

RAFAEL HERNÁNDEZ MARÍN

**TEORÍA GENERAL
DE LAS DECISIONES
JUDICIALES**

Marcial Pons

MADRID | BARCELONA | BUENOS AIRES | SÃO PAULO

2021

ÍNDICE

	Pág.
INTRODUCCIÓN	15
CAPÍTULO I. PRELIMINARES	21
1. UNA TEORÍA ONTOLÓGICO-JURÍDICA.....	21
2. LA CORRECCIÓN DE LAS DECISIONES JUDICIALES.....	48
CAPÍTULO II. LA CORRECCIÓN PROCESAL DE LAS DECISIONES JUDICIALES	51
1. REQUISITOS PROCESALES QUE EL DERECHO EXIGE A LAS DECISIONES JUDICIALES.....	51
2. LA OBLIGACIÓN DE JUZGAR.....	54
3. LAS OBLIGACIONES BÁSICAS DE LOS JUECES.....	58
CAPÍTULO III. LA CORRECCIÓN MATERIAL DE LAS DECISIONES JUDICIALES	61
1. CLASES DE DECISIONES JUDICIALES.....	61
1.1. Clasificación de las decisiones judiciales	61
1.2. Análisis lingüístico de las decisiones estimatorias y de las decisiones desestimatorias	64
2. LA APLICACIÓN DE LOS ENUNCIADOS JURÍDICOS	68

	Pág.
2.1. Un problema descuidado por el pensamiento jurídico	68
2.2. Requisitos necesarios para que una decisión judicial aplique un enunciado jurídico	70
3. UNA TEORÍA DE LA INTERPRETACIÓN DEL DERECHO.....	71
3.1. Enunciados interpretativos.....	71
3.2. El sentido o significado de los enunciados jurídicos	74
3.3. El contexto de los enunciados jurídicos.....	81
3.4. El contexto y las intenciones del legislador.....	84
3.5. Sobre la verdad o falsedad de los enunciados interpretativos....	89
3.6. Sobre la ambigüedad de los enunciados jurídicos	91
3.7. Posibles soluciones a las dudas provocadas por la ambigüedad de las expresiones	99
3.8. Los enunciados interpretativos y la aplicación de los enunciados jurídicos.....	110
4. ENUNCIADOS CALIFICATIVOS	113
4.1. Teorías acerca de los enunciados calificativos.....	113
4.2. Los enunciados calificativos y la aplicación de los enunciados jurídicos	118
5. EL NÚCLEO DE LA RELACIÓN DE APLICACIÓN.....	124
5.1. Planteamiento del problema	124
5.2. Soluciones propuestas.....	125
5.3. La aplicación de los enunciados jurídicos primarios	129
5.4. La aplicación de los enunciados jurídicos secundarios	137
6. ASPECTOS DE LA ACTIVIDAD JUDICIAL QUE SON RELEVANTES A EFECTOS DE SI UNA DECISIÓN JUDICIAL APLICA UN ENUNCIADO JURÍDICO	146
7. LA APLICACIÓN DEL DERECHO	149
8. LA ACTIVIDAD JURISDICCIONAL	157
8.1. La función de juzgar y la función jurisdiccional	157
8.2. Decir el derecho y aplicar el derecho.....	159
9. LA CORRECCIÓN MATERIAL DE LAS DECISIONES JUDICIALES.....	161
9.1. Corrección procesal y corrección material de las decisiones judiciales	161
9.2. Decisiones materialmente conformes al derecho procesal	163
9.3. Decisiones (materialmente) conformes al derecho material.....	163
9.3.1. Decisiones no-desestimatorias (materialmente) conformes al derecho material	164
9.3.2. Decisiones desestimatorias (materialmente) conformes al derecho material	171

	Pág.
9.4. Teoría de la corrección material de las decisiones judiciales (TCM)	176
9.5. Consecuencias prácticas de la TCM	177
9.6. Consecuencias teóricas de la TCM.....	182
9.6.1. La corrección material de las decisiones judiciales y las teorías dominantes.....	182
9.6.2. Casos en que dos decisiones de signo opuesto son materialmente conformes al derecho.....	187
9.6.3. Sobre la regulación del recurso de casación	192
9.6.4. Sobre la creación judicial de derecho.....	194
9.7. Una corrección a la teoría de la corrección material de las decisiones judiciales.....	209
9.7.1. El art. 6 LOPJ	209
9.7.2. De nuevo, sobre la creación judicial de derecho	212
 CAPÍTULO IV. LA CORRECCIÓN MATERIAL DE LAS DECISIONES JUDICIALES Y LA DISCRECIONALIDAD JUDICIAL	 221
1. DISCRECIONALIDAD EN SENTIDO PROPIO Y DISCRECIONALIDAD EN SENTIDO IMPROPIO	221
2. LA DISCRECIONALIDAD JUDICIAL Y LAS LAGUNAS	222
2.1. Lagunas e integración del derecho.....	222
2.2. Un nuevo planteamiento del problema	225
2.3. Las lagunas y la separación de los poderes del Estado.....	227
2.4. Otras nociones más estrictas de laguna	231
2.5. Lagunas y otros casos afines.....	233
2.6. Lagunas en el derecho: un seudoproblema.....	235
2.7. El «principio negativo general»	239
2.8. Las lagunas y la legislación procesal española.....	248
2.9. Arbitrariedad y discrecionalidad judicial en los casos de laguna.....	249
3. LA DISCRECIONALIDAD JUDICIAL Y LAS ANTINOMIAS	250
4. LA DISCRECIONALIDAD JUDICIAL Y LOS CASOS DUDOSOS.	258
4.1. Variedad de problemas	258
4.2. La duda de subsunción.....	262
4.2.1. Dos clases de problemas de subsunción.....	262
4.2.2. Problemas de subsunción simple.....	262
4.2.2.1. Tres clases de dudas.....	262
4.2.2.2. La duda interpretativa	268
4.2.2.3. La <i>quaestio facti</i>	273
4.2.2.4. La <i>quaestio iuris</i>	274

