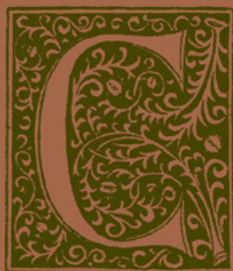


Ángel M.
López y López
Francisco Javier
Ansuátegui Roig

*Norma y juez en la
aplicación del Derecho*



FUNDACIÓN COLOQUIO JURÍDICO EUROPEO

MADRID

PRESIDENTE:

Ernesto Garzón Valdés

SECRETARIO:

Antonio Pau

PATRONOS:

M.^a Emilia Adán

María José Añón

Benito Arruñada

Manuel Atienza

Francisco José Bastida

Paloma Biglino

Victoria Ortega

Francisco Caamaño

Alfonso Candau

Françesc de Carreras

M.^a Emilia Casas

Pedro Cruz

Miguel Ángel Fdez. Ordóñez

Basilio J. Aguirre Fernández

Jesús González Pérez †

Vicente Guilarte

Liborio Hierro

Juan F. López Aguilar

Joaquín Martín Cubas

Fernando P. Méndez

Antonio Manuel Morales

Santiago Muñoz Machado

Fernando Pantaleón

Celestino Pardo

Juan José Pretel

M.^a Elvira Roca Barea

Margarita Soler

Carmen Tomás –Valiente

Fernando Vallespín

GERENTE:

M.^a Isabel de la Iglesia Monje

*Norma y juez en la aplicación
del Derecho*

Ángel M.
López y López
Francisco Javier
Ansuátegui Roig

*Norma y juez en la
aplicación del Derecho*



FUNDACIÓN COLOQUIO JURÍDICO EUROPEO

MADRID

© 2022 FUNDACIÓN COLOQUIO JURÍDICO EUROPEO

© Ángel M. López y López y Francisco Javier Ansuátegui Roig

I.S.B.N.: 978-84-09-49218-3

Depósito legal: M-M-7669-2023

Diseño e impresión: Artia Comunicación Gráfica

No está permitida la reproducción total o parcial de este libro, ni su tratamiento informático, ni la transmisión de ninguna forma o por cualquier medio, ya sea electrónico, mecánico, por fotocopia, por registro u otros medios, sin el permiso previo y por escrito de los titulares del Copyright.

ÍNDICE

LA INTERPRETACIÓN DE LA LEY ESCRITA (*STATUTES*) EN LA EXPERIENCIA JURÍDICA DE LOS ESTADOS UNIDOS

<i>Angel M. López y López</i>	11
1. El problema del poder de los jueces	12
2. La experiencia jurídica norteamericana. <i>Textualism versus intentionalism</i>	13
3. <i>Common law</i> en sentido estricto y <i>Statutory Law</i> en el Derecho de Estados Unidos.....	15
4. El Derecho moderno como superador del puro casuismo. Soluciones monistas y soluciones dualistas	16
5. El dualismo inglés con supremacía del precedente	17
6. El dualismo norteamericano como integración <i>in pari</i> de ley y precedente.....	19
7. Enfoques básicos de textualismo e intencionalismo.....	22
8. Trascendencia política de uno u otro enfoque ..	24
9. Una defensa del textualismo: A. SCALIA.....	27

10. Una defensa del intencionalismo: R.DWORKIN	32
11. La visión de un historiador no jurista. G.WOOD: inexistencia de legitimación democrática del poder de los jueces	33
12. La difícil coexistencia entre <i>common law</i> y <i>statutes</i> en el Derecho Norteamericano	36
13. La ardua valoración de conjunto del problema	39
14. Problemas interpretativos sin relevancia constitucional en la Corte Suprema	42
15. La doctrina de la <i>deference</i>	42
16. La doctrina del <i>statutory precedent</i>	44
17. La interpretación judicial entre razón jurídica y voluntad política	51
18. Lecciones para <i>civilians lawyers</i>	51
19. La potestad de revisar las leyes y la posibilidad de una autónoma voluntad política de los jueces	53
20. La necesaria huida de visiones maniqueas del principio democrático	54
ANEXO. ALGUNAS SENTENCIAS <i>LANDMARK</i> CON BREVE INDICACIÓN TEMÁTICA	56

CONSTITUCION, LEY, JUECES:
SOBRE LA TRANSFORMACION
DE LA RELACION ENTRE
NORMAS Y OPERADORES JURIDICOS

<i>Francisco Javier Ansuátegui Roig</i>	59
1. Premisa	59
2. Sobre el activismo judicial.....	66
3. Creación del Derecho y división de poderes	68
4. Una perspectiva descriptiva	72
5. Fuentes y operadores jurídicos	73
6. Posición y funciones del juez.....	85
7. Creación del Derecho y responsabilidad del juez.....	92

LA INTERPRETACIÓN DE LA LEY ESCRITA (*STATUTES*) EN LA EXPERIENCIA JURÍDICA DE LOS ESTADOS UNIDOS

Angel M. López y López

INDICE: –1. El problema del poder de los jueces. –2. La experiencia jurídica norteamericana. *Textualism versus intentionalism*. – 3. *Common Law* en sentido estricto y *Statutory Law* en el Derecho de Estados Unidos. –4. El Derecho moderno como superador del puro casuismo. Soluciones monistas y soluciones dualistas. –5. El dualismo inglés con supremacía del precedente. –6. El dualismo norteamericano como integración *in pari* de ley y precedente. –7. Enfoques básicos de textualismo e intencionalismo. –8. Trascendencia política de uno u otro enfoque. –9. Una defensa del textualismo: A. SCALIA. –10. Una defensa del intencionalismo: R. DWORKIN. –11. La visión de un historiador no jurista. G.WOOD: inexistencia de legitimación democrática del poder de los jueces. –12. La difícil coexistencia entre *common law* y *statutes* en el Derecho Norteamericano. –13. La ardua valoración de conjunto del problema. –14. Cuestiones interpretativas sin relevancia constitucional en la Corte Suprema. –15. La doctrina de la *deference*. –16. La doctrina del *statutory precedent*. –17. La interpretación judicial entre razón jurídica y voluntad política. –18. Lecciones para *civilians lawyers*. –19. La potestad de revisar las leyes y la posibilidad de una autónoma voluntad política de los jueces. –20. La necesaria huida de visiones maniqueas del principio democrático.

1. El problema del poder de los jueces

Nuestra atención al tema se justifica porque es central y absolutamente de nuestro tiempo: el encuadramiento del poder de los jueces en el actual Estado Constitucional, y no, en cambio, en la garantía de su independencia, (que no ha sido el problema estructural esencial de la actividad jurisdiccional, desde Montesquieu hasta hoy), problema nunca del todo resuelto. En efecto, en una situación de normalidad democrática, el problema no es que el Legislativo o el Ejecutivo sofoquen al Poder Judicial, sino que este se subroge en las potestades de aquellos, mas alla de lo constitucionalmente lícito, temor de ayer y hoy^[1].

[1] Temor de ayer en Montesquieu y Hamilton, temor de hoy, parte al hilo del neoconstitucionalismo (R.HISRCHL, *Towards juristocracy*, Cambridge(Mass), 2004, y en una gran medida consecuencia de la crisis de la ley, unas veces por su ausencia, otras por su deficiencia, en algunas ocasiones porque el vacío del legislador es premeditado para apoderar a los jueces, poder en todo caso propiciado por la textura mucho más “abierta” de las leyes en el Estado Social, plenas de cláusulas principales y conceptos jurídicos indeterminados (describe bien tal situación O.BACHOF, *Jueces y Constitución*, Madrid). La evolución en esta dirección viene magistralmente ilustrada (pese al título, no solo para Italia) por P. GROSSI, *Il diritto civile in Italia fra moderno y posmoderno. Dal monismo legalistico al pluralismo giuridico*, Milano, 1921; y en resultados como el descrito para el Derecho europeo en la colección *Oltre la legalità*, Bari, 2020, pp.37-62 (“*Sul diritto europeo come diritto giurisprudenziale*”). Ahora bien, aceptando plenamente que la era “monística” ha finalizado su trayecto histórico (permítaseme remitirme a mi ensayo “Absolutismo giuridico, vent’anni dopo (uno sguardo spagnolo)”, en *Quaderni fiorentini per la storia giuridica moderna*, no com-

2. La experiencia jurídica norteamericana. Textualism versus intentionalism

La cuestión aparentemente formal del anterior problema para la experiencia jurídica norteamericana es el enfrentamiento a la hora de interpretar la Constitución y los *statutes* (utilizaremos el término en inglés como sinónimo de ley escrita) entre dos posturas en su formulación antagónicas (las llamaremos desde ahora textualismo=*textualism* e intencionalismo, del que se pueden predicar dos versiones, *intentionalism* o *purposivism*, con conciencia de una cierta fragilidad de la distinción de las

parto la misma fe en la jurisprudencia, ni confianza alguna en las instituciones derivadas de la globalización, que en tantos casos son productos de laboratorio de las *law firms*, demasiadas veces representantes de poderes económicos planetarios alejadísimos de una mínima idea de bien común (y de nuevo me remito a un trabajo mío, “*Hic sunt leones. La dimensión jurídica en la era de la globalización*”, ahora en *Derecho civil constitucional*, Sevilla, 2015, pp.), poderes ante los que los Estados y las organizaciones supraestatales prestan una sumisión, tal vez obligada. Como se puede fácilmente entender, estas afirmaciones entran dentro de un debate político-jurídico que aquí no se puede abordar. Empero, creo que se podría estar de acuerdo que hay que mantener un equilibrio entre el papel los jueces y el de los legisladores, porque la cuestión de la legitimidad democrática no se plantea en los mismos términos. Perder de vista este equilibrio lleva a exacerbadas afirmaciones como las contenidas en el libro *The Judge in a Democracy* (Princeton, 2006) del ex presidente del Tribunal Supremo israelí Aharon BARAK. Dura y (creo) justa crítica en R. BORK, “Barak’s Rule”, *Azure*, 2007 (winter5767), pp.125-132.

dos versiones)^[2]. Conviene decir que, según algunos, ese antagonismo está muy lejos de ser absoluto a la hora de la práctica judicial, y esta no se decanta por ninguna de las dos como metodología excluyente, e incluso no se plantea la distinción, moviéndose a la hora de juzgar con el empirismo casuístico del *common law*^[3]. Con

[2] Los términos del antagonismo están representado por dos grandes del Derecho anglonorteamericano H.L.HART y L.FULLER en una celeberrima polémica, aun viva, que data de dos artículos en la *Harvard Law Review* en 1958(que se desenvuelven a través de los posibles entendimientos de un anuncio que prescribiera a la entrada de un parque público “*No vehicles in the park*”), cuyas fuentes y términos se pueden encontrar resumidos en P. SCHLAG, “No vehicles in the park”, *Seattle University Law Review*, 1999, pp.381-389, y con algo más de extensión y más recientemente en F. SCHAUER “A critical guide to vehicles in the park”, *New York University Law Review*, 2008, pp.1109-1134. Curioso análisis reciente en “An experimental guide to vehicles in the park” de N..STRUCHINER, I. R. HANNIKAINEN, y G. DA F. C. F. DE ALMEIDA, *Judgement and Decision Making*, Mayo,2020, pp. 312-329. Ni que decir tiene que la polémica entre HART y FULLER va mas alla de la teoría de la interpretación, involucrando problemas fundamentales de la Teoría del Derecho: concepto de regla frente al de principio, ley y moralidad, y en suma concepto del Derecho mismo, de los que aquí no cabe más que dar aviso.

[3] Así, lo pone de relieve, autodeclarándose “textualista” NELSON, Caleb, “What is textualism?” *Virginia Law Review*, 2005: “... *All that the textualist rhetoric really signifies, however, is that textualist judges need not frame their approach to each individual case in terms of the legislature’s intent. It does not follow that legislative intent is irrelevant to textualism. In this respect as in others, the difference between textualism and intentionalism may simply reflect the contrast between rules and standards.*” (pag. 418, fragmentos). Con ser cierto lo dicho por NELSON, da la sensación de ser un relato adecuado para *id quod plerumque accidit*, y la conclusión subrayada me parece algo simplista”. La cuestión de la adopción de una u otra metodología tiene muchas

independencia de si esta percepción puede ser generalizada, conviene dotarse inmediatamente de una definición funcional de una y otra metodología interpretativa, lo más neutra posible, lo que resulta bastante complicado, porque las primeras disensiones consisten precisamente en que ni textualistas ni intencionalistas tienen una idea uniforme para su propia tesis, entre otras cosas, porque muchas veces son definidas en relación con la posición contraria, de modo dialéctico y poco servicial^[4].

3. Common law en sentido estricto y Statutory Law en el Derecho de Estados Unidos

Antes deberíamos hacer unas consideraciones generales, destinadas a establecer algo que se olvida con frecuencia, y es que en el ámbito del Derecho norteamericano (y también en el inglés) *common law* tiene un sentido más restringido que su utilización como denominación global de su sistema, aunque, obviamente, hay

más espinas, como habrá de verse. En el mismo orden de ideas, MANNING, J., “What Divides Textualists from Purposivists?”, *Columbia Law Review*, 2006, pp. 70-111, pero señalando que, con algún elemento de refinamiento del contexto semántico, el textualismo es una metodología más objetiva y más respetuosa con la supremacía del Legislativo (que es justamente lo que niegan los intencionalistas, dado que la fórmula textualista hace inútil el propósito del Congreso, y desoye su mandato, vulnerando la separación de poderes).

[4] Es la advertencia que nos hace NELSON, *op.cit.*

bastantes casos en que se emplea para ese fin. En sentido estricto, *common law* es el Derecho que deriva de los precedentes, y se opone al que deriva de los órganos legislativos, *statutory law*. Si no se parte de que son dos mundos, aunque no separados cada uno con su propia dinámica, se puede condenar al *civil lawyer* a un grado importante de incomprensión de todo el Derecho inglés y el Derecho norteamericano, singularmente de este.

4. El Derecho moderno como superador del puro casuismo. Soluciones monistas y soluciones dualistas

El Derecho moderno, es notorio, surge como superador del puro casuismo. MAX WEBER^[5] ilustró en su momento, con razones que hoy se pueden compartir, el tardío desdoblamiento entre regla y caso: solo entonces puede nacer el juicio como relación entre criterio general y caso concreto, y podemos ver en el Derecho una dimensión preceptiva y una dimensión aplicativa, que son intermediadas por lo que conocemos como interpretación o proceso interpretativo. Hay dos modelos modernos de las dos dimensiones: en uno existe una norma general preexistente, de carácter *abstracto*, que

[5] En las archinotorias páginas de *Economía y Sociedad*, I, Ciudad de Mexico, 1944, pp-611-660, *passim*

suministra los criterios para resolver el caso *concreto*, que identificamos como un conflicto de intereses entre consorciados destinatarios de la norma. En el otro modelo, aquellos criterios no los suministra una norma general y abstracta, sino la acomodación de la resolución del conflicto de intereses a resoluciones concretas para casos similares. Podemos, aunque somos conscientes de que la simplificación puede esconder —de hecho, lo hace— una multitud de vastísimos e importantes detalles, que el primero es un modelo monista, en el que norma no es más que la previa general y abstracta, siendo la resolución judicial un acto meramente aplicativo; el segundo lo llamaríamos dualista, porque la resolución judicial concreta también puede ser una norma que se proyecte hacia el futuro, en forma de precedente.

