

R. DE ASÍS ROIG, *Jueces y normas. La decisión judicial desde el ordenamiento*. Prólogo de Gregorio Peces-Barba, Marcial Pons, Ediciones Jurídicas S. A., Madrid 1995, 306 páginas.

La decisión judicial y el valor normativo que ésta posee es un tema que se ha debatido con frecuencia en la doctrina iusfilosófica contemporánea, fruto del creciente interés por las cuestiones de metodología jurídica que se abre a partir de la segunda mitad del siglo veinte.

El trabajo que comentamos –cuyo autor es el profesor Rafael Asís, de la Universidad Carlos III– presenta en este sentido una particularidad, que se formula claramente desde el título de la obra hasta la situación del tema que realiza en el prólogo el profesor Peces-Barba: no se trata simplemente de centrar la cuestión debatida en los operadores jurídicos jueces, sino en integrar la reflexión sobre la generación del derecho llamado *judicial* en la teoría del ordenamiento. Esta perspectiva científica representa, por decirlo de algún modo, una novedad metodológica que resulta –precisamente por eso– de mucho interés en el mundo hispánico, y que amerita en consecuencia que la obra de Asís sea trabajada no sólo por los teóricos del derecho, sino también por los hombres que lo ejercen, independientemente de si se está de acuerdo o no con los resultados a los que llega. Una reflexión atenta sobre los contenidos del libro puede proporcionar criterios interesantes para elevar la calidad de las decisiones judiciales, objetivo este último que, como es obvio, está en la base de todo análisis que versa sobre cuestiones de razón práctica.

El análisis de la decisión judicial resulta aún más relevante, desde el punto de vista sistemático, en aquellos ordenamientos que poseen órganos judiciales especializados en materias de orden constitucional, puesto que las decisiones de tales órganos influyen en todo el ordenamiento, y no sólo en un aspecto de él. Describir las notas más relevantes de dicho proceso, y su papel en el Derecho, es el objetivo del trabajo, tal como el autor lo señala expresamente en la introducción (p. 13). Debe notarse que este objetivo programático es des-

criptivo y no fundamentador: se intenta indicar el modo en el cual ciertas operaciones jurídicas ocurren, y cómo se instalan sus resultados en la vida del derecho, pero sin entrar a justificarlas por comparación a una referencia axiológica, sino por una apelación a la "racionalidad" que, como dice el mismo Peces-Barba, "pretende fijar los procesos más correctos para producir normas de calidad, es decir, que sean capaces de lograr sus objetivos, y de hacerlo con el menor coste social, económico y político posible para la comunidad" (p. 11).

De acuerdo con este planteamiento, el libro se estructura en torno a los dos capítulos finales (Capítulo IV. Los enunciados normativos judiciales, y Capítulo V. Consecuencias de la creación normativa judicial). Antes de realizar un breve análisis de las conclusiones que en ellos se contienen, parece conveniente referirse al método elegido por el autor para entrar en las cuestiones de fondo que intenta sostener. Dicha metodología está expresada en los capítulos anteriores, sobre los cuales trataremos, también brevemente, a continuación.

Puesto que la intención del autor es enfocar la decisión judicial desde la perspectiva del ordenamiento, parece lógico comenzar el análisis desde la visión del Derecho a partir de la cual se va a contemplar la producción normativa. "Sistema normativo –afirma Asís– será un conjunto de normas jurídicas (creadas por y creadoras de instituciones), y sus derivaciones lógicas, existentes en un determinado momento, susceptible de ser descompuesto en subsistemas" (p. 22). El punto de partida será, en consecuencia, una noción formal de ordenamiento ("dinámica", en terminología de Kelsen), en cuya definición parece no haber la referencia a la materialidad o contenido de la producción normativa. Es significativa, en este sentido, la nueva formulación que ofrece, después, en la p. 36: "el Derecho puede ser contemplado como un conjunto de normas e instituciones que forman un sistema".