	Pág.
4.2.2.5. Soluciones a los problemas de subsunción simple	277
4.2.3. Problemas de subsunción disyuntiva	284
4.2.3.1. En el ámbito penal	284
4.2.3.2. En el ámbito civil	288
4.3. La duda semántica	290
CAPÍTULO V. LA MOTIVACIÓN DE LAS DECISIONES JUDICIALES	293
1. CONCEPCIONES DE LA MOTIVACIÓN	294
1.1. Concepciones amplias de la motivación	294
1.2. Una concepción estricta de la motivación	299
1.3. Teoría extendida de la motivación (TEM)	301
2. REGLAS LEGALES GENERALES QUE REGULAN LA MOTIVACIÓN DE UNA DECISIÓN JUDICIAL	302
2.1. Descripción de las reglas legales generales que regulan la motivación	302
2.2. Infracciones de las reglas legales generales que regulan la motivación	306
2.2.1. Enunciados que infringen las reglas de la motivación..	306
2.2.2. Razonamientos que infringen las reglas de la motivación: el razonamiento principal de una sentencia judicial	309
2.2.2.1. El razonamiento principal de una sentencia judicial: definición	309
2.2.2.2. La decisión judicial como conclusión final de su propia motivación	310
2.2.2.3. La decisión judicial como conclusión del (sub)razonamiento principal de la sentencia	312
2.2.2.4. La tesis de que el (sub)razonamiento principal de una sentencia es un silogismo judicial	312
2.2.2.5. La tesis de que el (sub)razonamiento principal de una sentencia ha de ser un silogismo judicial	317
2.2.2.6. Sobre la validez, legalidad y valor probatorio del razonamiento principal de una sentencia judicial	323
3. COMPOSICIÓN DE LA MOTIVACIÓN DE UNA DECISIÓN JUDICIAL	326
3.1. Introducción	326

	Pág.
3.2. La conclusión final de la motivación de una decisión judicial...	327
3.3. El razonamiento principal de la motivación de una decisión judicial	329
3.4. La motivación de una decisión judicial como un árbol de razonamientos	329
4. LA MOTIVACIÓN MATERIAL DE UNA DECISIÓN JUDICIAL...	331
4.1. Cuatro clases de motivaciones materiales.....	331
4.2. Razonamientos integrantes de la motivación material de una decisión judicial	334
4.3. La motivación de las decisiones judiciales y las disciplinas jurídicas.....	339
4.4. Motivaciones materiales de la clase primera	339
4.5. Motivaciones materiales de la clase segunda.....	345
4.6. Motivaciones materiales de la clase tercera.....	346
4.7. Motivaciones materiales de la clase cuarta.....	348
4.8. Sobre las llamadas «justificación interna» y «justificación externa» de una decisión judicial	352
5. REGLAS LEGALES ESPECIALES QUE REGULAN LA MOTIVACIÓN MATERIAL DE UNA DECISIÓN JUDICIAL	353
5.1. Reglas reguladoras del razonamiento interpretativo	354
5.2. Reglas reguladoras del razonamiento ontológico-jurídico	354
5.3. Reglas reguladoras del razonamiento probatorio.....	360
5.3.1. Introducción.....	360
5.3.2. Reglas relativas a las premisas iniciales del razonamiento probatorio	361
5.3.3. Reglas relativas a las conclusiones del razonamiento probatorio	363
5.3.3.1. La cláusula recursiva	363
5.3.3.2. Comentarios.....	365
5.3.3.3. Reformulación de la cláusula recursiva.....	384
5.3.4. Razonamiento probatorio y verdad.....	385
6. LOS ENUNCIADOS PROBATORIOS	387
6.1. Interpretación de los enunciados probatorios	387
6.2. El estándar legal de prueba	388
6.2.1. Delimitación del tema.....	388
6.2.2. El estándar legal de prueba para los enunciados probatorios positivos.....	389
6.2.3. El estándar legal de prueba para los enunciados probatorios negativos.....	391
6.2.4. El estándar legal de prueba y las consideraciones éticas o políticas	392