5. El dualismo inglés con supremacía del precedente

El modelo anglonorteamericano es dualista, pero con muy diverso alicio en Inglaterra y EEUU. El primitivo modelo dual, está claramente basado en Inglaterra en dos pilares: el *law making* judicial como regla general y la ley escrita como fuente residual^[6]. Se afirma

[6] Como ilustra magistralmente T. RAVÁ, *Introduzione al diritto de la civiltà europea*, Milano, 1982, pp.126-137.

la *supremacy of Parliament* como principio y al tiempo se extrema como regla básica de interpretación de los *statutes* la *golden rule*, que no es sino un mecanismo de entendimiento de estos tan restrictivo y tan literalista, que los priva de efectividad, para afirmar el libre *law making* judicial. En estas condiciones resulta casi implantable la interpretación extensiva de los *statutes* para el *casus dubius* e inaceptable la analogía para el *casus omissus*. Se alegan como razones profundas de esta visión la inestabilidad y deficiencia de las legislaturas, cosa en gran medida cierta, pero también históricamente intervino la motivación de la preservación del Poder Real, cuyo baluarte eran los jueces; ello explica que la naturaleza auténticamente creativa de la *rule* en *common law*, pasó por momentos de crisis en la época de la Gloriosa Revolución, por la desconfianza ante los *lions under Crown*, como solían apellidar a los jueces; pero estos capearon el temporal negando y reafirmando a un tiempo el principio *stare decisis*, procurando en el uso de los precedentes un notable *self restraint* y afirmando la supremacía del valor derogatorio de los *statutes*. Este planteamiento, que tiene un punto de paradoja, está aún vivo. No obstante, hay profundos gérmenes de crisis. No sabemos cuál será finalmente la resaca normativa del *Brexit*, pero los años de permanencia en la Unión Europea han acentuado la “convergencia asintótica” entre Derecho Inglés y Derecho Europeo de corte

civilian. Expongo esta idea con mas detalle en otro lugar^[7].

6. *El dualismo norteamericano como integración in pari de ley y precedente*

- a) Por el contrario el modelo norteamericano es de una dualidad confesada y conflictiva. Es problema antiguo, como habrá de verse, y hay al respecto anticipatorios ensayos de F. HORACK y de R. POUND^[8]. El *common law* es base sapiencial, pero los *statutes* no son residuales ni existe una aplicación estricta de la *golden rule*. Los *statutes* tienen una firme presencia, pues o son ancilares del *common law* (*Federal Rules of Civil Procedure*), o buscan uniformar aspectos vitales de la economía, sustrayendo poder a los Estados (*Bankruptcy Act, Interstate Commerce Act*), o codificar el propio *common law* (*Uniform Commercial Code*); uniformidad que acaban logrando

[7] “Derecho inglés y *civil law*: la «convergencia asintótica» (A propósito de John Cartwright, Introducción al Derecho inglés de los contratos, Cizur Menor, 2019), *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, Vol. 49, N° 1, 2020, pp.. 773-793.

[8] Véase nota 24.

de facto los *Restatements*^[9], que son una recopilación privada.

- b) Pese a la herencia inglesa, esta dualidad *in pari* era estructural desde los orígenes del Derecho USA, por no resultarles extraña la ley escrita (empezando por la propia Constitución), y por la aversión a los jueces de la potencia colonial, jueces del Antiguo Régimen, dotados de poder ejecutivo. Pero la herencia inglesa pesaba de forma sapiencial (era lo que habían estudiado los *Foundings Fathers*, sobre todo a Blackstone) y por variadas razones no fructificó ningún proyecto de Codificación; en consecuencia la convivencia entre los dos miembros era pacífica, porque la ausencia de intervención estatal hacía que el mundo de los *statutes* con vocación de duración y alcance general fuera reducido e instrumental al del *common law*. A su lado, convivía un número bastante elevado de *statutes* más coyunturales y heterogéneos, del que se tenía una idea peyorativa de su incapacidad de generar principios, aunque esta percepción se estimaba incorrecta por doctrina

[9] Al respecto, véanse las sugerentes paginas de D. FURNISH “Fuentes del Derecho en los Estados Unidos: la muerte del Derecho consuetudinario, las fuentes escritas en la edad del Derecho positivo, y el papel y efecto de los *Restatements of the Law*” en *Ius et Veritas*, 1996, pp.143-162.

influyente (HORACK), que estimaba que no menos magmática e inorgánica era la masa de los precedentes. Ello dió lugar al nacimiento del *American Law Institute* (1923) y a los *Restatements*, recopilaciones privadas de la jurisprudencia y soluciones legales más comunes o prestigiosas, de enorme valor unificador en la práctica en todo el territorio de los EEUU.

- c) Hoy está firmemente asentado en USA como línea de principio que no son esferas distintas el *common law* y los *statutes*, y afirmada la extraordinaria preponderancia de estos, pero el papel de los jueces es distinto en una y otra. El problema se sitúa en si comparten medios de interpretación, y el valor de la regla *stare decisis*, con lo cual la cuestión de la relación en abstracto entre las dos esferas en la práctica es poco útil.
- d) La interpretación en *common law* (prácticamente, este sería en gran parte lo que nosotros llamamos Derecho Privado), está presidida por una libertad cuasi absoluta, y sin problemas constitucionales; el único límite es la regla *stare decisis*, y en los “casos difíciles” ni siquiera es así. Aquí sí se aprecia una notable fractura entre la interpretación en *common law* en sentido estricto e interpretación en los *statutes*, como se verá. Cumple

señalar que, también en gran medida, los *statutes* no suelen afectar directamente al núcleo esencial de las relaciones jurídico-privadas^[10], pues aquellos suelen consistir en relación con ellas en medidas de corte regulatorio y financiero, mas próximas a lo que convencionalmente llamamos Derecho Público^[11].

7. *Enfoques básicos de textualismo e intencionalismo*

Convendría, aún con conciencia de su relatividad, alguna aclaración: los términos de la distinción se han producido principalmente en materia de *statutory interpretation*, y no en el ámbito del *common law*, dada la asunción de principio de que el juez en *common law* decide *solo y exclusivamente* desde la perspectiva del precedente, juez de cuya capacidad para crear Derecho nadie discute, desde el instante en que no hay reglas de origen parlamentario, de las

[10] Lo que, por otro lado, tendría graves problemas constitucionales de competencia, pues estas materias son, con alguna excepción, propias de los Estados, no de la Federación; a lo que se debe añadir la consolidada jurisprudencia –aunque durante décadas fue la contraria: vid. *Swift v. Tyson* (1842)– desde el *overruling* de 1938 en *Erie Railroad Co. v. Tompkins*, que niega la existencia de un *common law* federal.

[11] Sobre la relatividad de la distinción entre Derecho Público y Derecho Privado, las magistrales e insuperadas páginas, pese a los años transcurridos, de M. GARCÍA PELAYO, voz «Derecho Público», *Nueva Enciclopedia Jurídica Seix*, Barcelona, 1950.

que se pueda cuestionar su observancia o no. De ahí que las metodologías interpretativas han de ser distintas. Con todo, el flujo de una y otra es cada vez más importante, y tiene un *punctum pruriens* muy significativo por la discusión del valor de la regla *stare decisis*, también aplicable, en línea de principio, a la *statutory interpretation*. Una fuente muy reconocida^[12] nos permite, de acuerdo con la doctrina norteamericana más general, exponer los enfoques más básicos de la interpretación y construcción de las leyes: textualismo, intencionalismo. El primer enfoque es el “textualismo” o “textualismo de sentido llano”. La idea central del textualismo es simple: el efecto de una ley debe ser consistente con su significado lingüístico, con utilización del contexto, cuando las palabras son ambiguas e incompletas. Un segundo enfoque de la interpretación legal se centra en las intenciones de los legisladores. Las intenciones son estados mentales, pero los legisladores que redactan y luego promulgan los *statutes* pueden tener muchos estados mentales diferentes que son irrelevantes para la interpretación y construcción estatutarias; la que vale es la llamada “intención comunicativa” del legislador, es decir la que especifica el contenido

[12] *Legal Theory Lexicon*, editado por Laurence B. SOLUM <http://lsolum.typepad.com/legaltheorylexicon/>. Cabe señalar que SOLUM es un teórico del Derecho reconocido internacionalmente que trabaja en teoría constitucional, procedimiento y filosofía del derecho.

que la legislatura pretendía que comprendieran los lectores de la norma. Si los redactores de la ley usaran palabras en su sentido habitual y ordinario, esperaríamos que las intenciones comunicativas de los legisladores fueran muy similares al significado llano del texto.

8. *Trascendencia política de uno u otro enfoque*

- a) Tal vez deba pedir alguna disculpa por algunos de los anteriores párrafos que *prima facie* parecen literatura escolar, y hasta cierto punto lo son; pero solo hasta cierto punto: todos ellos rezuman la existencia de variantes y matices que pueden dificultar su nítida distinción; pero la virulencia del enfrentamiento doctrinal revela la existencia de un núcleo propio, del que es prueba la trascendencia política de las decisiones que se pueden adoptar usando una y otra metodología, y que por consiguiente pueden, sobre todo en decisiones cruciales, dar lugar a soluciones distintas.
- b) Precisamente en esto reside el interés de lo que narramos, porque focaliza el problema como un enfrentamiento político entre dos poderes, el Legislativo y el Judicial, perspectiva que, con alguna excepción^[13], no se

[13] G. TARELLO, *L'interpretazione della legge*, Milano, 1980; P. SALVADOR, *La Compilación y su historia. Estudios sobre la codificación e interpretación de las leyes*, Barcelona, 1985.

ve en nuestra doctrina continental habitual, que vive en una suerte de ensoñación de que los problemas de exceso en la función jurisdiccional o invasión o interferencia del Ejecutivo hay que tratarlos dando por supuesto un marco estructural estable de la separación de poderes, así como de la legitimación y límites de aquella función por el principio de sumisión a la ley^[14]. Ensoñación, digo, porque dichas premisas en el actual Estado constitucional muestran radicales insuficiencias.

- c) El problema tuvo recientemente en EEUU un momento de resonancia científica importante con motivo de las conferencias Tanner, pronunciadas por Antonin SCALIA en *University Center for Human Values* de la Universidad de Princeton, bajo el título: *Common-Law Courts in a Civil-Law system: The Role of the United States Federal Courts in Interpreting the Constitution and the statutes*, que se publicaron junto con los comentarios de académicos de renombre, que fueron en este caso Gordon WOOD, de Historia Americana en la Universidad de Brown

[14] A mi modo de ver, y en contra de lo que casi unánimemente se opina, manifiestamente insuficiente por sí solo, desde el instante en que los sometidos a la ley son dueños en el *casus omissus* y en el *casus dubius*, de determinar el alcance de la sumisión. Una afirmación de este calado necesitaría una argumentación que no estoy en condiciones de realizar aquí.

y uno de los principales estudiosos de los avatares del proceso fundacional de los Estados Unidos; Laurence TRIBE, de Derecho constitucional en la de Harvard y quizás el más renombrado especialista en Derecho constitucional “liberal”; Mary Ann GLENDON, también de Derecho constitucional en la de Harvard, cuyo trabajo académico se centra en el Derecho comparado, con (merecida) reputación de “conservadora; y Ronald DWORKIN, profesor de *Jurisprudence* de la Universidad de Nueva York y de la Universidad de Oxford, considerado (no siempre) uno de los grandes juristas del mundo de habla inglesa, por la amplitud de sus horizontes temáticos. Será útil partir de esta polémica, que ha cosechado encontrados partidarios entre los juristas norteamericano^[15].

[15] Para mayor ilustración sobre la polémica me permito remitir a mi trabajo “La interpretación de los *statutes* en la experiencia jurídica norteamericana: A proposito de *A Matter of interpretation* de A. Scalia y otros”, en *Quaderni Fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, 2022, pp 593-625, cuyo texto utilizo ampliamente en algunas partes del presente.

9. Una defensa del textualismo: A. SCALIA

- a) Los problemas derivan, según SCALIA de la indebida injerencia^[16] de los métodos del *common law* en la interpretación de los *statutes*. Es el punto central de sus tesis, porque el *law-making* basado solo en el precedente es para él indiscutible, desde el instante en que en su formulación no se plantea apartarse de una norma elaborada por un legislador democrático, lo que, en cambio, puede acaecer en la interpretación de los *statutes*. El respeto al principio democrático es su última razón al defender el textualismo, y ello no se da, por definición, en el mecanismo autorreferencial de resolución del conflicto propio de los casos de *common law*, sino cuando para resolverlo existe un texto normativo de autoridad de origen democrático. “El juez -el Holmes, el Cardozo- que es el hombre (o la mujer) que tiene la inteligencia para discernir la mejor norma de derecho para el caso en cuestión y, a continuación, la habilidad para llevar a cabo una carrera a treves de los casos anteriores y desecharlos, y así

^[16] *Common-Law Courts in a Civil-Law System: The Role of United States Federal Courts in Interpreting the Constitution and Laws.*

quedar libre para imponer su decisión.”^[17]

El problema se plantea cuando se trata de la legislación^[18], por definición de origen democrático, dado que la aplicación de aquella tradición entra en conflicto con los principios de la democracia. Tanto las realidades prácticas como la doctrina de la separación de poderes prohíben cualquier idea de que los jueces deban legislar de forma democrática.

- b) Si el arte y la experiencia del juicio de *common law* ya no son aplicables, ¿qué va a ocupar su lugar? Citando a H.L. HART y A. SACKS^[19], SCALIA dice que

[17] *A Matter*, pág.9.

[18] *A Matter*, pág.9-14.

[19] La referencia es al notorio conjunto de apuntes y explicaciones, reiteradamente utilizado, y que fueron recientemente reunidos y depurados por W. EDSKRIDGE y Ph. FRICKAY con el título *The legal process: basic problems in the making and application of law*, by Henry M. Hart, Jr., and Albert M. Sacks, edited by William N. Eskridge, Jr., and Philip P. Frickey, New York. 1994. La intrahistoria del texto es narrada por los propios editores en *Commentary the making of the legal process*, en *Harvard Law Review*, 1993-1994, pp. 2032-2055, y como era de esperar, no faltaron reparos a las tareas de los editores, y otra cosa hubiese sido impensable, si se tiene en cuenta el manejo del libro por tantos juristas y de tan dispares tendencias. Véase SEBOK, ANTHONY J., “Reading “The Legal Process” Reviewed The Legal Process: Basic Problems in the Making and Application of Law by Henry M. Hart, Albert M. Sacks, William N. Eskridge, and Philip P. Frickey,” en *Michigan Law Review*, Mayo, 1996, Vol. 94, No. 6, 1996. Subraya la enorme importancia para la teoría y para la práctica de *The Legal Process*, a lo largo de años y en toda Norteamérica BARZUN, CHARLES L., en “The Forgotten

“los tribunales estadounidenses no tienen una teoría inteligible, generalmente aceptada y consistente de la interpretación de los leyes”^[20]. A falta de esta teoría, se suele decir que los tribunales deben dar efecto a la intención de la legislatura. SCALIA sugiere que hay dos tipos de intención, la subjetiva y la “objetivada”. La intención subjetiva es el efecto no expresado pero intencionado que se le da a la ley; la intención objetiva es “la intención que se le da a la ley”; objetiva es “la intención que una persona razonable podría deducir del texto de la ley” Es la primera de las intenciones la que SCALIA rechaza desde una visión diríamos procedimental del proceso legislativo: en efecto lo que tiene el poder de obligarnos es la “ley”, y se establecen elaborados procedimientos que deben seguirse antes de que algo pueda convertirse en tal “ley”. Una “ley” debe ser aprobada

Foundations of Hart and Sacks”, *Virginia Public Law and Legal Theory Research*“ (Noviembre 14, 2011). Documento electrónico: <https://ssrn.com/abstract=1959406>. Estas pocas indicaciones no pretenden ser más que avisos de una obra de uso casi generalizado y canónico, pero en cuya validez está implicado el concepto de Derecho de H.L.HART, que dio origen a una más que notoria polémica con otro grande del Derecho Norteamericano, LON L. FULLER, de la que se hace eco el propio BARZUN. Como es lógico, nosotros no podemos hacer en este trabajo más que la anterior somera indicación.