Unida al tema del ordenamiento, se encuentra el problema de la validez de las normas que pertenecen a él. Se trata de la cuestión fundamental de la Teoría del Derecho, frente a la cual el autor señala, también expresamente, que se inclina por una posición cercana al positivismo (p. 33), aunque con ciertos matices: distinguiendo entre validez de las normas y validez del ordenamiento (Bobbio); entre normas explícitas y normas implícitas (en el sentido de Alchourrón y Bulygin) y, finalmente, distinguiendo validez de aceptabilidad (la validez sería distinta de la circunstancia de que una norma se *accepte*; sea por virtud de la propia autoridad normativa o por el contenido de dicha norma).

Después de centrar las cuestiones previas, relativas a la noción de ordenamiento y de validez, el autor pasa a analizar el significado y características de las normas, así como los órganos e instituciones con capacidad para crearlas. Desde el punto de vista de la norma, Asís, siguiendo a Mendonca, propone la

siguiente explicación del aspecto sistemático del Derecho: existirían tres momentos en el fenómeno normativo (p. 37): la creación (es decir, "la producción de un enunciado normativo, a través de un acto también normativo, que necesita siempre de interpretación para concretar su significado"); el producto o enunciado normativo, consistente en una cadena de expresiones del lenguaje natural, gramaticalmente correcta y completa; y el significado de la forma normativa, es decir, su sentido, el cual se encontraría vinculado a la *ejecución* de un acto normativo concreto. Entre los tres elementos se produciría una cadena de eslabones y direcciones, en la cual el fenómeno normativo se verificaría por la unión o relación de los diferentes aspectos mencionados. Esta idea refuerza la noción de "ordenamiento" que ha propuesto antes.

Este modelo tripartito puede, según el autor, ser proyectado sobre la cuestión de la validez de la norma (p. 40): debe plantearse si una norma jurídica es válida en cada uno de los tres aspectos del fenómeno normativo. Para ello, deben diferenciarse dos sentidos de validez: el descriptivo y el valorativo. El primero indica la noción de validez sobre la que hemos hablado antes; mientras que el segundo hace referencia a la idea de legitimidad, y se proyectaría en los fenómenos de aceptación y cumplimiento. De este modo, una norma sería válida en el segundo sentido, no sólo al estar en conformidad con los criterios formales y materiales (por "material" debe entenderse aquí no una referencia a la justicia, sino la coherencia con lo dispuesto por la norma superior), sino también por reunir los requisitos de aceptabilidad y ser, de hecho, aceptada por la comunidad. Un sistema jurídico –afirma– debe intentar que sus preceptos posean ambas perspectivas de validez.

Todo lo dicho tiene importancia en relación con los centros de producción de normas. En palabras del autor: "Parece claro que aquellos centros que tienen la posibilidad de elegir entre diferentes normas se decantarán por la que les resulte más aceptable. Por otro lado, para que las cadenas normativas funcionen es importante la aceptación de los diferentes centros entre sí. Unido a esto, es posible argumentar también sobre la necesidad de que la comunidad jurídica acepte los centros de producción de normas, lo que no es otra cosa que reflexionar sobre la legitimidad" (p. 41).

No es irrelevante poner atención sobre las características con que el autor va perfilando el concepto de validez que, más adelante le va a servir de base para preguntarse por el tipo de norma que proviene desde los operadores judiciales. El criterio material de validez de las normas está regido, en definitiva, por su aceptabilidad (cita repetidamente a Hart a la hora de fundamentar esta cuestión). Es esta aceptación por parte de los operadores jurídicos lo que permite el libre juego de los tres aspectos del fenómeno normativo que ha descrito.

Asís enumera los siguientes centros de producción normativa (p. 43): normas internacionales, poder legislativo, poder ejecutivo, la administración, el "nuevo contrato social" (referencia al concepto bobbiano) y el poder judicial.

En relación con los principios jurídicos, el autor los sitúa entre lo que denomina "elementos del ordenamiento con un carácter normativo problemático" (p. 67). Siguiendo la clasificación de Prieto Sanchís, distingue tres tipos de principios en el ordenamiento: explícitos (aquellos que aparecen en una disposición normativa concreta), implícitos (reglas o criterios considerados como premisas o consecuencias de disposiciones normativas) y extrasistemáticos (aquellos que no caben en ninguna de las categorías anteriores). Este último grupo de principios se situaría fuera del criterio de validez normativa, y, por lo tanto, no incidiría en los centros de producción del Derecho.