	Pág.
6.3. Relaciones entre los enunciados probatorios de signo opuesto...	393
6.4. La inversión de la carga de la prueba.....	395
6.5. La presunción de inocencia	397
6.6. De nuevo, sobre razonamiento probatorio y verdad	399
6.7. Los enunciados probatorios y su conformidad a la realidad extraprocesal.....	400
CAPÍTULO VI. EL CUMPLIMIENTO DE LA LEGALIDAD MATERIAL: UN OBJETIVO DIFÍCIL.....	405
1. DIFICULTADES PARA EL CUMPLIMIENTO DE LA LEGALIDAD MATERIAL	405
2. EL ESTÁNDAR LEGAL DE PRUEBA COMO OBSTÁCULO PARA EL CUMPLIMIENTO DE LA LEGALIDAD MATERIAL	410
2.1. Un caso sencillo.....	410
2.1.1. Cuatro supuestos posibles.....	410
2.1.2. Casos en los que es posible que la decisión que es conforme al derecho material vaya acompañada de un enunciado probatorio que satisfaga el estándar legal de prueba	413
2.1.3. Casos en los que no es posible que la decisión que es conforme al derecho material vaya acompañada de un enunciado probatorio que satisfaga el estándar legal de prueba	414
2.1.3.1. Primer conflicto	414
2.1.3.2. Segundo conflicto	417
2.2. Un antiguo precepto procesal	418
2.2.1. Interpretación del precepto	418
2.2.2. Aplicación del precepto	421
2.2.3. Decisión estimatoria que es materialmente conforme al derecho material y al derecho procesal.....	422
2.2.4. Decisión desestimatoria que es materialmente conforme al derecho material y al derecho procesal.....	425
2.2.5. Casos en los que la decisión que es materialmente conforme al derecho material no es materialmente conforme al derecho procesal	427
2.2.6. ¿Novación de la obligación jurisdiccional?.....	429
2.2.7. Una situación anómala.....	432
3. LOS CASOS DUDOSOS	438
3.1. Casos dudosos en opinión del juez	438
3.1.1. Las dudas del juez y el cumplimiento de la legalidad material	439

	Pág.
3.1.2. Las dudas del juez y el estándar legal de prueba.....	440
3.2. Casos auténticamente dudosos	450
CAPÍTULO VII. SÍNTESIS DE LAS ACTIVIDADES DE LOS JUECES	453
1. ACTIVIDADES QUE EL DERECHO EXIGE A LOS JUECES	453
1.1. Enumeración	453
1.2. Relaciones entre las diversas obligaciones de los jueces.....	454
1.2.1. La actividad procesal del juez y sus otras actividades...	454
1.2.2. El acto de juzgar y las otras actividades del juez.....	455
1.2.3. El acto de decidir procesalmente conforme al derecho y las otras actividades del juez	456
1.2.4. El acto de decidir materialmente conforme al derecho y las otras actividades del juez	457
1.2.5. La actividad justificatoria del juez y sus otras actividades	461
2. ACTIVIDADES QUE EL DERECHO NO EXIGE A LOS JUECES...	462
2.1. El silogismo judicial	462
2.2. La ponderación	463
2.3. La actividad jurisprudencial.....	470
2.3.1. El ámbito de la actividad jurisprudencial	470
2.3.2. Sobre la necesidad de la doctrina jurisprudencial	471
2.3.3. La doctrina jurisprudencial en casos dudosos	473
2.3.4. La doctrina jurisprudencial en casos no dudosos	478
2.3.4.1. Caso no dudoso primero	479
2.3.4.2. Caso no dudoso segundo	479
2.3.4.3. Caso no dudoso tercero	482
2.3.4.4. Caso no dudoso cuarto.....	483
2.3.4.5. Otros casos no dudosos	488
BIBLIOGRAFÍA	493

INTRODUCCIÓN*

El derecho prevé que los jueces intervengan en asuntos diversos: procedimientos de jurisdicción voluntaria, registro civil, juntas electorales, jurados de expropiación, autorizaciones de registros domiciliarios y escuchas telefónicas, etc. Ello les obliga a dictar decisiones en todos esos asuntos. Aunque es en la tramitación y resolución de los litigios que llegan a los juzgados y tribunales donde los jueces desarrollan su labor más característica. También en el ejercicio de esta actividad los jueces están obligados a dictar decisiones de diversas clases. Pero hay un tipo de decisiones judiciales especialmente importantes, porque mediante ellas los jueces ejercen ese poder del Estado que ostentan, el poder judicial, el poder de juzgar o decidir los litigios que conocen. Son las denominadas «decisiones sobre el fondo del litigio» (o «sobre el fondo del asunto»), contenidas en sentencias y que constituyen el aspecto principal de estas resoluciones. Estas son las decisiones judiciales que constituyen el objeto de este libro y a las que se refiere exclusivamente el término «decisión judicial» utilizado a lo largo de este trabajo. No obstante, considero que algunas de las tesis que sostengo acerca de las decisiones sobre el fondo de un litigio, en particular, todo lo relativo a la aplicación del derecho, son válidas para las decisiones judiciales, e incluso administrativas, de cualquier tipo.