[20] *A Matter*.

por la mayoría de ambas Cámaras del Congreso y firmada por el Presidente. Si se pretende que algo sea una regulación, sin observar estas exigencias, se frustrarían las salvaguardias constitucionales. SCALIA eleva a categoría del mal hacer interpretativo el celeberrimo caso de 1892 *Church of Holy Trinity v. United States*^[21], lo que desde luego está completamente justificado en su pensamiento, desde el momento en que la Corte Suprema descubre la intención de la legislatura, con recurso a la historia legislativa para alcanzar el resultado (por cierto con decisión unánime), intención e historia que son sus confesadas *bêtes noires*, como más adelante se indica. Resulta extraordinariamente significativo su juicio de que, seguramente, la decisión era la más razonable y justa, pero que

[21] Como resulta bastante conocido, la Corte Suprema corrigió a un Tribunal de Circuito (Apelación federal) cuando sostuvo que la contratación de un pastor religioso inglés estaba dentro de una prohibición legal, que vetaba una “persona, empresa, sociedad o corporación, de cualquier manera, pagar por adelantado el transporte o ayudar de alguna manera o incentivar la importación o migración, de cualquier extranjero o extranjeros, cualquier extranjero o extranjeros, a los Estados Unidos ... bajo contrato o convenio ... para realizar labores o servicios de cualquier tipo en los Estados Unidos”. De la historia legislativa y deducida de ella, para la Corte era obvio que la prohibición se refería casi con toda seguridad a los trabajadores manuales y no a clérigos, y que la legislatura no podía haber tenido la intención de incluirlos en la prohibición.

nunca debería haberse tomado sacrificando un texto claro; para él tal excepción abriría las puertas a todos los excesos^[22].

- c) En cualquier caso, *Church of Holy Trinity* será siempre el paradigma del desencuentro entre textualistas e intencionalistas. Para los primeros por muy deseable que sea el resultado, jamás puede decretarse ignorando una interpretación literal clara, para los segundos nunca puede obviarse tal resultado cuando claramente corresponde a la intención del legislador, aunque haya de superarse un entendimiento literal inequívoco, *prima facie*. De todos modos, conviene señalar que *Church of Holy Trinity* es precisamente un paradigma por su carácter extremo. En la práctica habitual, la entrada en juego del textualismo o del intencionalismo parte de leyes cuyos términos en disputa son más o menos ambiguos; y ello quizá sea la causa del empirismo de los jueces, buscando la solución aceptable de los problemas, sin necesidad —queda

[22] En mi opinión, dicho sea al paso, y sin ignorancia de la amplia problemática que subyace, el razonamiento de la sentencia no merece juicio tan severo, creo, porque lo que opera, diríamos en términos europeo-continenciales, es una interpretación restrictivo-finalista de términos tan amplios que no pueden ser entendidos en su pura literalidad sin vulnerar la intención del legislador; pero es también claro que para un textualista ese mecanismo de restricción de términos claros, por muy generales que sean, es ilegítimo.

dicho— de adscribirse a una u otra metodología; aunque, en ocasiones, ello no evita que el enfrentamiento entre ellas conduzca a contradicciones importantes y muy relevantes socialmente.

10. Una defensa del intencionalismo: R.DWORKIN

La posición de DWORKIN en la polémica se fija en la interpretación constitucional, pero es clara doctrina aplicable también a la de los *statutes* sin duda alguna, pues el problema es el mismo. Según él, hay dos tipos de intención legislativa: la intención semántica y la intención de expectativa. La primera se refiere a lo que el hablante pretendía decir; la segunda se refiere a lo que el hablante intenta (o espera que suceda). Contra la primera no se alza SCALIA, como se verá, aunque prefiere la terminología importación semántica. Para explicar el alcance de la segunda DWORKIN utiliza como ejemplo la “cláusula de protección igualitaria”^[23], cuyos redactores, se puede decir con cierto grado de confianza, no tenían la intención (en el sentido de esperar) de prohibir la segregación en las escuelas. Después de todo, el mismo Congreso que aprobó la enmienda también autorizó las

[23] Enmienda Decimocuarta, y en aspectos concretos, Decimotercera y Decimoquinta, de la Constitución de Estados Unidos.

escuelas segregadas en el Distrito de Columbia. Al mismo tiempo, lo que decían, y pretendían decir, era que las personas tenían derecho a la misma protección de las leyes, y “la mejor de sus intenciones semánticas supone que querían, y lo hicieron, establecer un principio general de moralidad política que (ya había quedado claro en 1954) que condenase la segregación racial”.

En última instancia DWORKIN cree que toda tarea interpretativa no puede utilizar solo el texto y necesita emitir juicios morales, pero “esa es la esencia del juicio”.

11. La visión de un historiador no jurista.

G.WOOD: inexistencia de legitimación democrática del poder de los jueces

- a) En la polémica, a mi modo de ver, tiene extraordinario interés, la aportación del historiador GORDON WOOD^[24] al reseñar las opiniones contemporáneas acerca de la judicatura en la época de la fundación de la República; una historia, dice, que aún no se ha contado. WOOD narra un movimiento de vaivén con circunstancias altamente explicativas del problema que nos ocupa. Parte de que, evidentemente, los jueces modernos se

[24] *A Matter*, pp. 49-63.

han convertido en creadores en lugar de simples intérpretes de la ley, han llegado a ejercer un grado de autoridad sobre nuestras vidas que no tiene paralelo entre las naciones occidentales modernas. Levanta acta de que los jueces no son elegidos y, sin embargo, hacen cosas que presumiblemente sólo los representantes elegidos popularmente deberían poder hacerlo. Sin embargo, para él la naturaleza antidemocrática de la autoridad judicial no es una novedad ni un problema para los estadounidenses, como lo es para SCALIA. Aunque la historia aún no se ha contado en gran medida, en casi todos los Estados se hicieron esfuerzos para eliminar los inútiles *statutes* y tecnicismos legales ingleses y para simplificar y codificar partes del *common law*. El objetivo, como dijo JEFFERSON, era poner fin a “los impulsos excéntricos del diseño caprichoso y caprichoso hombre “y hacer del juez” una mera máquina. Sólo entonces podría protegerse a la gente de convertirse en «esclavos de los magistrados». Una codificación científica y la estricta observancia judicial del texto de la ley liberaría al pueblo de la tiranía judicial.

- b) Según WOOD, esta promesa revolucionaria e ilustrada de promulgación y codificación legislativa precisa nunca se

perdió y continuó con fuerza hasta bien entrado el siglo XIX, como dice el juez SCALIA. Sin embargo, la tarea estaba condenada al fracaso. Los Estados habían promulgados muchos *statutes* pero no siempre en el camino que los reformadores, como JEFFERSON, habrían querido. En este contexto es la Constitución y precisamente su reacción contra los excesos de las legislaturas estatales, la que determina la adjudicación al Poder Judicial (junto con el Ejecutivo) de un papel prominente para evitar aquellos excesos; la adopción de la Constitución fue en parte una reacción contra los excesos de las legislaturas, elevando el Poder Judicial (junto con el Ejecutivo) a un papel prominente en el nuevo gobierno, precisamente para servir de control al Poder Legislativo y al Ejecutivo.

- c) Este modo de ver las cosas legitimaba a los jueces sin tener en cuenta el principio democrático. Esta historia, sorprendentemente, dice WOOD. nunca se ha contado. “Es una historia notable, una de las grandes transformaciones políticas y culturales en la historia de Estados Unidos, y fue acompañada por uno de los grandes esfuerzos de propaganda en nuestra historia. Convencer a las personas de que los jueces nombrados de por vida son una parte integral e independiente de los

gobiernos democráticos de Estados Unidos, igual en estatus y autoridad a los Ejecutivos y Legislaturas electos fue un logro extraordinario al que muchos contribuyeron en las décadas posteriores a la Revolución. Para bien o para mal, los jueces han ejercido ese tipo de presumiblemente antidemocrática autoridad desde el principio de nuestra historia. Nunca hemos tenido un sistema de gobierno puramente democrático, en ningún significado tradicional de ese término.”^[25] En suma, la opinión de WOOD indica que el poder de los jueces tenía estas profundas raíces, y una función de conservación de la propia estructura constitucional, y que por ello el *law-making* del *common law* era perfectamente adecuado por su flexibilidad y su casuismo.

12. La difícil coexistencia entre common law y statutes en el Derecho Norteamericano

A decir verdad, la existencia, la difícil coexistencia, diríamos, entre *common law* y *sta-*

^[25] Expresivamente y fuera del carril común: “*Yet for good or for ill, judges have exercised that sort of presumably undemocratic authority from the very beginning of our history. We have never had a purely democratic system of government, in any traditional meaning of that term. For this reason, from the very outset a good democratic majoritarian like Jefferson never liked judges and the power they wielded.*” *A Matter*, cit. pág. 59.

tutes, que SCALIA utiliza como *background* de su discurso era un problema antiguo en Derecho norteamericano, desde el instante en que de una manera estructural las dos esferas han estado presentes en él, y sin el matiz de excepcionalidad del Derecho inglés; nada extraño, desde el momento en que el fenómeno de la ley escrita es congenial a aquel Derecho, por la propia existencia de la Constitución, y porque la estructura federal no puede consentir una inmisión excesiva del poder judicial federal en los *statutes* de los Estados, y mucho más habida cuenta de la necesidad estricta de expresa atribución de poderes a la federación)^[26]. Ya advertían de la paridad de los dos bloques, anti-

[26] Enmienda Décima de la Constitución: “*The powers not delegated to the United States by the Constitution, nor prohibited by it to the States, are reserved to the States respectively, or to the people.*”, con independencia de la teoría de los poderes implícitos (derivados del Artículo 1. Sección 8., párrafo 18, *To make all Laws which shall be necessary and proper for carrying into Execution the foregoing Powers, and all other Powers vested by this Constitution in the Government of the United States, or in any Department or Officer thereof*). cuya densa problemática no podemos abordar aquí, aunque sí podamos afirmar que nunca ha significado un mecanismo para un sustento directo del apoderamiento por parte de la Unión de competencia estatales; sin ignorar la llegada del “Cesar a la Casa Blanca”—en expresión tan certera como preñada de antipatía política de L. FRIEDMAN, que se ha valido de otros métodos más directos, como la propia historia de la legislación del *New Deal* nos alecciona. Visión general de la cuestión —por otro lado siempre objeto de viva polémica política y académica— se encuentra en el clásico *American Constitutional Law*, de LAURENCE H. TRIBE, Nueva York, 1978, pp. 224-308, en general, 224-232, sin variantes significativas en las sucesivas ediciones.

cupatorios ensayos como los de HORACK y de ROSCOE POUND^[27]. Es claro que el *common law* era la base sapiencial, pero los *statutes* no son considerados en sí mismos residuales (con independencia del juicio que merezcan por su falta de generalidad y escasa calidad técnica) ni existe una aplicación estricta de la *golden rule*. Los *statutes* tienen una firme presencia, aunque hay que decir que en una primera época son ancilares del *common law* (*Federal Rules of Civil Procedure*), buscan uniformar aspectos vitales de la economía, substrayendo poder a los Estados (*Bankruptcy Act, Interstate Commerce Act*) o codificar el propio *common law* (*Uniform Commercial Code*), siempre teniendo en cuenta que la uniformidad de este se acaba logrando *de facto* con los *Restatements*, que son una recopilación privada. Los problemas

[27] Frank Edward HORACK Jr. “The Common Law of Legislation, *Iowa Law Review*, 1937, pp. 41-56: Roscoe POUND “Common Law and Legislation”, *Harvard Law Review*, 1908, pp. 383-407: el debate será más tardío y con otras claves en Inglaterra: vid. su inicio más relevante en P.S. ATIYAH “Common law and statute law”, *The Modern Law Review*, 1985, pp. 1-28, no pudiendo ocuparnos aquí de su muy interesante desarrollo posterior. Tal vez no sería inútil señalar el interés en este asunto de la literatura australiana, por ligada especialmente a la tradición inglesa y tratarse el país de un Estado Federal, por ejemplo las aportaciones de A. POMERENKE y S. DONAGHUE, en el seminario sobre “Statute Law and Common Law”, 17 agosto de 2017 (TC Beirne School of Law, University of Queensland, Bar Association of Queensland, Queensland University of Technology Faculty of Law and Supreme Court Library of Queensland), [https://law.uq.edu.au/Statute and Common Law.pdf](https://law.uq.edu.au/Statute%20and%20Common%20Law.pdf) (fecha de descarga 1 diciembre 2020).

habían de presentarse después, con el final de “la feliz etapa de la libertad contractual absoluta”^[28], con el asentamiento del Estado Administrativo, incluso después del *New Deal*, con la lucha por los derechos civiles. Es entonces cuando la querrela entre textualismo e intencionalismo alcanza su cruda faz política actual. Ahora *The Matter of interpretation* ya no se mueve entre sutilidades y distinguos, sino del todo inocentes, no extraordinariamente relevantes en un país de consensos sociales básicos, antes bien, subyace en él un enfrentamiento entre dos modelos de sociedad con fuertes elementos de antagonismo social y racial, multiplicados por la peculiar estructura federal de la República. Durante décadas no ha habido problema, porque existía una cierta idolatría del “ordo liberalismo” más extremo, lo que explica la notoria influencia en la vida americana del darwinismo social predicado por H. SPENCER.

13. La ardua valoración de conjunto del problema

Una valoración de conjunto de este agudo problema creo que no puede arrojar resultados llanos, dado que el antagonismo entre

[28] *Ad rem* y a propósito del declive de la doctrina sentada en *Lochner v. New York*, L TRIBE, *American Constitutional Law*, cit., pp- 427-456.

las dos dicotomías textualismo—intencionalismo y *common law-statutes* (sobre las que se funda en su mayor parte) involucran casi toda la problemática del Derecho de los Estados Unidos, y no de modo reciente, propiciando argumentalmente un “jardín de senderos que se bifurcan”^[29], senderos todos ellos principales, valga la contradicción. Las cuestiones de interpretación gozaron al menos de un cierto consenso hasta relativamente poco tiempo, y las discrepancias entre los jueces, a veces fuertes, incluso con mayorías nítidas en la Corte Suprema en principio, no tenían forzosamente resultados partidistas, aunque hubiera amplísimos disensos^[30]; pero no se puede negar que la táctica republicana de apoderamiento del Tribunal y empobrecimiento de las opciones demócratas (pese a lo que opina SCALIA, con un claro punto de cinismo, cuando la realidad ha sido bien otra) son una constante desde las presidencias de Richard NIXON y Ronald REAGAN (especialmente este, al nominar como *Chief Justice* a William RENHQUIST, y cuyo ob-

[29] Cual el título del famoso relato de J.L.BORGES.

