación y aplicación del Derecho a la interpretación y aplicación judicial (error similar a aquel en el que se incurre cuando se vincula toda la creación del Derecho al legislador), la creación, la interpretación y la aplicación del Derecho no constituyen procesos diferenciados (volvemos a Kelsen). Con la excepción de la norma superior de un Ordenamiento, la existencia de cualquier norma implica un caso de creación, de interpretación y de aplicación del Derecho. No es el juez el único que interpreta y aplica el Derecho. En realidad, podría afirmarse que cualquier caso de actuación de acuerdo con el Derecho supone interpretación y aplicación en sentido amplio. Pero si pensamos en casos concretos, podemos señalar que la creación de una ley, por ejemplo, supone aplicación de la Constitución e interpretación de la misma. Y lo mismo se puede decir de un reglamento en relación con la ley; en definitiva, de cualquier norma inferior en relación con la superior.

5. EL JUEZ Y EL LEGISLADOR. EL CONTROL DE LA ACTIVIDAD JUDICIAL

El reconocimiento de la capacidad creadora por parte del juez nos sitúa frente a dos cuestiones. En primer lugar, la referida a su di-

⁵⁹ Cristina GARCÍA PASCUAL ha indagado en las raíces del *refere legislatif* en el pensamiento jurídico ilustrado, principalmente en Montesquieu y Voltaire, en GARCÍA PASCUAL, CRISTINA., *Legitimidad democrática y Poder judicial*, cit., pp. 67-81.

⁶⁰ Ignacio DE OTTO señaló la contradicción que se produce entre la articulación de esta institución y la negación del valor normativo de la interpretación, sobre la que se asienta: "Según la ley francesa de 1790, cuando los jueces considerasen necesaria la interpretación de la ley por dudar de su sentido debían dirigirse al Cuerpo legislativo para que éste resolviese la dificultad (sistema del *refere legislatif*): de este modo el reconocimiento implícito de la falsedad del punto de vista teórico -admitir la necesidad de la interpretación significa reconocer que la ley no aporta de modo inequívoco la premisa mayor de la decisión- va acompañado de un mecanismo que asegura la función meramente aplicativa del juez, pues la interpretación se confía al propio soberano del que emana la norma de aplicar; con ello se venía a reconocer también el valor normativo de la interpretación, pues esa es la razón de que la reservase al soberano mismo", OTTO, IGNACIO DE., "La función jurisdiccional", cit., p. 42.

ferenciación respecto de la posición y del papel que desempeña el legislador; en segundo lugar, la referida al control de su actividad. Sabido es que uno de los rasgos de la democracia es la existencia de un sistema de articulación de la responsabilidad de los sujetos con capacidad normativa. Esa responsabilidad se articula de diferente manera en función del operador jurídico en el que estemos pensando, y en función de la posición que aquel ocupe en el entramado político-constitucional.

En efecto, la afirmación de que los jueces crean Derecho puede hacer saltar las alarmas a quienes defiendan una rígida concepción de la separación de poderes, apoyada en una atribución en exclusiva al legislador de la capacidad normativa. Sin embargo, es posible que la posición del juez en el Ordenamiento y los rasgos que caracterizan su actividad ofrezcan argumentos a favor de la matización de esa rígida concepción. Creo que se pueden formular algunas observaciones al respecto.

Qué duda cabe de que un determinado esquema de producción normativa está ciertamente condicionado por un modelo de Filosofía Política, y que en este sentido es necesario interpretar la teoría de la producción normativa a la luz de las exigencias de una determinada teoría de la democracia. La posición que el legislador ocupa en un esquema democrático de producción normativa está apoyada por su específica vinculación con el titular de la soberanía popular, el Pueblo. Es esa específica vinculación la que determina la posición de primacía que ocupa el legislador y que no puede ser igualada por el juez. Y es que el hecho de que el juez innove a través de su actividad el Ordenamiento no significa que tenga la habilitación para llevar a cabo una producción normativa paralela a la realizada por el legislador. La capacidad normativa del juez no determina un mayor o menor grado de vinculación a la ley. Es esta vinculación la que determina la posición institucional del juez y la que da sentido a su actividad en el marco de las exigencias del imperio de la ley. La vinculación del juez a la norma dictada por el legislador es algo derivado de la estructura institucional del sistema y de los criterios de legitimación aplicables a su actividad. Por tanto, la afirmación de la capacidad creadora por parte del juez no entra en necesaria colisión con su carácter vinculado. El carácter limitado y vinculado a la ley (al Derecho) es un rasgo compartido por el juez con el legislador y con el resto de centros de producción normativa⁶¹.

⁶¹ Vid. PRIETO SANCHIS, L., *Ideología e interpretación jurídica*, cit., pp. 110-111.