La emisión de una decisión sobre el fondo de un litigio es lo que identifica al acto de juzgar. Este acto constituye el acto final de una serie de actos procesales, la mayoría de los cuales, o al menos los más importantes, son realizados por el propio juez que dicta la decisión, aunque otros corren a cargo de otros integrantes de la oficina judicial. La presente obra dice poco acerca de todas las actividades procesales previas al acto de juzgar. Respecto a ellas, solo digo

* La investigación realizada en esta obra se inscribe en el marco del proyecto de investigación PID2019-105841RB-C21, «Discrecionalidad judicial y debido proceso».

lo que considero imprescindible para el tema central de este trabajo. Solapada con esa serie de actos procesales tiene lugar la que podemos denominar «actividad de juzgar». Esta es esencialmente una actividad psíquica, mental, que el juez comienza a realizar en el mismo momento en el que empieza a conocer el asunto que da origen al litigio de que se trate y culmina, al igual que la actividad procesal del juez, en el acto de juzgar. También quedan al margen de la presente obra, salvo alguna excepción aislada, los aspectos sociológicos, psicológicos o ideológicos de la actividad de juzgar, que pueden influir en el acto de juzgar. Solo hablaré del acto de juzgar en sí mismo y sobre todo del resultado de este acto, que es una decisión sobre el fondo de un litigio. Sintetizándolo en una sola frase, el objeto de esta obra son los requisitos que el derecho exige a una decisión sobre el fondo de un litigio. Aunque también hablaré de tanto en tanto, y sobre todo en el último capítulo, de requisitos que el derecho no exige a esas decisiones. El resultado de todos esos análisis es una teoría acerca de las decisiones judiciales de la que se puede decir, como quizá diría H. Kelsen, que es una teoría jurídica, no una teoría psicológica o sociológica. Y es además una teoría general, porque la teoría tiene la pretensión de ser válida para cualquier decisión judicial sobre el fondo de un litigio, con independencia de cuál sea la rama del derecho o jurisdicción en la que el litigio se inscriba. La teoría presentada en esta obra es general también en otro sentido. Dicha teoría se refiere ante todo a los requisitos que el derecho español exige a las decisiones judiciales, por lo cual menciona normas jurídicas españolas que establecen esos requisitos. Algunos de esos requisitos pueden ser exclusivos del derecho español, pero otros son comunes a otros muchos ordenamientos jurídicos. A ello cabe añadir que algunas de las tesis sostenidas a lo largo de esta obra se refieren, de modo expreso o tácito, a cualquier ordenamiento jurídico actual. Estas circunstancias contribuyen a aumentar el alcance de la teoría que presento.

Esa teoría general ha de incluir numerosas subteorías. Por ejemplo, dado que me voy a ocupar de los requisitos que el derecho exige a las decisiones judiciales, la respuesta a la cuestión de cuáles son esos requisitos depende ante todo de lo que se entienda por derecho. De ahí que la teoría de las decisiones judiciales desarrollada en esta obra comience con una teoría ontológico-jurídica acerca de qué es el derecho. Y creo que no es necesario ningún argumento para justificar por qué la teoría elaborada en este trabajo contiene también una teoría acerca de la interpretación del derecho y una teoría acerca de la aplicación del derecho (las tres teorías que acabo de citar, la teoría ontológico-jurídica, la teoría acerca de la interpretación del derecho y la teoría acerca de la aplicación del derecho son precisamente algunas de las teorías incluidas en esta obra que considero válidas respecto a cualquier ordenamiento jurídico actual). También es importante comprender la relación o independencia existente entre estas diversas subteorías, así como el lugar que estas ocupan en el conjunto del conocimiento jurídico. Por ejemplo, según las tesis sostenidas

en esta obra, la actividad de interpretar el derecho y la actividad de aplicar el derecho son recíprocamente independientes. Por esta razón, también son recíprocamente independientes las teorías correspondientes. Sin embargo, ambas teorías asumen la teoría ontológico-jurídica expuesta previamente. Y, en el caso de la teoría de la aplicación del derecho, esta teoría constituye a su vez la base de otra teoría, la teoría acerca de la corrección material de las decisiones judiciales. Esta teoría también se incrusta en otra, la teoría de la motivación de las decisiones judiciales, que es igualmente necesaria en un estudio acerca de los requisitos que el derecho exige a las decisiones judiciales.

Todas estas teorías constituyen el trasfondo desde el cual pueden ser abordados temas tradicionalmente polémicos. Me refiero a tipos de casos litigiosos en los que, al menos aparentemente, es difícil o imposible que las decisiones judiciales que hayan de resolver esos casos cumplan todos los requisitos que el derecho exige a esas decisiones. Entre esos casos figuran tradicionalmente los casos de lagunas y los de antinomias, así como los denominados «casos difíciles». Aunque, conforme a las teorías desarrolladas en esta obra, en esos casos las dificultades observadas son solo aparentes. Sin embargo, existen otros muchos casos en los que dichas dificultades existen realmente, como los casos en los que se presentan problemas de subsunción disyuntiva. El libro también aborda otros problemas que la teoría jurídica ha pasado por alto, como el de las diferencias existentes entre decisiones judiciales estimatorias y desestimatorias, y la existencia de diversas clases de motivaciones de las decisiones judiciales, que pone en evidencia que el tópico de la distinción entre justificación interna y justificación externa de las decisiones judiciales parte de presupuestos equivocados.