[30] Como en *United v. Windsor* (2013) sobre el matrimonio homosexual, o en *King v. Burwell* sobre un aspecto esencial del conocido como *Obamacare*, aunque no deja de llamar la atención en este último caso el mecanismo indirecto utilizado para no aceptar la dicción literal de la ley, en aras sobre todo de las posibles consecuencias gravísimas para una gran parte de la población.

jetivo principal durante su largo mandato fue demoler la obra de la Corte WARREN, esencial en el desarrollo de los *Civil Rights* en los años sesenta, bajo las presidencias de John F. KENNEDY y Lindon B. JOHNSON)^[31], hasta que el obstruccionismo republicano y los abusivos nombramientos de TRUMP, han alumbrado una Corte que, ya en sus primeras sentencias, hace sospechar que sus decisiones futuras pueden estar gravemente desequilibradas en favor de una visión conservadora. En todo caso, el meollo de la cuestión no consiste en una pugna sobre la mayor o menor restricción del significado de la “intención semántica” (que diría DWOR-KIN), el papel de los cánones o el de la historia legislativa, y una u otra opción defendida en nombre de la separación de poderes y el principio democrático (razones básicas esgrimidas como arma arrojada, por una y otra) sino sobre si las disposiciones más generales del *Bill of Rights* pueden alumbrar nuevos derechos que se colocarían como usurpadores, al lado de los originales, como

[31] Información suficiente a este respecto, acompañada de juiciosas acotaciones relativas al papel institucional de la Corte en este contexto, con certera percepción, en Alejandro M. GARRO “Algunas reflexiones sobre la corte suprema de los Estados Unidos en su actual composición y el rol institucional de la corte”. *Revista Española de Derecho Constitucional*, Mayo-Agosto 1992, pp.85-96.

con poco rubor cuenta Scalia, o solo caben los segundos.

14. Problemas interpretativos sin relevancia constitucional en la Corte Suprema

En el Derecho norteamericano puede llegar el juicio a la Corte Suprema por otras razones^[32], y plantearse la interpretación del sentido y alcance de una ley escrita sin que se dude de su ajuste a parámetros de constitucionalidad. En este caso, se reproduciría, ciertamente, todo el entramado dialectico ya conocido sobre textualismo e intencionalismo; pero existen dos temperamentos, las doctrinas de la *deference* y el *statutory precedent*, aunque no aceptadas de forma incontestable, y sometidas, sobre todo la primera, a fuerte cuestionamiento, desde el ala más conservadora de los juristas americanos, a las que seguidamente prestamos alguna breve atención.

15. La doctrina de la deference

La *deference* indica que en un pleito entre particulares y una Agencia administrativa, el

[32] Señaladamente la *diversity of jurisdiction*. Para el entendimiento histórico de esta esencial cuestión del Derecho de los Estados Unidos, *vid.* H.J. FRIENDLY, "The historical basis of diversity jurisdiction", *Harvard Law Review*, 1928, pp.483-510. Información para el punto sumaria, pero suficiente a nuestro efecto, en TRIBE, *American Constitutional Law*, cit., pp.117-119.

Tribunal debe obsequiar la interpretación hecha por esta. Su expresión más nítida se encuentra en la sentencia conocida abreviadamente como *Chevron*^[33]. En palabras de la propia sentencia “... salvo que la intención del Congreso sea clara, el Tribunal, así como la Agencia, deben dar efecto a la intención expresada sin ambigüedades del Congreso. Sin embargo, si la ley guarda silencio o es ambiguo con respecto al tema específico, la pregunta para el Tribunal es solo si la respuesta de la Agencia se basa en una interpretación permisible de la ley...” “Los jueces no son expertos en la materia y no forman parte de ninguna rama política del Gobierno. En algunos casos, los Tribunales deben conciliar intereses políticos en competencia, pero no sobre la base de las preferencias políticas personales de los jueces. Por el contrario, una Agencia en la que el Congreso ha delegado responsabilidades de formulación de políticas puede, dentro de los límites de esa delegación, basarse adecuadamente en los puntos de vista de la Administración en ejercicio sobre las políticas sabias para informar sus juicios. Si bien las Agencias no son directamente responsables ante el pueblo, el Jefe del Ejecutivo sí lo es, y es totalmente apropiado que esta rama política del gobierno

[33] *Chevron USA, Inc. v. Natural Resources Defense Council, Inc.*, 1983.

tome esas decisiones políticas, resolviendo los intereses en competencia que el Congreso mismo no resolvió inadvertidamente.”^[34] Ni que decir tiene, con lo ya sabido, que el textualismo no puede ver con simpatía la doctrina contenida en *Chevron*. Tan es así que hay quien eleva a signo de la posición de la Corte Suprema, tras las últimas renovaciones de sus jueces, si, hasta donde, y cómo mantendrá el esquema de la *deference*^[35]. De todos modos *Chevron* y sus vicisitudes han dado lugar desde su origen a una abundantísima literatura, cuya problemática está muy lejos de poder ser analizada en este trabajo^[36].

16. La doctrina del statutory precedent

- a) También, y con más abolengo, se sitúa como limitativa del poder de los jueces y mecanismo esencial de la separación de

[34] Op. ult. cit, página.

[35] Kent H. BARNETT; Christina L. BOYD; L Christopher.; J. WALKER, “Judge Kavanaugh, Chevron Deference, and the Supreme Court” (2018). Popular Media, 291. https://digitalcommons.law.uga.edu/fac_pm/291

[36] Para una ilustración esencial Emily HAMMOND, “Chevron’s Generality Principles,” *Fordham Law Review*, 2014. pp. 665-678. Abbe R. GLUCK, “What 30 years of Chevron teach us about the rest of statutory interpretation”, *Fordham Law Review*, 2014, pp. 607-632; Eric M. BRAUN “Coring the Seedless Grape: A Reinterpretation of Chevron U. S. A. Inc. v. NRDC”; *Columbia Law Review*, 1987, pp. 986-1008.

poderes la doctrina del *statutory precedent*. En términos generales, la cuestión es clara, y no es sino la aplicación del principio *stare decisis* de las decisiones judiciales que han interpretado una ley o un conjunto de ellas a las cuestiones hermenéuticas que suscite otra ley. Se trata de garantizar tanto la seguridad jurídica en el sentido de estabilidad de las soluciones, como evitar la arbitrariedad de los jueces dotándolos de un punto de referencia aceptado y previo al conflicto que se trata de resolver aquí y ahora. A estas alturas no puede sorprendernos que el mecanismo anterior, nacido en el seno de la esfera del *common law*, resulta mucho más problemático en la esfera de los *statutes*. Una vez más, se pone de manifiesto la inarmónica convivencia de ambas. La razón es siempre la misma, que acaba convirtiéndose en un *ritornello* incesante: hay una gran diferencia en que el precedente haya surgido del lento aluvión incremental del *common law* que de las decisiones en la interpretación de leyes, expresión de la potestad legislativa, legitimada democráticamente. Aunque el recurso al precedente nunca significa en términos lógicos abstractos una heteronomía como fundamento de la resolución, porque no deja de ser siempre autorreferencial, cobra una dimensión

muy diferente en el caso del *statutory precedent*. Lo aclara la propia naturaleza del problema político subyacente ya tantas veces visto, y es que en una esfera no hay tensión entre poderes (lo que no significa *necesariamente* que no pueda existir tensión política) y en la otra estructuralmente sí (lo que no significa que *necesariamente* tenga que existir tensión política). Incluso desde el punto de vista meramente técnico, pese a la similitud en abstracto, no es la misma tarea identificar un precedente en *common law* aplicable, o en su caso digno de *overruling*, que cumplir la misma tarea en relación con un *statutory precedent*, afirmando que el *casus dubius* ^[37]ahora sometido a juicio guarda similitud con el contemplado en el precedente, labor que puede entrañar no poca dificultad.

- b) Como bien indica Mortimer SELLERS, la regla *stare decisis* forma parte esen-

[37] Dejamos deliberadamente aparte el *casus omissus*, que tiene una peculiar problemática, si bien el principio del *common law* histórico es su no admisibilidad (*casus omissus pro omisso habendus est*) como cuestión de interpretación de la ley y su remisión como problema a los eventuales remedios de la esfera del *common law*, distinta como ya conocemos a la de los *statutes*. Aunque la cuestión actualmente no es pacífica en Derecho inglés (noticia en P.S. ATIYAH. *op.cit.*, pp 90-10, y opinión contrastante en R. CROSS, *Statutory Interpretation*, Londres, 1983, segunda edición actualizada por J. BELL y G. ENGLE, especialmente pág. 12, con debates sobre casos posteriores a la obra original en

cial de la cultura profunda del *common law* (entendido ahora como el sistema en su conjunto), y ello significa la conciencia generalizada de la necesidad de su observancia. Esto quiere decir que los tribunales estadounidenses han establecido que “consideraciones de mucho peso subyacen al principio de que los tribunales no deben anular a la ligera las decisiones pasadas”. Recuerda la opinión del Juez HARLAN de la importancia de dar al público una “guía clara”, el valor de ayudar a los individuos “a planificar sus asuntos”, los beneficios de la “adjudicación rápida” y “la necesidad de mantener la fe pública en el poder judicial como fuente de juicios impersonales y razonados”, todo lo cual indica claramente que los tribunales deben respetar sus propios precedentes. Sin embargo, ninguno de estos propósitos estaría bien servido por la “continua adhesión a una norma injustificada en la razón”. Los tribunales estadounidenses, impregnados como están de la tradición

muchos otros lugares) el indicado principio es el generalmente aceptado en Derecho Norteamericano, y así parece ya formulado en el clásico *Bouvier's Law Dictionary*, 1856, *sub voce*. ” *Casus omissus*. ” Información reciente en Valerie C. BRANNON, “Statutory Interpretation: Theories, Tools, and Trends”, en *Congressional Research Service*, abril 2018, *passim*; es un texto muy valioso desde el punto de vista informativo y de la exposición del estado de la cuestión en todo lo que exponemos; *ad rem*, en pag.54.

del *common law*, no anulan los precedentes a la ligera, y cuando lo hacen, es siempre con copiosas citas de sus propios casos anteriores, de los precedentes de otros tribunales estadounidenses, del *Restatement* (si es apropiado), de las opiniones de los académicos, y de cualquier otro tribunal o autoridad que se pueda encontrar para apoyar su interpretación de la ley. Ya sea que estén interpretando el *common law*, los *statutes* o las Constituciones, los jueces estadounidenses respetan sus propios precedentes como un “principio de política”, en lugar de un “mandato inexorable”. Las actitudes hacia los precedentes han sido notablemente estables a lo largo de la historia de Estados Unidos, con pequeños cambios de retórica, por lo general en los disensos, que dependen de las necesidades percibidas del día. Actualmente, los jueces más “liberales” tienden a exagerar la fuerza vinculante del precedente, mientras que los jueces más “conservadores” tienden a menospreciar los precedentes de los anteriores tribunales “liberales”, pero ninguna de las dos opiniones ha tenido mucha influencia en el consenso tradicional de que las desviaciones del precedente requieren alguna “justificación especial” para justificar el daño a las expectativas establecidas que inevitablemente representan. A los jueces estadounidenses

les resulta más fácil anular los antiguos precedentes, cuando la experiencia ha demostrado que son inviables o cuando una larga línea de precedentes posteriores ha socavado gradualmente sus fundamentos. Les resulta más difícil hacerlo cuando están en juego la propiedad, los contratos o la libertad. Los jueces del *common law* a veces anulan los precedentes de forma prospectiva (*prospective overruling*) pero normalmente no lo hacen, porque los precedentes anulados deben ser considerados como “erróneos” o “irrazonables” incluso antes de que un Tribunal los declare así. “*Nihil quod est contra rationem est licitum*”, pero la “razón” reside en los precedentes de los jueces, “conseguidos por el largo estudio, la observación y la experiencia” de un “número infinito de hombres graves y eruditos”^[38].

- c) El cuadro de SELLERS podría ser aceptado como una descripción empírica del funcionamiento global de la doctrina del *stare decisis* aplicada a la interpretación de los *statutes*, incluso convalidada en su alcance y en sus límites por la propia

[38] Mortimer N. S. SELLERS, “The Doctrine of Precedent in the United States of America.” en *The American Journal of Comparative Law* 2006, Vol. 54, (*American Law in the 21st Century: U.S. National Reports to the XVIIth International Congress of Comparative Law* (otoño, 2006), pp. 67-88.

Corte Suprema, y desde luego expresión del *id quod plerumque accidit*. Ahora bien, ello no significa que no tenga importantes fisuras, y que incluso no se la considere un valor tan absoluto, aunque es evidente (el propio SELLERS lo dice) los jueces “conservadores” tenderán más al inmovilismo que significa el obsequio al precedente y los jueces “liberales” a una posición contraria, aunque como el mismo autor viene a señalarnos dependerá del tinte ideológico del precedente a seguir o derogar. En última instancia reaparecerá lo que venimos denominando politicidad de la interpretación, que marcará de manera sustancial el tono del debate y la adopción de la solución, por más que se guarden algunas reglas sobre la posibilidad o no del *overruling*, añadidas a una posible dosis de *self-restraint*, en aras de la separación de poderes. Todo esto nos resulta ya hasta cierto punto obvio, como hecho; distinta será la valoración que nos merezca desde otros parámetros.

- d) Sin entrar en ejercicios de adivinación, vetados a la Ciencia, y vista la actual composición de la Corte Suprema, y la cada vez más profunda división de la política norteamericana, tal vez sea legítima una cierta intuición de que no parecen correr buenos vientos ni para la doctrina

de la *deference* ni para una utilización no sesgada de los *statutory precedents*^[39].

17. La interpretación judicial entre razón jurídica y voluntad política

Al final, queda una cierta sensación de que toda la teoría de la interpretación judicial de la ley en el Derecho de los Estados Unidos viene a reducirse en una confrontación entre razón jurídica y voluntad política (de uno u otro signo), que entran en una espiral de retroalimentación, sin que aquella alcance nunca a definir una efectiva limitación de la segunda, con todo lo que esta ausencia de límites puede conllevar.

18. Lecciones para civilians lawyers

Llegados a este punto tal vez sea exigible reflexionar sobre qué nos dice a los *civil-lawyers* esta cuestión. La exigencia me parece aceptable siempre que la reflexión consista en un elenco de cuestiones que solo pueden ser enumeradas, por su envergadura, e íntimo entrelazamiento, intrincado ovillo de grandes temas que en este trabajo solo pueden ser alu-

[39] Evan BERNICK “Judge Amy Coney Barrett on Statutory Interpretation: Textualism, Precedent, Judicial Restraint, and the Future of Chevron,” en *Yale Journal on Regulation* <https://yalejreg.com> (*Notice & Comment blog from the Yale Journal on Regulation and ABA Section of Administrative Law & Regulatory Practice*), Julio, 3, 2018.

didados. Parece evidente que el punto de partida, una vez asumida la intrínseca politicidad, y no solo en el *common law* (ahora entendido en su globalidad, como sistema distinto al *civil law*) han de ser las grandes modificaciones del orden jurídico liberal y el correlativo alumbramiento del llamado Estado Social. Como creo haber demostrado en otro lugar^[40], pese a la mole de su intervención, su incidencia en el Derecho Privado es débil. Ello abona la existencia de un mundo relativamente calmo de dicho Derecho también en nuestras latitudes europeas, pues las instituciones vertebrales, propiedad y contrato, permanecen, en su esencia última, o intocadas o fuertemente protegidas por la garantía expropiatoria: por mucho que se teorice lo contrario, el mundo jurídico de origen codificado permanece, y no como residuo, sino como fórmula de futuro^[41]. A su deriva futura parece afectar más el fenómeno de la *lex mercatoria*^[42], o el

[40] “Estado Social y sujeto privado”, en *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, 1996, pp.448-456.

[41] Resultarían inexplicables las reformas y puestas al día de los Códigos, y entre ellos nada más y nada menos que la de los grandes modelos: el *BGB* y el Code.