Este tipo de argumentación, reiterada a lo largo de la obra, es coherente con los supuestos que ha definido, pero deja la impresión de que se está escribiendo exclusivamente para un sector de la comunidad científica: aquél que comparte la precomprensión intelectual del problema que el autor intenta desentrañar. Afirmando esto porque, de la lectura del texto no puede colegirse un intento de justificar argumentalmente ciertas posiciones de acceso a la cuestión debatida —como por ejemplo, la exclusión de los principios "extrasistemáticos" del ámbito generador del derecho—, mas sí una gran honestidad en señalar qué se entenderá por tal o cuál concepto, o bien en marcar los puntos de partida o las fuentes desde las cuales el autor va extrayendo su pensamiento.

El último tema del capítulo I es la cuestión sobre la que versa la obra: el poder judicial y la producción normativa, una vez aclarados como el mismo Asís dice, los presupuestos (p.82). Hay dos cuestiones previas que deben ser resueltas: la independencia de los jueces y su sometimiento al Derecho. El autor advierte que dichos problemas no se enfocarán en una perspectiva "absoluta", sino desde el punto de vista de lo que puede significar "independencia" y "sometimiento" en un estado "democrático". En este sentido, la primera pregunta versa sobre el tipo de obligación que pesa sobre el juez. ¿Se trata de un vínculo exclusivamente jurídico, o es también moral? La respuesta del autor es que la posición moral del juez no es relevante en el Derecho (p. 86), pero admite que el momento de la interpretación que éste realiza de los enunciados normativos es esencial a su función, sin dejar de estar dicha actividad presidida por el sistema de fuentes establecido en el ordenamiento. De allí se deduce que ningún juez puede, legítimamente, ampararse en su conciencia para adoptar una solución no ajustada al Derecho; a lo más, como dice García de Enterría, cabe la renuncia a sus funciones judiciales, pero no resultaría procedente juzgar contra el Derecho positivo.

La cuestión de fondo que Asís pretende enfrentar es si se debe o no reconocer a los jueces la creación directa de reglas jurídicas generales (p. 89 ss.). Para ello, distingue en el problema un aspecto valorativo y otro descriptivo. Sobre el primero de ellos, afirma que resulta claro que la respuesta, al interior del Derecho positivo español, es negativa: los jueces no crean normas jurídicas generales; aunque reconoce que sectores de la doctrina y "procesos y órganos judiciales" se decantan por una contestación positiva. En torno al segundo aspecto, afirma que es necesario analizar la decisión judicial y descubrir si existe o no creación de normas. Este es el objetivo general del resto de la obra.

En el capítulo II se plantea el proceso de la decisión en torno a la argumentación del operador judicial, mientras que el III se dedica al momento hermenéutico. Más adelante (p. 178), Asís afirmará que ambos momentos —argumentación e interpretación— son muy difíciles de diferenciar en la actuación judicial concreta, recalcando con ello el carácter científico de la distinción.

Desde el punto de vista de la argumentación, se puede establecer el siguiente principio general: todos los enunciados (normativos, empíricos, etc.) que se utilizan para la toma de la decisión deben ser justificados (p. 108). Los enunciados normativos se justifican en virtud de su conformidad con los criterios de validez del ordenamiento; mientras que los empíricos, de acuerdo con los métodos de las ciencias y las reglas procesales de la carga de la prueba. En virtud de esta doble perspectiva, el autor divide el segundo capítulo en una análisis de las teorías de la argumentación (con énfasis en el silogismo judicial), dentro del cual pasa revista a las tesis de Toulmin y Atienza (p. 105-124), y en una reflexión sobre "argumentación y juicio de hecho" (p. 125-159). Ambos momentos del proceso deben derivar en el juicio de Derecho, en el que se moldea el material de manera jurídica hasta alcanzar la solución del problema.