Las respuestas dadas a esos y a otros problemas relacionados con las decisiones judiciales son consecuencias de las tesis más importantes sostenidas en esta obra. En la mayoría de los casos, dichas tesis, que constituyen los pilares básicos de la teoría general de las decisiones judiciales aquí expuesta, se integran en alguna de las diversas subteorías que forman parte de esa teoría general. Por su importancia, las tesis que integran estas teorías serán presentadas de forma destacada, en cursiva y numeradas. Ello tiene varias ventajas. Ante todo, la claridad: presentadas de ese modo, se puede entender perfectamente lo que sostengo, sus consecuencias y las diferencias que existen entre mis opiniones y las de otros autores. Esa manera de proceder, además, hace perfectamente comprensibles las remisiones a ideas previamente expuestas. Y permite entender también en qué subteoría, de las distintas que componen la teoría general de las decisiones judiciales, se integra cada una de esas tesis; lo que permite a su vez entender la relación o independencia entre las diversas tesis y teorías.

La mayoría de esas tesis y teorías que defiendo se oponen a las teorías dominantes en temas relacionados con la actividad judicial, por ejemplo, en

cuestiones de ontología jurídica, de interpretación y aplicación del derecho, en el tema de la motivación de las decisiones judiciales, etc.; pero están respaldadas por teorías filosóficas de diverso tipo (ontológicas, lógicas, semánticas, etc.), sólidas, en mi opinión. A ello cabe añadir que, si esas teorías que no comparto fueran verdaderas, casi nunca sería posible decir que un juez ha hecho algo mal, aunque se trate de casos en los que parece evidente que el juez ha hecho algo mal. Dicho más claramente, esas teorías dominantes no permiten controlar las decisiones judiciales. Es cierto que en muchos litigios estas decisiones son irremediabilmente incontrolables. Pero no por ello hay que pensar que dichos casos son la mayoría, ni mucho menos todos. Ello depende de cuáles sean las teorías que se sostengan. Pues lo que acabo de decir es que esas teorías que rechazo debido a que me parecen erróneas tienen al margen de ello la consecuencia de que las decisiones judiciales sean incontrolables siempre o casi siempre. Y el hecho de que dichas teorías prevalezcan en el pensamiento jurídico tiene la consecuencia última de que la cultura jurídica carezca de medios para controlar, ni siquiera en el plano teórico, si las decisiones judiciales cumplen los requisitos exigidos por el derecho, a pesar de que de ello depende un orden social ajustado a la legalidad y, en definitiva, el Estado de derecho.

Creo que los partidarios de esas teorías dominantes a las que estoy aludiendo no son conscientes de que dichas teorías tienen esa implicación. Aunque también es posible que los defensores de esas teorías, o al menos algunos de ellos, consideren inevitable dicha consecuencia, esto es, la imposibilidad de controlar, ni siquiera en el plano teórico, las decisiones judiciales. Yo no comparto esta opinión. Pienso que en numerosos casos la imposibilidad de ese control es consecuencia exclusivamente de las teorías dominantes en temas relacionados con la actividad judicial, teorías que considero equivocadas. Además, si fuera cierto que nunca es posible saber si una decisión judicial cualquiera cumple los requisitos exigidos por el derecho, creo que la función del derecho como instrumento de ordenación de la vida social desaparecería. Pues parece que, en tal caso, no existiría ninguna razón para que los ciudadanos se preocuparan por cumplir o no las normas jurídicas. Estas serían contempladas, no como pautas de conducta, sino como elementos de una organización jurídica, cuyo funcionamiento hay que incluir en los cálculos probabilísticos realizados por un ciudadano para tratar de conseguir las consecuencias favorables que el derecho ofrece y evitar sus consecuencias desfavorables.

Me parece indiscutible que el derecho es un elemento necesario para la ordenación de la vida social (*ubi societas, ibi ius*). Creo además que, a pesar de las dudas frecuentes, en muchos casos sí es posible saber si una decisión judicial determinada cumple o no los requisitos exigidos por el derecho. Pero, para ello, es necesario disponer de una teoría general de las decisiones dictadas por los jueces para juzgar; una teoría sólida, naturalmente, desde la cual dichas decisiones puedan ser enjuiciadas. El objetivo principal de este libro es

precisamente proporcionar esa teoría, con la finalidad de disponer de un instrumento de control de las decisiones judiciales¹. Esta teoría no podrá evitar, evidentemente, las decisiones irregulares de los jueces. Pero sí podrá probar o constatar que en ocasiones las decisiones judiciales son irregulares y contrarias a la legalidad, cosa que las teorías actuales no pueden hacer. Estas, al contrario, amparan esas irregularidades. Como afirma L. Ferrajoli, la ciencia jurídica observa la crisis de la legalidad, provocada por una jurisprudencia creativa, como si se tratase de un hecho natural; y la legitima solo por el hecho de que eso es lo que sucede².