[42] En la que el Estado se muestra más colaborador con él que otra cosa, incluso propiciando la existencia de dos niveles de Derecho, el puramente doméstico y otro que adopta, incluso con la sanción estatal, las fórmulas de la *lex mercatoria*, salvo en los supuestos en que sea un mundo exento de su soberanía, respecto de cual solo le queda proveer a su realización coercitiva. Remito a “*Hic sunt leones*. La nueva dimensión jurídica en la era de la globalización (una reflexión desde la incertidumbre),”*cit.*

de las legislaciones transfronterizas de uno u otro sentido. Se sigue de ello que los problemas de interpretación de la ley como tarea política (perspectiva tantas veces negligida en nuestra cultura jurídica), y el crecimiento del poder de los jueces se produce mas intensamente en la legislación al margen de aquel mundo codificado, con una suerte de equivalencia (con todas las cautelas que requiere tal operación intelectual en una cultura jurídica distinta) a lo que sucede con la dicotomía americana *statutes—common law*, que ha guiado estas páginas.

19. La potestad de revisar las leyes y la posibilidad de una autónoma voluntad política de los jueces

Sin negar que el tiempo del monismo de la ley ha finalizado, en la hora del pluralismo convendría meditar no tanto sobre el poder de los jueces, para mí obvio incluso en la era monista, como hasta dónde puede llegar en una arquitectura constitucional que no debe negar la supremacía del Parlamento, por obsequio al principio democrático, y ello, con sus debidas acomodaciones, tanto para el juez ordinario como para el constitucional: la potestad de revisar las leyes no consagra la posibilidad de una autónoma voluntad política de este último, pues ello necesita de una legitimación democrática de la que los jueces carecen. A este respecto convendría hilar fino: el juez co-

legislador muchas veces es fruto de la voluntad, pero también de la ineficiencia, omisión, negligencia o defecto del legislador; es decir, bien fisiológicamente por la configuración de la Ley querida por este legislador, con técnicas diversas, y entre la más relevantes, la utilización de principios o cláusulas generales, que el fondo suponen auténticas habilitaciones a los jueces^[43]; o bien patológicamente por aquellos vicios señalados, y tal vez estos tengan en ocasiones un carácter de inevitabilidad, lo que abona la tentación judicial de suplir o corregir, fruto del interés *pro bono público*, pero ello, desde luego no la convierte *per se* en constitucionalmente correcta.

20. La necesaria huida de visiones maniqueas del principio democrático

Esto dicho, tal vez el problema debería afrontarse sin una perspectiva maniquea del principio democrático, o lo que es lo mismo, levantando acta de que el principio de separación de poderes hay que contemplarlo en el equilibrio global de la estructura constitucional en su conjunto, y ello puede ser logrado sin que las funciones legislativas, ejecutivas y judiciales

^[43] Sobre la problemática de esta cuestión D'AMICO et al. *Principi e clausole generali nell'evoluzione dell'ordinamento giuridico*, Milano 2017.

sean absolutamente estancas^[44]. En esta tarea, y dentro de ella es cuestión vital, habría que revisar la suficiencia del principio la fórmula de la “sola sumisión a la ley” como expresión del principio separatista de los poderes y garantía de la independencia judicial. Si los sometidos a la ley son dueños de indicar el contenido de la sumisión, tal sumisión tiene un enorme fondo de vacuidad, favorecida, queda dicho, por el abigarramiento y defectos del orden jurídico contemporáneo; se convierte en un mecanismo circular, siempre gobernado por los destinatarios de la “sumisión”. Acabamos de ver, al hilo de la experiencia norteamericana, como el problema del obsequio a la ley se convierte en *a matter of interpretation*, y también hemos visto como en momentos de polarización política y social, la interpretación se resuelve, sin asomo de *self-restraint*, con descarnados ejercicios de decisión política por quienes no han sido electos. Este escenario no es nada irreal^[45], en nuestras convulsas sociedades. Pese a sus incoherencias y buenas dosis de sectarismo político, a veces ultraconservador, y su recha-

[44] Meditación global sobre todo estos temas, en el esencial libro *Razón y voluntad en el Estado de Derecho*, de F.J. ANSUÑATE-GUI ROIG, Madrid, 2013, *passim*.

[45] Ruth MARCUS, “The Rule of Six: A newly radicalized Supreme Court is poised to reshape the nation” *The Washington Post*, 2 diciembre 2021, expresando graves temores incluso de una grave crisis constitucional.

zable utilización del Derecho como un posible, nunca único ni ilimitado, instrumento de progreso social, la afirmación de SCALIA de que los jueces no pueden decidir lo que tienen que decidir los electos democráticamente, contiene un núcleo de principio sólido, al menos si queremos ajustarnos al ideal del Estado de Derecho, incluso con todas sus insuficiencias. Cosa distinta es que ese ideal no haya encontrado una conjugación coherente de la separación de poderes que obsequie realmente el principio democrático con la inevitable creación judicial de Derecho. Y esto, aunque por razones obvias no se puede afrontar en profundidad aquí, en contra del dicho de los viejos relatos, “**no** es otra historia”.

ANEXO. ALGUNAS SENTENCIAS LANDMARK CON BREVE INDICACIÓN TEMÁTICA

- 1) Las primeras contraposiciones entre textualismo e intencionalismo): *Church of Holy Trinity v. USA* (1892).
- 2) El consenso ordo-liberal y el inicio de su ruptura: *Lochner v. New York* (1936). Voto particular de Oliver Wendell Holmes.
- 3) La doctrina de la *deference* a la interpretación gubernamental, por respeto al principio democrático: *Chevron v. NCDNR* (1984).
- 4) La polémica entre textualistas e intencionalistas sobre la historia legislativa como

- medio de interpretación: *United Steelworkers v. Weber* (1979).
- 5) Los cánones de interpretación (*canons of construction*) en la polémica entre textualistas e intencionalistas.
 - a) cánones semánticos: *Lockhart v. USA* (2016) - *Bailey v. USA* (2013).
 - b) cánones sustantivos: *Bond v. USA* (2014)
 - c) Los cánones como reglas empíricas solo ante la ambigüedad: *Connecticut National Bank v. Germain* (1992).
 - 6) Valor del precedente en la interpretación de la ley escrita (*Statutory Law*), *Burnet v. Coronado Oil & Gas Co* (1932). Voto particular de Louis Brandeis.
 - 7) *Toolson v. New York Yankees, Inc.*, (1953).
- ENLACE: <https://supreme.justia.com › federal>

CONSTITUCION, LEY, JUECES: SOBRE LA TRANSFORMACION DE LA RELACION ENTRE NORMAS Y OPERADORES JURIDICOS

*Francisco Javier Ansuátegui Roig**

1. Premisa

Al inicio de un debate sobre normas y jueces en la aplicación del Derecho, puede ser útil explicitar alguna afirmación inicial que -a modo de premisa- va a condicionar el enfoque y contenido de lo que sigue. Así, mi planteamiento general tiene que ver con la constatación de que los procesos de creación, interpretación y aplicación del Derecho están teórica y prácticamente vinculados. Y, es más, en la práctica son difícilmente distinguibles con nitidez. Por tanto, una reflexión sobre la aplicación del

* Catedrático de Filosofía del Derecho, Universidad Carlos III de Madrid. Departamento de Derecho Internacional Público, Derecho Eclesiástico del Estado y Filosofía del Derecho/Instituto de Derechos Humanos Gregorio Peces-Barba. ORCID: [0000-0002-6899-2857](https://orcid.org/0000-0002-6899-2857).

Derecho por parte del juez va a terminar planteándose, tarde o temprano, el problema de la creación judicial del Derecho; en definitiva, la cuestión de la posición que tiene el juez en el sistema de fuentes.

Es cierto que el tema es interesante, si bien no novedoso: el carácter no novedoso de los temas que se plantea la filosofía del Derecho y de las aproximaciones que lleva a cabo no debe ser considerado como un problema en sí: sin que suene a autojustificación gremial, lo cierto es que llevamos al menos veinticinco siglos discutiendo sobre el concepto de Derecho, lo cual puede demostrar dos cosas: o bien nuestra (la de los filósofos del Derecho) incompetencia teórica y nuestra incapacidad a la hora de captar correctamente la realidad y de llegar a un acuerdo que permita resolver el problema; o bien la constatación de que estamos frente a un auténtico y genuino problema filosófico. Como ha recordado Massimo La Torre, la filosofía consiste en repensar nuevos problemas, que en realidad siempre son antiguos, para los cuales no hay una solución definitiva. La filosofía es siempre un eterno retorno, un siempre volver a empezar^[1].

[1] M. LA TORRE, *Norme, istituzioni, valori. Per una teoria istituzionalistica del diritto*, seconda edizione, Giappichelli, Torino, 2021, p. 237.

Por otra parte, detenerse a reflexionar sobre la posición de la actividad judicial en el esquema de fuentes, en el esquema de producción normativa, de un lado, y sobre el significado y contenido de esa actividad en la labor de interpretación y aplicación del Derecho, de otro, es útil porque estamos frente a un ámbito en el que se reflejan de manera evidente no solo la transformación de la realidad jurídica sino también la mayor o menor adaptación del discurso teórico a esa realidad, y por tanto lo adecuado (o inadecuado) del mismo. En este sentido, sabido es que la distinción entre ser y el deber ser, entre lo descriptivo y lo prescriptivo o normativo, es relevante no solo desde el punto de vista filosófico o teórico en términos generales, sino más en concreto desde el punto de vista de la filosofía del Derecho; y también para la sociología del Derecho en su aproximación a la relación, de mayor o menor adecuación, entre la letra de la norma y la realidad. Es ahí donde aparecen los problemas que tienen que ver con la relación más o menos pacífica entre la validez y la eficacia de las normas. Pero en todo caso la distinción entre el ser y el deber ser también es de aplicación a la hora de comprender la tensión entre el sentido de una propuesta teórica y la realidad jurídica a la que esa propuesta pretende ser aplicada. Es decir, se trata de intentar diferenciar dos planos diversos que pueden encontrarse en el discurso teórico: el plano descriptivo de acuerdo con el cual cuando se hace teoría se está describiendo la realidad jurídica, y el plano prescriptivo

de acuerdo con el cual cuando se hace teoría se está proponiendo un modelo al que debe adecuarse esa realidad jurídica. Y lo cierto, me parece, es que en ocasiones estos planos no siempre están netamente diferenciados. Puestos a poner un ejemplo pensemos en la figura del legislador racional al que hace siglos recurría la teoría para referirse a ese sujeto virtuoso que estaba detrás de la ley. En realidad, el legislador racional nunca existió, por mucho que algunos intentarán personificarlo en el mismísimo Napoleón, pensando en ese gran monumento normativo que es el Código Civil francés de 1804. Por lo tanto, cuando se hablaba de ese sujeto virtuoso y omnisciente, en realidad se estaba haciendo referencia a un ideal regulativo, se estaba pensando en cómo debería ser el legislador de acuerdo con un modelo: el legislador debe actuar como si fuera un legislador racional. Salvando todas las distancias, algo parecido a lo que ocurre cuando Ronald Dworkin nos habla del juez Hércules, proponiendo un modelo que, en opinión de Luis Prieto, “responde más a postulados ideológicos, que pueden ser por lo demás muy plausibles, que al análisis riguroso del comportamiento real de la judicatura”^[2].

Lo anterior pretende llamar la atención sobre la importancia de distinguir planos cuan-

[2] L. PRIETO SANCHIS, *Ideología e interpretación jurídica*, Tecnos, Madrid, 1987, p. 73.

do desarrollamos discursos en relación con el Derecho. En el tema que nos ocupa, una cosa es proponer un modelo de sistema de fuentes y otra cosa es reconocer cómo funcionan las fuentes del Derecho en la realidad constituida por la efectiva articulación del Derecho; una cosa es proponer un determinado modelo de juez y otra cosa es describir cómo de hecho actúa el juez en el marco del ordenamiento, qué competencias y responsabilidades asume. En definitiva, de lo que se trata es de llevar a cabo un esfuerzo “que permita aproximar lo que los jueces, los buenos jueces hacen, a lo que dicen que hacen”^[3].

Pensando en la efectiva articulación del Derecho, centrar el discurso en la Constitución, en la ley, y en el juez nos permite disponer de una adecuada atalaya desde la cual observar y calibrar las profundas transformaciones que presenta el modelo de Derecho en el cual estamos inmersos, que es precisamente el del constitucionalismo.

[3] M. C. BARRANCO AVILÉS, “Sobre el «método tradicional» como ficción”, en VVAA, *El Derecho en red. Estudios en homenaje al Profesor M. G. Losano*, Dykinson, Madrid, 2006, p. 613. Para O. BACHOF, “en verdad, el juez no ha correspondido nunca a la concepción de Montesquieu de un mecanismo de pura subsunción”, *Jueces y Constitución*, trad. de R. Bercovitz Rodríguez-Cano, prólogo de T. R. Fernández, Cívitas, Madrid, 1985, p. 24.

Por otra parte, y para ir concluyendo esta reflexión inicial, me parece justo poner de relieve el interés de reunir a un civilista y a un filósofo del Derecho para hablar de jueces, de producción normativa y de aplicación del Derecho. Derecho civil y filosofía (o teoría, para ser más concreto) del Derecho constituyen posiblemente los dos ámbitos que, al menos en nuestro país, de modo voluntario -o posiblemente debido también a una cierta inercia en el reparto de responsabilidades, muchas de ellas académicas - han asumido en muchas ocasiones la tarea de hablar de las fuentes del Derecho, de la producción normativa, al menos desde un punto de vista general. Por una parte, en el caso español, nos encontramos frente a una materia regulada en el Título Preliminar del Código Civil. Por otra parte, la construcción de una teoría sobre la producción normativa es un requisito necesario de la reflexión sobre el concepto de Derecho y sobre los límites del Derecho^[4]; tarea que asume la teoría del Derecho o, en términos más amplios, la filosofía del Derecho. En todo caso la concurrencia de aproximaciones no necesariamente coincidentes demuestra dos cosas: en primer lugar, la pluridimensionalidad del Derecho y por tanto la posibilidad de diversos enfoques en relación con una misma materia o

[4] Pérmítaseme reenviar a F. J. ANSUATEGUI ROIG, “Estado constitucional y producción normativa”, *Derechos y Libertades*, nº 25, 2011, pp. 17-35.

problema; en segundo lugar, lo fructífero de la consideración de las diversas aproximaciones como complementarias.

Y, aún, una última reflexión introductoria. Cuando Alejandro Nieto nos habla de la razón jurídica y nos propone diferenciar entre la razón jurídica recta y la razón jurídica desviada, caracteriza a la primera por la capacidad de autocrítica y a la segunda por su “indiferencia ante la realidad y ante la historia”^[5]; es una razón jurídica que vive “fuera de la realidad como consecuencia de dos realidades que la caracterizan; el normativismo y la dogmática”^[6]. Lo que me interesa subrayar aquí es la alusión a la “condición autista” de la razón jurídica desviada que “prefiere vivir cómodamente en su aislamiento para no tener que padecer así contrastes o verificaciones externas”^[7]. Así, “el dogmatismo es la negación deliberada de la historicidad, habida cuenta de que los dogmas están por encima del tiempo (y de la realidad)”^[8]. El resultado son teorías “arruinadas” pero que demuestran una gran resistencia. Nieto señala que la capacidad de resistencia se debe a la fuerza

[5] A. NIETO, *Crítica de la razón jurídica*, Trotta, Madrid, 2007, p. 30.

[6] *Ibidem*.

[7] A. NIETO, *Crítica de la razón jurídica*, cit., p. 31.

[8] *Ibidem*.

recibida de los intereses que están detrás de esas teorías. Pero yo añadiría, para completar el argumento, que la resistencia tiene que ver con un cierto carácter conservador de la ciencia jurídica que, renunciando a su dimensión crítica, demuestra una gran dificultad e incapacidad a la hora de renunciar a los dogmas en que ha sido formada.