En relación con la fase interpretativa (capítulo III), el autor inicia su desarrollo reconociendo el valor fundamental de la interpretación, como tarea principal del operador jurídico (p. 177), otorgándole, con Esser, el rango de una operación creativa. A partir de unas consideraciones generales sobre la actividad hermenéutica, pasa a analizar los criterios de interpretación, basándose en la clásica distinción de Savigny (p. 182 ss.), y con un fuerte apoyo en la dogmática que él mismo se encarga de señalar. La conclusión a la que llega es la primacía del criterio sistemático (cuya dimensión en el plano argumentativo —tal como se deduce del análisis realizado en el capítulo anterior— es la coherencia), cuya virtud es reunir los restantes parámetros de interpretación al

interior del sistema jurídico, que se presenta como un conjunto de disposiciones con un acoplamiento racional y para racionalizar las conductas sociales.

Puede advertirse, a partir de los resultados que se han consignado hasta aquí, la íntima unidad entre las premisas señaladas en el capítulo I, sobre el ordenamiento jurídico y la validez de las normas, y las notas distintivas de cada momento del proceso de la decisión judicial que el autor destaca en los respectivos capítulos siguientes. Las nociones de validez formal, coherencia y criterio sistemático de interpretación traducen una perspectiva científica heredera de una metodología basada, cómo no, en las tesis de Bulygin, Garzón Valdés, Atienza y el propio Peces-Barba. Resulta muy interesante el esfuerzo que hace el autor por deducir, desde las premisas señaladas, el modelo en que dicha interpretación aparece desde la perspectiva del ordenamiento. Los conceptos de "coherencia" y "criterio sistemático" cobran, en dicho enfoque, una unidad metodológica que está latente en los supuestos del modelo, pero que adquieren su valor explícito a partir del análisis que se ofrece en la obra que comentamos.

El capítulo IV, sobre los enunciados normativos judiciales, comienza con las siguientes conclusiones sobre el proceso de la decisión: con el objeto de proponer un modelo integral de dicho proceso, se distinguirían en él tres fases (p. 215): juicio fáctico (fijación de los hechos), juicio normativo (creación de un enunciado normativo en el cual subsumir los hechos fijados, a través de una argumentación sobre las normas) y decisión propiamente tal (el resultado de la aplicación de la técnica de la subsunción). En cada uno de estos pasos, el margen de valoración es alto (recuérdense las cinco decisiones a las que, según Wroblewski, se encuentra enfrentado el operador judicial). A la hora de plantear la presencia de valoraciones –afirma el autor–, debe tenerse en cuenta lo que denomina "juicio de relevancia" (p. 221). Este consistiría en un momento anterior al análisis del caso, en el cual el juez tomaría contacto con los hechos y pretensiones de las partes. El juez emplazaría dichos elementos en un determinado ámbito jurídico el cual después, merced al análisis del caso, podría verse modificado o no. Este "juicio de relevancia" –como puede advertirse– no es otra cosa que aquello que, en lenguaje hermenéutico, se denomina "pre-comprensión" (*Vorverständnis*). Este análisis lleva al autor a la siguiente conclusión (p. 224): "en la actividad judicial están presentes ciertas dimensiones creativas, fruto de la valoración del juzgador... Eso sí... toda la actividad se hace desde ciertos parámetros jurídicos y la solución debe estar apoyada, y susceptible de ser integrada, en el ordenamiento jurídico".

Con todos los antecedentes ofrecidos, Así pasa a continuación al problema de la creación normativa del juez. Afirma que el proceso de la decisión puede ser contemplado como un acto normativo (p. 225), en el cual se generarían –sigue

en esto a Bulygin— dos normas: el enunciado normativo general y la decisión, fallo o enunciado normativo individual. Ambos deben ser entendidos como auténticas normas. Más adelante dirá (p. 230): "admitir que se produce siempre un enunciado normativo general supone dar un paso muy relevante en la consideración del poder judicial como centro productor de normas".