¹ En HERNÁNDEZ MARÍN, 2017, expongo resumidamente las principales teorías jurídicas actuales que impiden el control de la actividad judicial, aunque sin ofrecer de modo sistemático alternativas a dichas teorías, cosa que sí hago en la presente obra.

² FERRAJOLI, 2016: 22. El título de este trabajo, «Contro la giurisprudenza creativa», ya revela la preocupación de Ferrajoli ante la posibilidad de que la magistratura no respete la legalidad. Sin embargo, en su trabajo, Ferrajoli habla indistintamente de la interpretación del derecho y de la aplicación del derecho como si se tratara del mismo tema. Y se precisa un bagaje teórico mucho más sutil para controlar si las decisiones de la magistratura cumplen los requisitos exigidos por el derecho.

CAPÍTULO I

PRELIMINARES

Como he anunciado en la *Introducción*, el objeto de este trabajo son los requisitos que el derecho exige a una decisión judicial (sobre el fondo de un litigio). Cuáles sean concretamente esos requisitos depende de cuál sea nuestra concepción del derecho y también de cómo entendamos los requisitos que lo que concebimos como derecho exige a una decisión judicial.

Por esta razón, el primer capítulo del presente libro comienza con una exposición de lo que entiendo por derecho. Dado que se trata de un tema sumamente polémico, es inevitable que esa exposición sea en gran medida un debate con posiciones que no comparto.

Lo que yo entiendo por derecho, por otra parte, solo exige a las decisiones judiciales requisitos de dos clases. Del cumplimiento de esos requisitos depende el que una decisión judicial sea correcta. Este tema, el de la corrección de las decisiones judiciales, es el que da título al segundo y último apartado de este primer capítulo, en el que me limito a exponer cuáles son esas dos clases de requisitos que, a mi juicio, el derecho exige a una decisión judicial.

1. UNA TEORÍA ONTOLÓGICO-JURÍDICA

Mi opinión acerca de qué es el derecho puede ser resumida en dos afirmaciones básicas, que sintetizan la teoría ontológico-jurídica que sostengo. La primera de esas afirmaciones es la siguiente:

1.ª Tesis. Son cuerpos jurídicos los documentos (leyes, decretos del gobierno, constituciones, órdenes ministeriales, códigos, etc.) aprobados por los

órganos de un Estado (o sea, por los titulares del poder legislativo, del poder ejecutivo y quizá también del poder judicial de un Estado) y que son publicados.

Corresponde a la teoría de los cuerpos jurídicos determinar en qué se diferencian los cuerpos jurídicos de una categoría determinada (p. ej., los cuerpos jurídicos de la categoría de los decretos del gobierno) de los cuerpos jurídicos de otra categoría distinta (p. ej., de los cuerpos jurídicos de la categoría de las constituciones o de las leyes). Esta no es una tarea difícil. Pero sí lo es, en cambio, determinar la extensión y la intensión del término «cuerpo jurídico», es decir, saber de manera inequívoca qué documentos son cuerpos jurídicos y cuáles no, y qué rasgos comparten los documentos que consideramos cuerpos jurídicos que no poseen los documentos que no consideramos como tales. La dificultad de esta cuestión justifica el «etc.» contenido en la 1.^a Tesis. Lo que la convierte inevitablemente en una tesis imprecisa. No obstante, es suficiente para los objetivos presentes. Tampoco es necesario aquí precisar las otras nociones usadas en dicha Tesis, o sea, las nociones de Estado, órganos del Estado, aprobación y publicación de los cuerpos jurídicos (aunque más adelante, en la p. 36, haré alguna observación sobre la noción de órgano del Estado).

La segunda y última afirmación fundamental de la teoría ontológico-jurídica que sostengo es la siguiente:

2.^a Tesis. El derecho es un conjunto, cuyos elementos son los enunciados (expresiones bien formadas y con sentido completo) que forman parte de los cuerpos jurídicos. Dichos elementos se llaman «enunciados jurídicos» o, en la terminología tradicional, «normas jurídicas» o «reglas jurídicas»¹.

Las dos Tesis que acaban de ser formuladas están pensadas para el derecho de los Estados actuales, cuyo derecho es derecho escrito, integrado por enunciados. Los enunciados jurídicos son expresiones (entidades lingüísticas y factuales) con sentido, esto es, expresiones significativas. Es irrelevante cuál sea el sentido o el tipo de discurso (asertivo, prescriptivo, etc.) de esos enunciados. Como decía J. Bentham, la *Metamorfosis* de Ovidio sería derecho si hubiera sido publicada². Pero es necesario observar que, aunque los enunciados jurídicos tengan sentido o sean expresiones significativas, esto no implica que existan cosas que sean los sentidos o significados de los enunciados, es decir, no implica que existan proposiciones (supuestas entidades no lingüísticas e ideales o abstractas, expresadas por los enunciados). «Sí al sentido, pero no a los sentidos», advierte W. V. O. Quine³. Por esta razón, es un pseudoproblema preguntarse si lo que forma parte del derecho solo es el enunciado integrante

¹ Esta terminología tradicional es desaconsejable, puesto que puede dar lugar a equívocos respecto a la naturaleza ontológica, el tipo de discurso y el alcance (universal o singular) de las entidades calificadas como normas o reglas jurídicas. No obstante, yo mismo la usaré a lo largo de esta obra en contextos en los que no existen dichos equívocos o en los que estos son irrelevantes.