A partir de lo anterior podría pensarse que desde el momento en que juez y legislador crean Derecho, y en ambos casos en el marco de las exigencias del imperio de la ley las diferencias entre creación y aplicación, entre legislación y jurisdicción, tienden a difuminarse. No creo que sea así. Sí es cierto que de alguna manera una tajante diferenciación entre creación y aplicación del Derecho puede ser mantenida a duras penas, pero también lo es que las diferencias entre juez y legislador subsisten, y pueden ser analizadas desde diferentes perspectivas. Así, por ejemplo, existen diferencias en relación con el ejercicio de la actividad normativa respectiva⁶², que en el caso del legislador es a instancia propia, no limitada al ejercicio puntual de la competencia, no vinculada por un deber de coherencia hacia el pasado (sino sólo con un deber de respeto hacia el principio de jerarquía normativa), discrecional (desde el momento en que está vinculada de manera exclusivamente negativa en lo que a sus contenidos se refiere) y no vinculada por un deber de independencia⁶³; por lo que refiere al juez, siempre actúa a instancias externas, su competencia se agota con el ejercicio de la misma, está obligado por un deber de coherencia hacia el pasado, el contenido de su decisión está predeterminado en términos generales y debe actuar con respeto al principio de independencia. Pero estas diferencias no eliminarían la posibilidad de hablar de producción normativa en sentido amplio.

Por otra parte, parece evidente que la aceptación de la idea según la cual el juez, en su actuación como operador jurídico, produce normas, plantea la cuestión del control de su actividad⁶⁴. En realidad, el

⁶² Vid. AGUILÓ, J., *Teoría general de las fuentes del Derecho (y del orden jurídico)*, cit., pp. 121-123, a quien sigo en este punto en términos generales. No obstante, no comparto la atribución en exclusiva que Aguiló hace de la función de cambio o modificación del Derecho a favor del legislador. Es cierto que el ejercicio de esta función presenta rasgos diferentes en el caso del legislador y en el del juez (aquel la lleva a cabo siempre que lo estime oportuno y a instancias propias [op. cit., pp. 85-86]; sin embargo, la capacidad normativa reconocida al juez, que en muchas ocasiones se pone en marcha para suplir la insuficiencia del material normativo producido por el legislador, permite apreciar -en mi opinión- una posición activa del juez en relación con la función de cambio.

⁶³ Independencia exigida desde el momento en que el juez se caracteriza en su actuación por su "pasividad procesal", que implica la obligación de tener que decidir, en condiciones de imparcialidad, en relación con las pretensiones de las partes que ocupan posiciones contradictorias en el marco de un proceso. Vid. PRIETO SANCHIS, L., *Ideología e interpretación jurídica*, cit., pp. 110-114.

⁶⁴ "... si los jueces crean Derecho es importante al menos plantearse la corrección de su actuación y las posibilidades de control. No hacerlo supone dejar sin control un proceso creador de normas", DE ASÍS ROIG, R., *Jueces y normas. La decisión judicial desde el Ordenamiento*, cit., p. 282.

reconocimiento de la capacidad generadora de Derecho por parte del juez le situaría entre los poderes del Estado. Y en este sentido, como tal, le afecta de lleno el discurso del constitucionalismo que es el discurso sobre los límites al Poder. El constitucionalismo es, como sabemos, una propuesta de limitación jurídica del Poder político. Lo que caracteriza al constitucionalismo es precisamente estar asentado en una filosofía de los límites al Poder, y aplicar esa filosofía a la estructura institucional y normativa del Estado. Los poderes del Estado actúan bajo la Constitución, satisfaciendo así exigencias básicas de legitimidad. Y eso afecta evidentemente al Poder judicial. Pero, además, existen otros mecanismos específicos aplicables al Poder judicial en la estrategia limitativa. Pensemos por ejemplo en los principios independencia e imparcialidad, que no son sino la manifestación típica del imperio de la ley en su aplicación a la actividad jurisdiccional⁶⁵.

En todo caso, si algo implica la aceptación de la tesis de la creación judicial del Derecho es precisamente la necesidad de controlar dicha creación. Dicho control en un sistema democrático se satisface, entre otras cosas, sobre todo mediante el cumplimiento de los requisitos de legitimidad. Se ha señalado en numerosas ocasiones la incapacidad -o la dificultad- que tiene el Poder judicial, en sistemas como el nuestro, a la hora de satisfacer las exigencias de la legitimidad de origen. Por ello, todo su esfuerzo debe concentrarse en la superación del test de la legitimidad de ejercicio. Y ello se consigue a través de un esfuerzo de racionalidad y argumentación que posiblemente no se exige al resto de poderes del Estado. En efecto, dicho de manera muy básica, al legislador se le exige que actúe en el marco de la Constitución, y al ejecutivo y a la Administración se le exige que se desenvuelva -además- en el ámbito de la ley y con estricto sometimiento a ella. La Constitución, en un caso, junto a la ley, en el otro, configuran el escenario normativo al que se está sujeto en cada ocasión, escenario en el que se encuentra el material normativo que se debe tomar como referencia a la hora de adoptar las correspondientes decisiones. Pero creo que las cosas son algo diferentes respecto al poder judicial.

Es cierto, pienso que eso no hay quien lo discuta con buenas razones, que el juez debe actuar en el marco de la Constitución y de la ley.