Ahora bien, ¿cuál es la fuerza normativa de los enunciados judiciales? esto es idéntico a preguntarse: ¿puede ser el resultado de la decisión de los operadores judiciales considerado como "norma", en sentido estricto? No hay dificultad alguna en asegurarlo para el caso particular. El problema reside en determinar si puede o no revestir el significado de un imperativo común (p. 242 ss.). Debe distinguirse —afirma— entre los enunciados normativos y los fundamentos jurídicos en que se apoyan. Se discute si éstos últimos tendrían o no valor general, no a partir del análisis del fallo (pues no se encuentran en la parte dispositiva de la sentencia), sino en relación con la globalidad del ordenamiento, y en particular con la obligación constitucional de motivar las decisiones. Esto es una cuestión de gran interés que merece un desarrollo mucho más extenso, lo cual —en nuestra opinión— se echa en falta al interior de la obra que nos ocupa. Queda abierto, desde luego, el camino para que el autor se ocupe de ello en un trabajo posterior, y nos atreveríamos a sugerírselo desde este comentario.

En lo que se refiere a la fuerza obligatoria de los enunciados generales, la justificación de su valor general es enfocada por Asís desde el análisis de las obligaciones de los poderes públicos (p. 246). Como puede verse, se trata nuevamente de una solución sistemática, desde el ordenamiento. Las razones que aduce el autor son, después de un desarrollo extenso, las siguientes (p. 256): a) los enunciados judiciales generales tienen valor vinculante al existir la posibilidad de recurrir aquellas actuaciones que no los siguen; y b) los procedimientos de control del valor de esos enunciados dan lugar a pronunciamientos o decisiones que poseen claramente un alcance general y normativo.

Es preciso destacar la novedad del enfoque, aunque el fondo del argumento pueda resultar opinable. No estamos seguros de que la subsunción del problema en la visión general del ordenamiento resuelve la aporía que se presenta en el análisis estricto del enunciado normativo judicial como orientado a la producción de una norma concreta. Ambas conclusiones apuntadas (a y b) participan de la misma característica: en cuanto al aspecto positivo de la norma concreta (fallo) impone a las partes una determinada conducta, *contrario sensu*, impone también a la sociedad la obligación de respetar el derecho que allí se ha declarado. Deducir que esa obligación constituye un enunciado general para la

sociedad *al modo en que lo es para las partes*, parece un proceso menos indudable.

La conclusión medular de la obra —que se encuentra en el capítulo V— es la siguiente: aunque ni las disposiciones que enumeran las Fuentes del Derecho, ni una parte importante de los operadores jurídicos consideran que los jueces crean Derecho, esto parece ser un hecho (p. 281). Tal característica se presenta —afirma el autor— como consecuencia del carácter del Derecho y del proceso de decisión que en él se basa; no como resultado de un posicionamiento ideológico en materia de fuentes, o por vinculación a un momento histórico jurídico determinado.

En síntesis, puede afirmarse que la obra que comentamos proporciona un análisis bien fundamentado, acucioso y detallado del proceso de decisión judicial, proponiendo un modelo de ella que parte de bases formales y, centrándose en la noción de razonabilidad jurídica, orienta la cuestión en la perspectiva general del ordenamiento, incorporando en su estudio cuestiones que de ordinario quedan fuera en tratados de esta naturaleza (por ejemplo, la cuestión de la argumentación y el juicio de hecho). Todo ello justifica su lectura y la convierte en un trabajo interesante, que debe ser considerado a la hora de reflexionar sobre las cuestiones iusfilosóficas que desarrolla.

Raul Madrid Ramírez

Eusebio FERNÁNDEZ GARCÍA, *Filosofía política y Derecho*, Marcial Pons, Madrid 1995,

Este nuevo libro del profesor Eusebio Fernández recoge una serie de trabajos, algunos ya publicados en diferentes revistas y libros colectivos, y otros inéditos. Según su autor, están escritos "bajo la perspectiva de una concepción de la Filosofía del Derecho como una parte de la Filosofía práctica, en conexión estrecha con la Ética y la Filosofía política" (p. 9). En este sentido, la unidad del libro se justifica no tanto por los temas que se tratan, cuanto por el punto de vista interdisciplinar. Las propuestas contenidas en cada uno de los trabajos se dirigen hacia el mundo jurídico, pero siempre desde la consideración de que tales cuestiones forman parte del universo de la praxis humana.