Creo que estas consideraciones permiten comprender la subsistencia de determinados planteamientos en relación con la interpretación que en ocasiones se hace de la actividad judicial. Y, al mismo tiempo, permite reconocer la responsabilidad de la ciencia jurídica a la hora de elaborar un discurso adecuado en términos teóricos y útil en términos sociales.

2. Sobre el activismo judicial

Por cierto, la reflexión sobre la creación judicial del Derecho no debe confundirse con la discusión sobre la justificación o no del activismo judicial, si bien soy consciente de que en ocasiones la línea que separa ambos ámbitos no es muy nítida. En términos generales, el activismo se asocia al protagonismo del juez a la hora de emprender determinadas estrategias de defensa de los derechos y libertades o de, en términos más generales, transformación del Derecho. El activismo persigue, a través de la actividad judicial, la directa transformación de

la respuesta jurídica. Dicha transformación no es concebida como una consecuencia -más o menos mediata- de la intervención del juez, sino como un objetivo político directamente perseguido. Y es aquí donde se produce la suplantación del papel del legislador por parte del juez, y en donde se concentran las críticas al activismo. Este es el activismo “que se puede evitar”, y no el que tiene que ver con la actividad que desarrolla el juez a la hora de resolver los problemas de indeterminación derivados del hecho de que el legislador siempre va a emplear un lenguaje natural^[9].

El planteamiento que quiero presentar no debe ser, por tanto, confundido con una defensa del activismo. Reconocer que de hecho la actividad judicial implica creación del Derecho no supone situar al juez en una estrategia de suplantación del legislador. Reconocer que el juez contribuye a la creación del Derecho solo implica pensar en un protagonismo compartido con el legislador, pero en ningún caso implica hablar de sustitución. El planteamiento de esta reflexión no debería identificarse con posiciones realistas. Como ha recordado Mauro Capelletti, la aceptabilidad de la

[9] Vid. J. C. BAYON MOHINO, “Principios y reglas: legislación y jurisdicción en el Estado constitucional”, *Jueces para la democracia*, nº 27, 1996, p. 45. Una propuesta de clarificación conceptual es la de M. ATIENZA en “Siete tesis sobre el activismo judicial”, ID., *Una apología del derecho y otros ensayos*, Trotta, Madrid, 2020, pp. 85-98.

creación judicial del Derecho no significa asumir los postulados del Derecho libre^[10].

3. Creación del Derecho y división de poderes

Antes de entrar en el análisis de algunas dimensiones que caracterizan la posición del juez, es necesario hacer referencia a una objeción que se plantea ante cualquier reformulación del discurso clásico, entendiéndolo como tal aquel que, por una parte, considera los procesos de producción, interpretación y aplicación del Derecho netamente diferenciados; y que, por otra parte, y en directa relación con lo anterior, excluye al juez de los mecanismos de producción normativa.

En este sentido, se afirma que cualquier transformación de la posición del juez en el sistema de fuentes afecta a la división de poderes. En efecto, la afirmación de la capacidad creadora de Derecho por parte del juez ha sido vista tradicionalmente como un problema frente a la separación de poderes. En este sentido, la distinción entre creación, -de un lado- e interpretación y aplicación del Derecho -de otro- trasciende su significado estrictamente teórico y se puede vincular al significado de

[10] Vid. M. CAPPELLETTI, *Giudici legislatori?*, Giuffrè, Milano, 1984, p. 13.

dicho principio de organización del poder. En efecto, cuando se plantea la cuestión de la capacidad creadora del juez, no es inusual encontrarnos con el contraargumento de que ello puede significar una negación de la separación de poderes. Así, por poner un ejemplo contemporáneo, frente a la afirmación de Hart de que la discrecionalidad a la que el juez puede recurrir cuando se encuentra con casos difíciles implica que el juez crea Derecho para esa situación, Dworkin le responde señalando la contradicción, no sólo con el principio de irretroactividad, sino también con la separación de poderes, haciendo referencia, así, a los que se han considerado el argumento “liberal” y al argumento “democrático”, respectivamente^[11].

Lo interesante en este punto es analizar si la concepción clásica de la separación de poderes, la que encontramos en la obra de Montesquieu, puede seguir siendo mantenida en la actualidad, en el contexto caracterizado por una realidad jurídica y política determinada. Como señaló Manuel García Pelayo, en el dictamen que sobre el proyecto de Constitución elaboró en septiembre de 1978, “no hay un modelo patentado de

[11] Vid. R. M. DWORKIN, *Los derechos en serio*, trad. de M. Guastavino, Ariel, Barcelona, 1984, pp. 65-66. Al respecto, vid. A. GARCIA FIGUEROA, *Principios y positivismo jurídico. El no positivismo principialista de Ronald Dworkin y Robert Alexy*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1998, pp. 273-274.

separación de poderes”^[12]. Eduardo García de Enterría se refirió a la “relatividad del principio de división de los poderes como técnica operativa, sin perjuicio de su validez general en cuanto a sus principios y en cuanto a su finalidad, la limitación del poder de los imperantes, la garantía de la libertad”^[13]. Existen muchas formas de entender la separación de poderes; también nos lo ha recordado Michel Troper.^[14] El modelo clásico estaba basado en la unidad de institución y función. Cada uno de los tres poderes, realizaba funciones diferentes entre sí, a las que estaban vinculados de manera excluyente. Pero hoy esta unidad “ha sido sustituida por un sistema más complejo en el que un mismo poder cumple distintas funciones y una misma función es cumplidas por distintos poderes”^[15]. En rea-

[12] M. GARCIA PELAYO, *Inédito sobre la Constitución de 1978*, presentación de M. Aragón, estudio de contextualización de F. Vila, Tecnos, Madrid, 2021, p. 162. En el mismo sentido, vid. O. BACHOF, *Jueces y Constitución*, cit., p. 58.

[13] E. GARCIA DE ENTERRIA, “La Constitución como norma”, en ID. *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*, Cívitas, Madrid, 1982, p. 45.

[14] Vid. M. TROPER, *Le nuove separazioni dei poteri*, trad. it. di G. M. Labriola, Editoriale Scientifica, Napoli, 2007.

[15] M. GARCIA PELAYO, *Las transformaciones del Estado contemporáneo*, Alianza, Madrid, 1982, p. 58. Francisco RUBIO LLORENTE ha señalado que la formalización de las funciones propugnada por el modelo clásico, en donde ley es lo que hace el legislador, jurisdicción es lo que hace el juez, y administración es lo que hace el ejecutivo, choca con la realidad en la que se produce una “heterogeneidad material” de las funciones mismas.

lidad, estamos frente a una transformación de las estrategias a través de las cuales se pretende alcanzar la misma finalidad, que es la de evitar los peligros de la concentración del poder. En el caso español, García Pelayo se refería a esas estrategias, entre las que destacan: la distinción entre poderes políticos y jurídicos (Parlamento y Gobierno), de un lado, y poder judicial, de otro; la división en dos cámaras; la división entre Estado central y comunidades autónomas.

La forma de mantener la operatividad de la división de poderes es interpretarla a la luz de la función limitativa de los poderes: es decir, una separación funcional vinculada a un sistema de frenos y contrapesos entre los poderes. Me parece que esta interpretación de la separación de poderes se conjuga bien con el sentido del constitucionalismo, encaminado a garantizar la libertad y los derechos a través de un sistema de límites jurídicos (y también políticos). Troper es bien consciente que atribuir a los jueces algún tipo de responsabilidad en la estrategia limitativa, es decir, considerarlos un contrapoder, plantea problemas respecto a la concepción tradicional que afirma que su función es la de aplicar la ley sin disponer de un margen de discrecionalidad: el juez que se

Vid. “Juez y ley desde el punto de vista del principio de igualdad” en ID., *La forma del poder (Estudios sobre la Constitución)*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1993, p. 676.

desenvuelve en el marco del desarrollo de un silogismo no puede significar un contrapoder; y, como es sabido, al mismo tiempo se plantean también las tensiones entre la función de contrapoder del juez y la democracia.

4. Una perspectiva descriptiva

En todo caso, hablar de creación judicial del Derecho sigue suscitando recelos. Por poner un ejemplo más próximo, pensemos en las reticencias de Luis Díez Picazo frente al Derecho judicial, entendido como los “pronunciamientos de los tribunales que no sólo resuelven en justicia los casos concretos, sino que establecen reglas o doctrinas con una pretensión de sobrevivir a ese caso concreto y que carecen de una directa vinculación con la ley”^[16]. En efecto, Díez Picazo muestra su preocupación por la potenciación de esta deriva, por su generalización y trivialización; también por las consecuencias de la presencia de cláusulas generales, cuya concreción implica un aumento de las posibilidades del arbitrio judicial; en fin, una preocupación por el hecho de que la “acomodación” a la Constitución por parte del juez derive en verdadera creación judicial del Derecho. Frente a esto, se propone proceder, en primer lugar, a una reava-

[16] L. DIEZ PICAZO, “Constitución, ley, juez”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, nº 15, septiembre-diciembre 1985, p. 22.

luación de la ley que, en el marco de un nuevo jacobinismo, consistiera en una mejora de la calidad técnica de las leyes; en segundo lugar, se propugna un escepticismo y una tendencia restrictiva en la aplicación directa de la Constitución, abogando por la intermediación de la ley; en fin, se propone abandonar la tentación de un Derecho judicial enfatizando el mandato del artículo 1.7 del Código Civil.

Pero éste no es el problema que se abordará aquí. O, mejor dicho, se planteará el problema de otra manera. La posición de Díez Picazo es prescriptiva/normativa. Por el contrario, la cuestión en la que nos centraremos es si los jueces de hecho crean Derecho, no si es conveniente o inadecuado que lo hagan. El problema se puede plantear a partir del análisis de situaciones concretas o en términos generales que, como se verá, necesitan en todo caso ser contextualizados.

5. Fuentes y operadores jurídicos

El profesor Ángel López propone una reflexión sobre una circunstancia concreta que se plantea en el ámbito del sistema jurídico norteamericano, aunque lo cierto es que detrás de la misma existen problemas que trascienden a la cuestión en particular: “el encuadramiento del poder de los jueces en el actual Estado constitucional (...) En una situación de nor-

malidad democrática, el problema no es que el Legislativo o el Ejecutivo sofoquen al Poder judicial, sino que éste se subroque en las potestades de aquellos, más allá de lo constitucionalmente lícito, temor de ayer y hoy”^[17].

Mi planteamiento va a ser más general. Voy a proponer un análisis del contexto en el que se produce la circunstancia analizada por Ángel López, trascendiendo, eso sí, la tradicional distinción entre modelo jurídico continental y modelo jurídico anglosajón^[18]. Porque posiblemente el creciente protagonismo del juez es un factor de acercamiento entre ambos modelos.

El contexto en relación con el cual propongo la reflexión se puede caracterizar a través de la transformación de la posición relativa entre tipos de normas, de un lado, y operadores jurídicos, de otro. Es decir, entre la ley y la Constitución; y entre el legislador y el juez. Como se observará, ambas transformaciones están directamente vinculadas. Y como

[17] A. LÓPEZ Y LOPÉZ, “La interpretación de la ley escrita (*statutes*) en la experiencia jurídica de los Estados Unidos”, en este mismo volumen. Una versión más amplia puede encontrarse en *Quaderni Fiorentini per la Storia del Pensiero Giuridico Moderno*, n° 51, 2022, pp. 593-625.

[18] Sobre las diferencias entre ambos modelos, vid. R. C. VAN CAENEGEM, *I signori del diritto*, a cura di M. Ascheri, trad. italiana di L. Ascheri Lazzari, Giuffrè, Milano, 1991.

veremos también, el resultado de dicha transformación implica, posiblemente, modelos diferentes de Derecho. La concepción que se pueda propugnar en torno al Derecho y a su funcionamiento está vinculada a una teoría de las fuentes sobre las normas que protagonizan el sistema; pero también a la interrelación que se produce entre los operadores jurídicos. No son dos cosas desconectadas, ya que las funciones que se atribuyen a los operadores jurídicos en realidad van a depender de la relación entre los distintos tipos de normas y su posición relativa en el sistema.

La reflexión que voy a proponer debe ser necesariamente contextualizada. En efecto, no se trata de construir un discurso abstracto sobre la relación entre Constitución, ley y juez, sino de proponer una reflexión en torno a un determinado modelo. Ese modelo es el del constitucionalismo contemporáneo. El interés de dicho modelo está justificado desde el momento en que es aquel en el que nos desenvolvemos. Ello, más allá del interés particular que puede tener para un filósofo del Derecho, ya que dicho modelo constituye un magnífico laboratorio en el que sea asistimos a la reformulación de determinadas cuestiones que vienen centrando la discusión desde hace siglos.

Hay buenas razones para considerar que el constitucionalismo constituye una auténtica

revolución jurídica. O si se prefiere, para no ser tan radical, hablemos de profunda transformación. Transformación comparable a la que en su momento pudo significar la codificación o el proceso de internacionalización del Derecho de los derechos humanos. En efecto, en el constitucionalismo asistimos a una profunda transformación del sistema de fuentes, directamente vinculada a una transformación en el modelo de relación entre los diversos operadores jurídicos.

Así, asistimos a una transformación en el sistema de fuentes (con consecuencias que afectan a la teoría de la interpretación y de la aplicación^[19]), al menos en relación con el modelo heredado de la Ilustración. La ley ha perdido su posición de primacía en dicho sistema. Esta alteración de su posición en muchas ocasiones se ha vinculado a una pretendida crisis de la ley cuyo descrédito tendría que ver con su capacidad de reflejar determinadas patologías del sistema institucional y de los procesos deliberativos. Pero más allá de la crisis de la ley, o de la pretendida crisis de la ley, lo que interesa poner de relieve es que su posición en el sistema de fuentes es consecuencia de la nueva posición de la Constitución. Estamos

[19] Vid. M. C. BARRANCO AVILES, “Sobre el «método tradicional» como ficción”, cit.

frente “al fin de la ley como fuente suprema y plenamente autónoma del Derecho”^[20].

Esta posición es el resultado de un proceso en el que la Constitución ha dejado de ser considerada una norma programática y ha pasado a ser considerada una norma jurídica, vinculante y superior al resto de fuentes, comenzando por la ley. Así, hay que interpretar la operatividad de la ley no solo a la luz de otros factores (humanos, sociales) que trascienden, aunque condicionan, el discurso estrictamente jurídico y la respuesta del Derecho^[21], sino como consecuencia de su nueva relación con la Constitución. Al menos esta es la circunstancia que quiero subrayar en esta ocasión.

Esta estructuración del sistema de fuentes, que Robert Alexy ha explicado a través de la comparación entre el modelo del legalismo y el del constitucionalismo, y a la que Antonio E. Pérez Luño se ha referido en términos de

[20] L. PRIETO SANCHIS, “Del mito a la decadencia de la ley. La ley en el Estado constitucional”, en ID., *Ley, principios, Derecho*, Dykinson, Madrid, 1998, p. 25.

[21] Alejandro NIETO se ha referido al error de creer que las leyes se encarnan fielmente en la realidad y de menospreciar la influencia del factor humano en el proceso judicial, concluyendo que “lo verdaderamente importante es el juez” (vid. *Balada de la justicia y la ley*, Trotta, Madrid, 2002, p. 118).

“desbordamiento”^[22], implica -como ya se ha adelantado- una correlativa transformación de la posición relativa de determinados operadores jurídicos. La relación entre el legislador y el juez puede ser considerada como un criterio que permite distinguir diferentes concepciones sobre el Derecho. Pensemos, por poner un ejemplo, en el tránsito del formalismo jurídico al realismo jurídico.