² BENTHAM, 1982: 301.

³ QUINE, 1987: 131.

de un cuerpo jurídico, o bien el enunciado con su sentido, o el enunciado con el sentido que le ha atribuido alguna interpretación. Pues, por un lado, el sentido o significado de un enunciado no es una prenda de vestir, con la que el enunciado pueda recubrirse o no; y, por otro lado, la inclusión de un determinado enunciado en un cuerpo jurídico y, por tanto, su pertenencia al derecho no depende de su interpretación, es decir, es independiente del sentido que el enunciado tenga o se le atribuya.

Para identificar como jurídicas las normas o reglas contenidas en los cuerpos jurídicos, o sea, las normas aprobadas por los órganos de un Estado determinado y publicadas, no es necesario suponer que, junto a esas normas, existe otra norma o regla jurídica muy especial, una norma o regla de reconocimiento, que, según sostiene H. L. A. Hart, permite identificar como jurídicas las normas que tienen tal carácter; una norma jurídica que en realidad no ha sido aprobada por ningún órgano del Estado de que se trate, ni tampoco ha sido publicada, pero ha sido «introducida» (de algún modo), según sostiene Hart⁴. Hart no precisa cómo tiene lugar esa introducción. Aunque pretende ilustrar este fenómeno con el ejemplo de una sociedad primitiva que inscribe, en un documento o en un monumento público, una lista o texto de las reglas jurídicas, dotado de autoridad (el ejemplo recuerda a las Doce Tablas del derecho romano). Pero de ello, es decir, del dato de que esa inscripción haya tenido lugar, no se sigue que en dicha sociedad haya sido introducida una regla jurídica adicional, una regla de reconocimiento, distinta de las que figuran en esa lista de reglas jurídicas inscritas; una regla jurídica, cuya naturaleza ontológica sería distinta de la de las otras reglas jurídicas, puesto que, a diferencia de estas, la citada regla de reconocimiento no estaría inscrita en ningún sitio. En realidad, eso que Hart denomina «regla de reconocimiento» no es una regla jurídica. La regla que permite reconocer como jurídicas las reglas contenidas en la citada lista de reglas inscritas o las contenidas en leyes formales, decretos, etc., o sea, las reglas aprobadas por los órganos de un Estado y publicadas, es, al igual que la regla que nos permite reconocer un objeto como una silla o como un perro, una regla lingüística, una regla de uso del lenguaje⁵. Y esta regla, además de no ser jurídica, es independiente de la existencia o no de una regla jurídica que se pronuncie respecto a si las reglas aprobadas por los órganos de un Estado determinado son derecho. Por ejemplo, actualmente en España consideramos jurídicas las normas contenidas en leyes, en el sentido amplio de documentos aprobados por los titulares del poder legislativo y del

⁴ «*The simplest form of remedy for the uncertainty of the régime of primary rules is the introduction of what we shall call a "rule of recognition"*» (HART, 1961: 92).

⁵ «Dado que el Estado soberano ha reclamado para sí, y con éxito, el monopolio de la coacción física legítima, convirtiéndose en unidad social suprema de decisión y acción frente a las demás instancias autónomas, se reserva, por motivo de conveniencia, la denominación de derecho a aquella ordenación normativa social que se establece y asegura por medio de los órganos especiales de la organización estatal» (HELLER, 1942: 211).

poder ejecutivo. Pero ello no es consecuencia de que exista un enunciado jurídico, el art. 1.1 del código civil español (en adelante, «CC»), que diga que las leyes son fuente de derecho⁶. Siglos antes de 1889, año de publicación de la redacción original de ese código, los españoles consideraban que las leyes eran derecho; no fuentes de derecho, sino derecho, sin más⁷. Y este hecho es el origen del artículo citado, y no a la inversa.

Las dos *Tesis* anteriores enlazan la noción de derecho, objeto de estudio de la teoría general del derecho, con la teoría del Estado, puesto que localizan el origen del derecho en los órganos del Estado. Han sido formuladas pensando en el derecho interno. Por lo cual, esa noción de derecho debería ser retocada, si se quiere dar cuenta del derecho comunitario o del derecho internacional. Aunque la noción de derecho resultante de esa modificación también debería hacer referencia a los Estados. En cualquier caso, las *Tesis* citadas atribuyen al derecho un origen claro y concreto, el Estado o los órganos del Estado; no un origen oscuro e indeterminado, como las llamadas «fuentes sociales». El Estado es la única fuente social del derecho, o sea, de la ley⁸. Pero, al igual que la ley no es fuente de derecho, sino derecho, el Estado no es la fuente de la fuente del derecho, sino la fuente del derecho, simplemente.