⁶⁵ Vid. AGUILÓ, J., "Independencia e imparcialidad de los jueces y argumentación jurídica", *en* *Ensonomía*, n.º 6, 1997; OTTO, IGNACIO DE., "El concepto constitucional de juez", en OTTO, IGNACIO DE., *Estudios sobre el Poder judicial*, cit., pp. 51 y ss.

Tanto el legislador como el juez están sometidos al imperio de la ley, al imperio del Derecho, que en el Estado constitucional recibe su expresión más acabada y refinada en el imperio de la Constitución. Y es cierto, además, que en ambos casos el operador jurídico-legislador y juez-desempeña su actividad en un marco de autonomía o discrecionalidad. Pero creo que esa discrecionalidad se explica de manera diferente en ambos casos y también presenta distintos efectos. Sabemos que la Constitución es un texto amplio y abstracto en lo que se refiere a sus enunciados, de la misma manera que también lo es en lo que se refiere a sus objetivos y a los valores asumidos. El legislador tiene libertad para desarrollar su proyecto político dentro de los márgenes que le ofrece la Constitución. Y, si su actuación se desenvuelve en las coordenadas constitucionales, posiblemente no tenga que justificarse, desde el momento en que ha actuado con los materiales normativos que la Constitución ha puesto en sus manos. En todo caso, su justificación será estrictamente política. Además, el legislador no se encuentra apremiado por las particularidades de las situaciones concretas, ya que en líneas generales su producto normativo va a estar en su sentido y en su regulación, a distancia de los casos particulares. Es el juez el que se encuentra obligado a ofrecer una respuesta a esos casos. Y para ello se encuentra en una situación en la que se ve sometido al imperio del Derecho. Debe, de acuerdo con ello, tomar una decisión para un caso particular y concreto de acuerdo con lo que establece el Derecho. Pero -siempre y cuando asumamos que ni existe un legislador racional ni existe tampoco un Ordenamiento claro, unívoco y pleno- el juez se encuentra con el problema de que el material normativo que el legislador ha puesto en sus manos no le sirve de manera exclusiva para tomar la decisión que se le exige. Y eso porque en muchas ocasiones va a encontrarse con norma contradictorias entre sí, o difícilmente interpretables, o interpretables de muy diferentes maneras, o que no son exactamente aplicables al caso, o que no lo son en modo alguno. Y aún en todas esas circunstancias, el juez está llamado a adoptar una decisión. Decisión para cuya adopción va a utilizar elementos que van más allá de los estrictos componentes del Ordenamiento jurídico.

Ciertamente, el hecho de que el juez utilice elementos diferentes a los que el legislador ha puesto de manera explícita en sus manos exige redoblar los controles de su actividad. En un hipotético modelo en el que el juez se limitara a aplicar la ley lisa y llanamente, en realidad el control al que se debería ver sometido no se diferenciaría de-

masiado del control de legalidad al que debe someterse la actividad de la Administración. Pero desde el momento en que la referencia al aséptico silogismo es insuficiente, hay que ir más allá. Hay que someter al juez a exigencias de legitimación que afectan directamente no sólo al sentido de su decisión, sino al desarrollo del proceso a través del cual ha tomado esa decisión, ha ejercido en definitiva su función. Por eso las exigencias argumentativas que se imponen al juez son especialmente graves. Podríamos afirmar que, en realidad, un Derecho como el del Estado constitucional aumenta el protagonismo del juez, pero al mismo tiempo -permítaseme la expresión- le pone las cosas muy complicadas, queriendo expresar con ello que los requisitos que debe satisfacer su decisión para que pueda ser considerada legítima son ciertamente profundos. Es la lógica del constitucionalismo y de las exigencias limitativas del poder que le son consustanciales, la que impone al juez la obligación de poner un especial empeño a la hora de motivar su decisión, a la hora de explicar cuáles son las razones, los argumentos que ha tenido en cuenta en su razonamiento intelectual y que le han llevado a adoptar una concreta y determinada decisión, en contra de otras posibilidades. Por eso existe un vínculo importante entre los rasgos jurídicos del constitucionalismo y el desarrollo del interés por la argumentación jurídica, y más en particular, por la argumentación judicial. Y es través de la explicación y de la publicidad de esas razones las que aseguran el examen de su mayor o menor aceptabilidad. La razonabilidad, entendida como elemento básico del test de aceptabilidad al que debe ser sometida la decisión judicial es, en este sentido, una de las manifestaciones que presenta la seguridad jurídica en el constitucionalismo contemporáneo. Y es también, como consecuencia de lo anterior, una garantía de nuestra libertad. Y es que la cuestión de la identificación de las fuentes del Derecho, o si se quiere, de la identificación de los mecanismos de producción jurídica, tiene que ver mucho con la libertad y con las condiciones de la autonomía individual, algo en lo que, creo, Montesquieu pensaba cuando afirmó que "la libertad es el derecho de hacer todo lo que las leyes permiten"⁶⁶.

⁶⁶ MONTESQUIEU, *Del Espíritu de las Leyes*, Madrid, Tecnos, 1987, p. 106. [Intr. de E. Tierno, trad., de M. Bázquez y P. de Vega].