Qué duda cabe de que la primacía, la superioridad jerárquica, el carácter vinculante de la Constitución ha significado una profunda alteración^[23] del sistema de fuentes que habíamos heredado de la Ilustración y que se consolidó mediante la codificación^[24]. Durante siglos la ley ha sido la protagonista del sistema de fuentes, la referencia última del modelo de producción normativa. La ley se caracterizaba por su generalidad y su abstracción, entendidas de acuerdo con Rousseau, como garantías de la igualdad. El enunciado de la ley se

[22] Vid. R. ALEXY, *El concepto y la validez del Derecho*, Trad. de J. M. Seña, Gedisa, Barcelona, 1994, p. 160; A. E. PEREZ LUÑO, *El desbordamiento de las fuentes del Derecho*, Real Academia Sevillana de Legislación y Jurisprudencia, Sevilla, 1993.

[23] J. PEREZ ROYO se refiere a la “quiebra” en el sistema de fuentes en *Las fuentes del Derecho*, 5ª edición, Tecnos, Madrid, 2007, p. 18.

[24] Vid. G. TARELLO, *Cultura jurídica y política del Derecho*, trad. de I. Rosas Alvarado, Fondo de Cultura Económica, México, 1995, pp. 39-56.

caracterizaba por su claridad, su univocidad, su racionalidad; rasgos que al menos en el esquema teórico propuesto por el formalismo jurídico eran el resultado de la presencia de un legislador que se presentaba como racional. Estamos en el tiempo del dogma de la ley, del fetichismo legislativo. En definitiva, en el tiempo caracterizado por una “creencia en la virtud taumática de la ley (que) va a llevar a una prohibición del juez de toda libertad interpretativa del texto legal”^[25].

En el caso en que la ley, entendida como expresión de la voluntad del legislador (y aquí, en lo que a la caracterización del modelo se refiere, no es relevante pensar en un legislador unipersonal o colegiado, democrático o no) tuviera que convivir con una Constitución, ésta era considerada una norma programática en relación con la cual el legislador conservaba su autonomía normativa. La superioridad de la ley implica superioridad del legislador, que acumula la competencia de la creación del Derecho. En realidad, esa competencia monopolizada (que se puede explicar también como consecuencia de la desconfianza política hacia el juez) va de la mano de la ya aludida distinción entre los que podríamos considerar los

[25] E. GARCIA DE ENTERRIA, “La democracia y el lugar de la ley”, en E. GARCIA DE ENTERRIA, A. MENENDEZ, *El Derecho, la ley y el juez. Dos estudios*, Civitas, Madrid, 1997, p. 39.

tres momentos del proceso normativo: creación, interpretación y aplicación. Distinción de actividades que se corresponde al mismo tiempo con una división del trabajo: el legislador crea, produce el Derecho, mientras que es competencia del juez interpretarlo y aplicarlo. Es una división del trabajo que por cierto subsiste en el artículo 1.6 de nuestro Código Civil. Evidentemente esta división del trabajo tiene su directo reflejo en un modelo de aplicación que nos habla de un juez que debe limitarse a llevar a cabo una operación respetuosa con las exigencias de la lógica formal a través de la cual actúa como el traductor de la solución general y abstracta que legislador adoptó a las circunstancias del caso concreto. Nada de creación del Derecho, por tanto.

Pues bien, creo que hay argumentos que respaldan una continuidad, o más bien una fusión entre el momento creativo, el interpretativo y el aplicativo. En mi opinión, Kelsen tiene razón a la hora de mostrar una continuidad entre ambos momentos: todo acto de creación es al mismo tiempo un acto de aplicación de la norma superior que habilita al sujeto a crear la norma, con excepción, claro está de la creación de la norma constitucional. 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”^[26]. 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”^[27]. Es 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 austriaco 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

[26] H. KELSEN, *Teoría Pura del Derecho*, trad. de R. J. Vernengo, UNAM, 1982, p. 246.

[27] H. KELSEN, *Teoría Pura del Derecho*, cit., p. 259.

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”^[28].

Pero en este momento no me quiero centrar tanto en la descripción y análisis crítico del modelo clásico, sino en los elementos que nos invitan a pensar en una superación del mismo.

Y esos elementos son los que podemos identificar dentro del modelo constitucionalista. Comenzando por la alteración en el sistema de fuentes, que ahora es protagonizada por la Constitución. La Constitución es fuente del Derecho, norma jurídica, y al mismo tiempo, norma de ordenación de la producción jurídica^[29]. Es una norma que se distingue del resto por

[28] H. KELSEN, *Teoría Pura del Derecho*, cit., p. 263. Posición crítica con el planteamiento kelseniano es la recientemente defendida por P. SANDRO en *The Making of Constitutional Democracy. From Creation to Application of Law*, Hart Publishing, Oxford, 2021.

[29] Vid. F. RUBIO LLORENTE, “La Constitución como fuente del Derecho”, en ID, *La forma del poder*, cit., p. 81.

algunos datos: a) es la norma superior; superioridad que se articula a través de mecanismos de protección que la diferencian, desde la mayor o menor rigidez a la protección jurisdiccional y a los mecanismos de garantía constitucional; b) es una norma con una morfología peculiar en donde es más frecuente encontrarnos con principios, formulaciones abiertas en sus posibilidades interpretativas, en fin enunciados difícilmente reconducibles al imperativo hipotético en el que identificamos con nitidez la condición de aplicación y la consecuencia jurídica. Como consecuencia de lo anterior, crecen exponencialmente las posibilidades interpretativas; aumento de posibilidades interpretativas que no solo es consecuencia de esa morfología peculiar, sino también de la realidad social que es regulada por la constitución, de la cual nace y en la cual se apoya, que es de manera progresiva caracterizada por la diversidad; c) la Constitución es una norma con un muy denso contenido moral; es la “pista de aterrizaje” de un determinado discurso moral en el Derecho; y cuando hablamos de un determinado discurso moral estamos haciendo referencia al discurso que en definitiva se reconduce a los derechos y a los valores que los fundamentan.

A partir de aquí, presenciamos una alteración en la posición relativa de las fuentes del Derecho, y también de los operadores jurídicos. En efecto, la ley cede su lugar a la Constitu-

ción. Eso, a estas alturas, parece difícilmente discutible. Al menos en nuestro contexto. Pero lo que me interesa subrayar es que también se altera la relación entre los dos operadores que tradicionalmente han centrado la atención del discurso jurídico, el legislador y el juez. A estas alturas no es necesario subrayar la relevancia del legislador en una concepción moderna del Derecho. Y ello, con independencia del carácter democrático o no de dicho legislador. O de su carácter unipersonal o colectivo. Lo cual es compatible con reconocer que ha perdido la autonomía de la que ha gozado durante siglos, eso sí, siempre que nos tomemos a la Constitución en serio. En todo caso esta transformación de la relación entre operadores jurídicos a la que asistimos invita a reflexionar sobre la creación judicial del Derecho^[30]. Lo cual, además, permite (si bien no se profundizará ahora en la cuestión) analizar críticamente una cierta visión del sistema de fuentes al menos tal y como se explica en muchas ocasiones en nuestras facultades, y se refleja en el artículo 1 de nuestro Código Civil.

[30] Un buen ejemplo de la distinta consideración de la jurisprudencia (y de la creación judicial del Derecho) se observa en la comparación entre la posición de Javier PEREZ ROYO, que al analizar las fuentes del Derecho sólo se refiere a las sentencias del Tribunal Constitucional (*Las fuentes del Derecho*, cit.) y la más amplia referencia a la creación del Derecho por parte de los

6. *Posición y funciones del juez*

El juez es un operador jurídico imprescindible en cualquier concepción mínimamente reconocible del Derecho. Conocemos concepciones del Derecho, por ejemplo, las iusnaturalistas, en las que de alguna manera el origen del Derecho no se sitúa en la actuación del legislador sino en un orden normativo supra-positivo, por lo tanto superior y anterior a la intervención de legislador, cuya decisión, para ser considerada auténticamente jurídica, debe estar en consonancia con ese orden normativo. Aunque bien es cierto que ese orden supra-positivo necesita la positivación por parte del legislador para tener efectos sociales^[31]. Las distintas concepciones del Derecho pueden prestar mayor o menor importancia, reconocer más o menos relevancia al juez, pero no pueden prescindir de él. Y ello, al menos por dos razones.

En primer lugar, porque el juez es el tercero imparcial que resuelve el conflicto intersubjetivo o el conflicto que se plantea en relación con la interpretación y aplicación de la norma. La

jueces que efectúa Ignacio DE OTTO (*Derecho Constitucional. Sistema de fuentes*, Ariel, Barcelona, 1987).

[31] Vid. N. BOBBIO, "Algunos argumentos contra el Derecho natural", en VVAA, *Crítica del Derecho natural*, intr. y trad. de E. Díaz, Taurus, Madrid, 1966, pp. 222-224.

presencia de un sujeto, o de una institución, que lleva a cabo esta función se demuestra imprescindible en cualquier modelo de ordenación de la vida humana social. A no ser, evidentemente, que se niegue a la naturaleza conflictiva de los grupos humanos, lo cual parece por otra parte cuanto menos arriesgado. Recordemos que la razón por la que, en las teorías contractualistas, o en algunas versiones de dichas teorías, el estado de naturaleza constituye una situación de inseguridad y de permanente conflicto no es tanto su carácter necesariamente violento sino precisamente la ausencia de un tercero imparcial que resuelve el conflicto. Esa es la explicación que nos ofrece Hobbes y el origen de la justificación de la traslación de los poderes individuales a manos de un sujeto, el soberano Leviatán, que entre otras cosas monopoliza la competencia de resolver el conflicto, imponiendo su voluntad -expresada mediante el Derecho- sobre las de las partes^[32]. Por cierto, la experiencia jurídica moderna nos muestra que el juez resuelve el conflicto a través de la interpretación y aplicación de la norma, de la ley. Pero eso no siempre ha sido así. Calamandrei nos ha recordado que existen ejemplos de justicia sin leyes en donde el juicio no es *secundum leges*: el juicio de Dios, la prueba

[32] Vid. HOBBS, *Leviatan*, en especial capt XVIII: “De los derechos de los soberanos por institución”, trad. de M. Sánchez Sarto, Fondo de Cultura Económica, México, 2017, pp. 154 y ss.

del fuego, las ordalías... o en términos contemporáneos la justicia que aplican los tribunales revolucionarios inmediatamente tras una revolución victoriosa^[33].

En segundo lugar, por el hecho de que las normas carecen de capacidad de autoaplicación. Esta no es una característica exclusiva de las normas jurídicas, sino en realidad de cualquier tipo de norma. La existencia de la norma, la validez de su enunciado, no determina necesariamente la adecuación de la realidad a la modalidad deóntica contenida en dicho enunciado. Para que la norma surta sus efectos en la realidad, para que cumpla efectivamente su función de ordenación social, es necesario que el sujeto destinatario adecúe su comportamiento al modelo de la norma; es decir que, previa interpretación, la aplique (de aquí podemos extraer consecuencias, en las que no me detengo, en relación con lo errado de concentrar todo el discurso sobre la aplicación del Derecho en la aplicación judicial del Derecho, que en realidad se presenta como un tipo específico de aplicación). El hecho de que el destinatario no aplique el Derecho en un primer momento permite explicar, y justificar, la intervención del juez en última instancia.

[33] Vid. P. CALAMANDREI, *Proceso e democrazia*, Cedam, Padova, 1954, pp. 48-52.

Pero en todo caso, y más allá de estas consideraciones generales, lo cierto es que la posición que el juez ocupa en el modelo constitucional significa una profunda diferenciación frente al modelo clásico, el del juez de la exégesis. De él podemos subrayar dos rasgos: su exclusión del proceso de creación del Derecho y su irresponsabilidad. Volveré a estas cuestiones más adelante.

Entre las circunstancias que provocan una alteración de la posición del juez en el modelo constitucionalista podemos pensar en dos.

En primer lugar, la morfología de la Constitución, a la que ya se ha aludido. La indeterminación consustancial a las formulaciones normativas constitucionales amplía el rango de las posibilidades interpretativas y aplicativas con las que se encuentra el juez. Y le obliga a un esfuerzo argumentativo que era “despreciado” por la concepción tradicional de su tarea. No es baladí el hecho de que la obligación de motivar las sentencias presente un rango constitucional^[34]. De aquí, como veremos, se derivan consecuencias en relación con la responsabilidad que deriva del hecho de juzgar^[35].

[34] Me remito a R. DE ASIS ROIG, *El juez y la motivación en el Derecho*, Dykinson, Madrid, 2005.

[35] Vid. A. E. PEREZ LUÑO, “¿Qué significa juzgar?”, *Doxa*, nº 32, 2009, pp. 151 y ss.

En segundo lugar, pensemos en las funciones que el modelo constitucional atribuye al juez. Más allá de la diversidad de versiones que presentan los modelos de jurisdicción constitucional y de garantía de la Constitución (con un mayor o menor nivel de concentración reconociendo competencias al juez ordinario o algún órgano como el tribunal constitucional, o que reconoce en distintos efectos a sus sentencias), lo cierto es que el juez se presenta como el garante de la Constitución. Y, por cierto, la garantía de la Constitución debe considerarse una responsabilidad compartida entre el juez y el legislador. Sin el desarrollo normativo que corresponde al legislador decrece la efectiva capacidad regulatoria de la Constitución. De manera que la garantía de la Constitución, entendida como el conjunto de estrategias tendentes a asegurar su operatividad, se beneficia tanto de la intervención del juez como de la intervención del legislador. El desarrollo normativo de la Constitución es una forma de garantizarla^[36]. La responsabilidad compartida entre legislador y juez a la hora de garantizar la Constitución, mediante mecanismos diferenciados, debe ser recordada cuando se plantean situaciones en las que parece que las

[36] Robert ALEXY ha llamado la atención sobre la existencia, junto a las prestaciones fácticas, de prestaciones normativas, que satisfacen “derechos a actos estatales de imposición de normas”, *Teoría de los derechos fundamentales*, trad. de E. Garzón Valdés, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid. 1994, p. 195.

espaldas del juez deben ser las únicas a la hora de soportar el peso de la guardia de la Constitución; situaciones en las que la actuación del juez -muchas veces acusada de activismo- es en realidad la consecuencia de la inactividad del legislador. El que el juez tenga la última palabra en la interpretación de la Constitución no quiere decir que la garantía de la construcción se concentre solo en sus manos^[37]. El legislador no atiende su responsabilidad en este sentido en aquellos casos en los que incurre en inacción a la hora de desarrollar los derechos (pero no solo los derechos, ya que la norma constitucional no se reduce a estos) incluidos en la Constitución. Casos como el italiano, en el que la Corte Costituzionale ha sido la garante de las decisiones individuales en los casos de *fine vita*, es un buen ejemplo de ello^[38]. Son casos en los que, posiblemente por razones de oportunidad política, el legislador “mira hacia otro lado”.

La función de garantía de la Constitución genera tensiones, consustanciales al modelo constitucional; tensiones que han llevado a

[37] Vid. O. BACHOF, *Jueces y Constitución*, cit. p. 47.