De esta manera, las normas jurídicas son identificadas por tener una propiedad en común. Aunque esa propiedad que las normas jurídicas comparten no es un contenido común, concretamente, no es que todas las normas jurídicas sean relativas al ejercicio de la coacción (como sostienen, siguiendo la estela de R. v. Ihering, H. Kelsen y A. Ross). Lo que todas las normas jurídicas comparten es un origen común, el Estado; y es en la noción de Estado donde está contenida la noción de coacción, de organización coactiva⁹, capaz de imponerse a cualquier otra organización asentada en su territorio, y lo que presta a las normas creadas por el Estado, a las normas jurídicas, la nota de coercibilidad (aunque ello no obsta para que el Estado acepte o respete las normas estatutarias de organizaciones asentadas en su territorio, siempre que esas normas estatutarias se ajusten a las normas creadas por el Estado, a las normas jurídicas). Y dado que las normas jurídicas son identificadas por tener una propiedad en común, no es necesario suponer que el derecho es un sistema y definir una norma jurídica como un elemento de ese sistema, como hacen C. E. Alchourrón y E. Bulygin. Y ello al margen de que la definición

⁶ El texto de este precepto es el siguiente: «Las fuentes del ordenamiento jurídico español son la ley, la costumbre y los principios generales del derecho».

⁷ Refiriéndose al rey Alfonso X (1221-1284) y a sus sucesores, IGLESIA FERREIRÓS, 1996: 48-49, escribe lo siguiente: «Los monarcas castellanos logran asentar su identificación entre derecho y ley».

⁸ «El Estado es la única fuente del derecho», decía R. v. Ihering. Aunque, según Ihering, no todas las disposiciones que proceden del Estado son normas jurídicas. Pues, en contraste con la tesis de J. Bentham antes mencionada, Ihering sostenía que, si el Estado formulara un código moral o un catecismo, las normas allí contenidas no serían jurídicas (véase IHERING, 1978: 157-158 y 166-167).

⁹ «El Estado es [...] la organización de la coacción social», decía IHERING, 1978: 153.

de derecho o sistema jurídico proporcionada por los autores argentinos resulta contraintuitiva. Pues definen la noción de sistema jurídico mediante la noción de sistema normativo. Pero sostienen que un sistema normativo es un sistema deductivo que contiene al menos una norma¹⁰; y esto, a mi modo de ver, es como decir que una biblioteca es una habitación o un edificio que contiene al menos un libro.

Las dos *Tesis* anteriores permiten responder fácilmente a la cuestión, planteada por S. J. Shapiro, acerca de qué es lo que hace que una regla «sea una regla jurídica, y no una regla de protocolo, del ajedrez, del catolicismo, de Microsoft, de la moral o de la concepción moral de mi amigo»¹¹. Pues, conforme a dichas *Tesis*, las reglas jurídicas se caracterizan por el hecho de que, a diferencia de las otras reglas mencionadas por Shapiro, son aprobadas por los órganos de un Estado y publicadas. Una vez que una norma o regla contenida en un cuerpo jurídico se convierte en jurídica en la fecha de su publicación, continúa siendo jurídica hasta el día inmediatamente anterior al día de su derogación o anulación. Aunque la norma continúa existiendo después de su anulación o derogación, frente a lo que afirman C. E. Alchourrón y E. Bulygin¹². Una norma no deja de existir por el hecho de perder la cualidad de ser jurídica; de la misma manera que una persona no deja de existir por el hecho de perder la cualidad de ser respetable.

Mención especial merece esa referencia a las reglas morales, contenida en el texto de Shapiro que acaba de ser citado y a la distinción entre esas reglas y las reglas jurídicas. Pues las reglas o normas jurídicas, como las contenidas en la Ley Hipotecaria, son algo objetivo, externo a las personas. En cambio, y como evoca la locución clásica «autonomía de la moral», cada persona crea sus propias reglas morales, las cuales solo son fenómenos psíquicos, subjetivos, que no existen fuera de nuestras conciencias o nuestras mentes. Estos fenómenos no solo cambian de una persona a otra, sino que, como eventos psíquicos que son, no hay dos iguales, incluso tratándose de la misma persona. No obstante, podemos suponer que existe una persona de firmes convicciones morales, que mantiene de modo constante a lo largo de su vida la misma actitud psíquica, de aceptación o de rechazo, respecto a conductas de cierto tipo y que existe otra persona que, de igual modo, mantiene actitudes similares respecto a conductas de ese mismo tipo; es decir, podemos suponer, dicho en los términos usados por Shapiro, que las reglas morales de mi amigo son muy parecidas a las mías. Ello no implica que existan reglas morales objetivas cuyo «contenido» sea compartido o aceptado por mi amigo y por mí, cualquiera que sea la calificación que se aplique a esas supuestas reglas objetivas (naturales o positivas, absolutas o relativas, inmutables o variables, críticas o no, etc.).

¹⁰ Véase ALCHOURRÓN y BULYGIN, 1993a: 92-107; ALCHOURRÓN y BULYGIN, 1993b: 273.

¹¹ SHAPIRO, 2014: 37.

¹² ALCHOURRÓN y BULYGIN, 1993b: 277 y 293.