[38] Me refiero a la sentencia 242/2019 de la Corte Constitucional italiana dictada en el caso Cappato-Antoniani. He abordado la cuestión en F. J. ANSUATEGUI ROIG, “*Fine vita*, acciones y omisiones: la confusión de la equiparación”, en G. D’ALESSANDRO, O. DI GIOVINE, (a cura di) *La Corte Costituzionale e il fine vita. Un confronto interdisciplinare sul caso Cappato-Antoniani*, Giappichelli, Torino 2020, pp. 1-20.

identificar un carácter esencialmente antidemocrático en el constitucionalismo^[39]; que han llevado a teorizar la objeción contra mayoritaria; y que son expresión de la relevancia que el modelo adquiere en clave iusfilosófica desde el momento en que dichas tensiones se pueden reconducir, por elevación, a la tensión entre razón y voluntad en la que podemos identificar las dos dimensiones del Derecho: aquella entre la dimensión decisoria, política en definitiva, del Derecho y los criterios de racionalidad, de corrección, de justicia en resumidas cuentas a los que pretendemos someter esa decisión, y de acuerdo con los cuales la evaluamos^[40]. En el contexto del constitucionalismo estamos frente a la tensión entre el legislador y sus decisiones, de un lado, y la Constitución y sus contenidos limitativos, entre los cuales subrayamos la presencia de los derechos. Tensión que está llamada a ser resuelta por el juez. Y hablar de resolver no implica suponer que va a eliminar, a través de su decisión, el conflicto en términos políticos. Resuelve por el hecho de que a él le corresponde la última palabra: el Tribunal Constitucional como “intérprete supremo de

[39] Si bien, como señala BACHOF, “el juez no es menos órgano del pueblo que todos los demás órganos del Estado”, *Jueces y Constitución*, cit. p. 59.

[40] Me he referido a la cuestión en F. J. ANSUATEGUI ROIG, *Razón y voluntad en el Estado de Derecho. Un enfoque filosófico-jurídico*, Dykinson, Madrid, 2013.

la Constitución” (art. 1 LOTC). El problema es aquel que se plantea Ángel López cuando se pregunta cuáles son los límites de una arquitectura constitucional que no debe negar la supremacía del parlamento y en la que los jueces ejercen poder^[41].

Por cierto, cabe recordar que cuando hablamos del desempeño del juez en el modelo constitucional a la hora de garantizar la Constitución no debemos pensar en una usurpación de funciones que él se autoatribuye, sino más bien en funciones que el propio modelo le atribuye; funciones directamente vinculadas a la filosofía sobre los límites al poder en la que reposa el modelo. Este inciso permite analizar críticamente cierto discurso político deslegitimatorio dirigido a los jueces en la resolución del conflicto político constitucional. Discurso que, por otra parte, parece desconocer el sentido del constitucionalismo.

7. Creación del Derecho y responsabilidad del juez

De todo lo anterior se pueden derivar consecuencias, como apuntaba previamente, en relación con la creación judicial del Derecho

[41] Vid. A. LOPEZ Y LOPEZ, “La interpretación de los *statutes* en la experiencia jurídica de los Estados Unidos”, *Quaderni Fiorentini per la Storia del Pensiero Giuridico Moderno*, nº 51, 2022, p. 624.

(o, más bien, con el dogma que la niega). Y con la responsabilidad del juez.

No nos detendremos en este momento en la larga discusión en torno a si los jueces crean o no Derecho^[42], ni en la pluralidad de formas que puede presentar dicha creación^[43]. Discusión que implica, pensando en el caso español, una crítica del modelo establecido por el artículo 1 de nuestro Código Civil. Ya he desarrollado argumentos al respecto en otro lugar^[44]. En esta ocasión me limito a señalar dos cosas: 1) el artículo 1 del Código Civil posiblemente nos ofrece un esquema que no nos permite explicar cómo ocurren las cosas en la realidad jurídica. En efecto, como señaló en su momento Ignacio de Otto, la expresión “complementará” contenida en el artículo 1.6, “significa que el Código Civil no solo no quiere llamar fuente del derecho a la jurisprudencia, sino que, además, tampoco la quiere considerar como una parte integrante del ordenamiento jurídico, un elemento que lo

[42] Me remito a L. PRIETO SANCHIS, *Ideología e interpretación jurídica*, cit.

[43] Vid. G. PECES-BARBA, “La creación judicial del Derecho desde la teoría del ordenamiento jurídico”, *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 4/1984, p. 1026.

[44] Vid. F. J. ANSUATEGUI ROIG, “Creación judicial del Derecho: crítica de un paradigma”, en VVAA, *El Derecho en Red. Estudios en Homenaje al profesor Mario G. Losano*, cit., pp. 519-554.

completa, sino algo que lo complementa y que, por tanto, le es ajeno (...) Este tratamiento de la jurisprudencia como algo ajeno al ordenamiento jurídico no puede explicarse más que como un ejemplo llamativo del peso que puede tener una tradición teórica, capaz de llevar a la negación de lo que parece evidente desde el punto de vista jurídico”^[45]; 2) además, se puede plantear la hipótesis de que el propio legislador, por otra parte, al redactar el artículo parece que albergaba alguna duda o reticencia al respecto. En efecto, de un lado excluye al juez de la creación del Derecho, reduciendo su intervención a la interpretación y aplicación de la ley, la costumbre, y los principios generales del Derecho; pero por otra parte, debemos recordar lo que se afirma en el Preámbulo 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: “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 auto-

[45] I. DE OTTO, *Derecho Constitucional. Sistema de fuentes*, cit., p. 297.

rizados y dignos, con su reiteración, de adquirir *cierta trascendencia normativa*". Pues bien, se puede alegar que la alusión del art. 1.6 es a la jurisprudencia del Tribunal Supremo, en exclusiva, aunque más plausible parece afirmar que dicho artículo incluye una teoría sobre la posición del juez que va más allá de la referencia exclusiva al Tribunal Supremo; teoría en la que la distinción entre lo que es creación, de un lado e interpretación y aplicación, de otro, es relevante. Pero en todo caso merece la pena detenerse, aunque sea brevemente, en ese reconocimiento de una cierta trascendencia normativa.

No vamos a entrar aquí en la discusión sobre el problema de los grados o intensidades de la normatividad; problema al que por otra parte parece invitar el citado Preámbulo. Lo que parece importante es que hablar de fuentes del Derecho implica disponer de una teoría en relación con los límites de la normatividad jurídica. Por eso, no se entiende muy bien cuál es el alcance de esa "*cierta trascendencia normativa*". En materia de fuentes del Derecho, la normatividad (o si se prefiere, la vinculatoriedad) existe o no existe. La determinación de esa normatividad es importante a la hora de establecer la responsabilidad jurídica, por ejemplo. La cuestión que surge, y que me limito a proponer, se puede plantear en los siguientes términos: ¿posiblemente el legislador no se encontraba en condiciones de contrariar

convicciones arraigadas desde el punto de vista doctrinal, pero al mismo tiempo tampoco quería desmentir radicalmente la realidad del funcionamiento del ordenamiento jurídico?

En todo caso, a la hora de responder a la cuestión de la creación judicial del Derecho, puede ser interesante traer a colación otra circunstancia cuya relevancia que es el punto de vista iusfilosófico no puede ser menospreciada: me refiero a la relación entre el Derecho y el poder. En este sentido creo que la aportación de la teoría del Derecho al problema puede venir, además, del análisis de algunas consecuencias de esta relación. Es cierto que una de las razones que ha impedido la consideración de la sentencia judicial como auténtica norma jurídica ha estado constituida por la caracterización de la ley como auténtica y genuina norma jurídica: la ley como norma general y abstracta.

No parece discutible la pérdida de estas características por parte de la ley. Y los ejemplos no son solo los que derivan del artículo 86 de la Constitución. En todo caso, la sentencia se ha podido observar como la negación de esos rasgos: es una decisión concreta adoptada para resolver un caso particular. Pero esta cuestión no parece definitiva a la hora de decidir si los jueces crean o no Derecho. Por una parte, la sentencia es una especificación, una concreción o determinación, del contenido normativo de la ley, norma en prin-

cipio general y abstracta; al igual que lo son las normas, de rango inferior a la ley, que dicta el gobierno y la administración. Y no parece que se pueda negar que en estos casos estamos frente a ocasiones de creación del Derecho. Pero, por otra parte, y más importante, lo que parece definitivo es considerar al juez como poder del Estado. No me extenderé aquí en el significado del hecho de que el único poder al que explícitamente se refiere la Constitución sea el Poder Judicial en la rúbrica del título VI (ni en el carácter ni casual ni inocente de las formulaciones constitucionales). Al contrario, la cuestión es la de determinar si el poder del Estado, o de la autoridad política, al igual que se expresa a través de la ley y de las normas de rango inferior, se expresa también a través del juez. Por mucho que reconozcamos el margen de discrecionalidad en el que se desenvuelve el juez y la influencia de factores que influyen en su decisión, en la sentencia no se expresa la voluntad del juez, sino la del Estado; en su caso, la del Estado democrático (y por tanto, en principio, legítimo). Voluntad del Estado que se manifiesta de forma específica para un caso concreto. Antes de que tengan lugar las circunstancias sobre las que se dicta la resolución, y en relación con las cuales se pronuncia el legislador y no el juez, existe una norma que prevé categorías de casos o situaciones. El juez dicta una sentencia mediante la cual integra el ordenamiento jurídico, desde el punto de vista de su respuesta normativa a los

desafíos de la realidad conflictiva, contribuyendo a responder a la pregunta *¿Quid Iuris?*

En todo caso, la identificación de la creación normativa no debería hacerse depender de que la decisión en concreto tenga efectos *erga omnes*^[46]. En principio, no hay nada que obligue a considerar únicamente dotadas en normatividad aquellos enunciados que tienen efectos generales. El sistema jurídico se abre, por ejemplo, al reconocimiento de los efectos normativos, a los que se reconoce fuerza de ley, a las disposiciones de los contratos acordadas por las partes (art. 1.091 CC). En este sentido los particulares tienen también un cierto protagonismo en los procesos de producción normativa. El hecho de que ese protagonismo sea el resultado de una previa delegación o de un reconocimiento no parece razón suficiente para dejar de reconocer la normatividad de esas cláusulas.

Posiblemente el problema radica en saber si el juez crea normas o crea normas nuevas^[47]. Pero en ambos casos estaríamos frente a situaciones de creación judicial del Derecho. Y si la novedad de la intervención del juez se niega

[46] En sentido contrario, F. RUBIO LLORENTE, “La jurisdicción constitucional como forma de creación del Derecho”, en ID., *La forma del poder*, cit., p. 497.

[47] Vid. R. DE ASIS ROIG, *Jueces y normas. La decisión judicial desde el Ordenamiento*, Marcial Pons, Madrid, 1995, p. 90.

alegando que en realidad desarrolla una tarea de especificación y concreción de la respuesta del legislador, entonces posiblemente tengamos que vernos obligados a plantear el mismo problema en la relación que se establece entre las normas dictadas por la administración y la ley; pero también en la relación que se establece entre la ley y la Constitución.

Y una última referencia a la cuestión de la responsabilidad. El juez de Montesquieu era un juez irresponsable. En efecto, toda la responsabilidad de la decisión correspondía al legislador, de cuya voluntad es el traductor al caso concreto. En realidad, esa irresponsabilidad no debe ser considerada como una carencia o defecto personal sino más bien como resultado de la adecuación al modelo de juez que se propugna. El correcto desempeño de su labor no le exige esta responsabilidad desde el momento en que es excluido del sistema de fuentes. Y desde ese momento, también, carece de protagonismo en la organización del modelo social.

Pero el juez del constitucionalismo es responsable, o debe serlo. En este momento no estoy pensando en la responsabilidad civil, penal y disciplinaria que a los jueces se les puede exigir en el ejercicio de sus funciones, y que está suficientemente regulada a partir de lo establecido en los artículos 9.3 y 117 de la Constitución y en el art. 1 de la Ley Orgánica

del Poder Judicial. Mi discurso es más general. La responsabilidad del juez se justifica a partir de su intervención en la arquitectura normativa del ordenamiento jurídico. Desde el momento en que participa en la creación del Derecho, las consecuencias de sus decisiones afectan a la libertad de los sujetos, rasgo compartido por otra parte con cualquier otra propuesta normativa. Y participa en esa creación en un contexto de indeterminación (considerada como “condición estructural del Derecho”^[48]) en el que las posibilidades interpretativas son amplias, de acuerdo con los rasgos del Derecho del constitucionalismo, si bien, como es sabido, esa discrecionalidad es menor que aquella de la que disfruta el legislador.

Cuando hablo de responsabilidad del juez hablo de una responsabilidad, difusamente política si se quiere, diferente por supuesto de aquella a la que está sometido el legislador, puesto que cualquier desviación al respecto pondría en peligro el principio de inamovilidad. La responsabilidad a la que me refiero es una responsabilidad posiblemente difícil de institucionalizar, pero no por ello menos importante. Pienso en la responsabilidad que tiene que ver con los efectos sociales y políticos de sus decisiones. Es evidente que estos

[48] A. NIETO, *Crítica de la razón jurídica*, cit., p. 156.

efectos crecen en su alcance a medida que ascendemos en la jerarquía judicial. Qué duda cabe que, actuando en un marco de apertura e indeterminación, la decisión del juez afecta al modelo jurídico político. Y de ahí la relevancia de la justificación de su decisión, que la propia Constitución prevé en términos de motivación y que la doctrina analiza cuando estudia las teorías de la argumentación en el marco de una reivindicación de la naturaleza argumentativa del Derecho. La satisfacción de las exigencias argumentativas es necesaria desde el momento en que reconocemos al juez como poder del Estado con capacidad de creación normativa. En efecto, no tendría mucho sentido someter al juez a la obligación de justificar su decisión si previamente se negara su creatividad. O, dicho de otra manera, precisamente porque se le reconoce esa creatividad se le somete a exigencias argumentativas encaminadas a mostrar la aceptabilidad de su decisión. Es la vía a través de la cual se alcanza la legitimidad que debe acompañar a cualquier ejercicio del poder, al menos en un contexto democrático. Sabido es que la vía a través de la cual el juez va alcanzar su legitimidad es muy diferente aquella que va a cursar el legislador. Estamos frente a una legitimidad argumentativa, a la que se ha referido Robert Alexy, y que junto al sometimiento a la ley contribuye a definir la

posición institucional del juez como operador jurídico^[49].

[49] Vid. R. ALEXY, “Balancing, Constitutional Review and Representation”, *International Journal of Constitutional Law*, vol. 3, n° 4, 2005, pp. 572 y ss; ID., “Constitutional Rights, Democracy and Representation”, *Rivista di Filosofia del Diritto*, IV/1, 2015, pp. 28 y ss.

AUTORES

Angel M. López y López. Doctor en Derecho por las Universidades de Sevilla (1970) y Bolonia (1963) y Doctor *honoris causa* por la Universidad Pablo de Olavide (2015). Profesor Emérito de Derecho Civil *ad vitam*. Su actividad científica se ha centrado en tres acampos; el Derecho civil de corte tradicional (*La posesión de estado familiar, Retención y mandato, La interpretación de los contratos*, entre otros numerosos trabajos), las relaciones entre Derecho Civil y Constitución (*La disciplina constitucional de la propiedad privada, Derecho civil constitucional, El Derecho Civil entre tradición histórica y Constitución política*), y el estudio del Derecho comparado, con especial atención al Derecho de los Estados Unidos (Quaderni fiorentini, 2023).

Francisco Javier Ansuátegui Roig. Catedrático de Filosofía del Derecho de la Universidad Carlos III de Madrid. Director de la revista *Derechos y Libertades*. Autor de diversos trabajos en materia de Filosofía del Derecho y Derechos Humanos entre los que destacan: *Orígenes doctrinales de la libertad de expresión*, (1994); *El Positivismo Jurídico Neoinstitucionalista (Una aproximación)*, (1996); *Poder, Ordenamiento Jurídico, derechos* (1997); *Razón y voluntad en el Estado de Derecho. Un enfoque filosófico-jurídico* (2013); *Rivendicando i diritti sociali* (2013); *Norme, giudici, Stato costituzionale. Frammenti di un modello giuridico* (2020); (con Th. Gutmann, D. Innerarity y M. La Torre), *Pandemia e diritti. La società civile in condizioni d'emergenza* (2022).