

Palabras, palabras, palabras:

De lo que el Derecho les dice a los jueces

ALFONSO GARCÍA FIGUEROA
Universidad de Castilla-La Mancha

A MODO DE INTRODUCCIÓN, ¿CÓMO SE EXPRESA EL DERECHO?

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

“Durante una visita a Polonia en mayo de 1961 mantuve una conversación con el anterior Ministro de Justicia, que aquí resulta relevante. Me dijo que en los primeros días del régimen comunista se llevaron a cabo esfuerzos serios y sostenidos para redactar leyes tan claras que fueran inteligibles para el trabajador y el campesino (...) Se descubrió (...) que la elaboración de leyes inmediatamente comprensibles para el ciuda-

dano comportaba un coste oculto en el hecho de que hizo su aplicación por los Tribunales más caprichosa y menos predecible”¹.

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

Por otra parte, no parece que la inevitable existencia de un lenguaje especializado sea incompatible con su uso sencillo, elegante y, con los matices que se quiera, claro, por más que haya que lamentar que la claridad, “la cortesía del filósofo”, se haya convertido a menudo en la utopía del jurista. Sin embargo, en este trabajo no voy a referirme propiamente a la cuestión de la complejidad del lenguaje jurídico, ni a la convenien-

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

cia o no de su sofisticación. Mi propósito es otro. Una vez declarado mi sometimiento al lenguaje jurídico, me gustaría destacar algunos equívocos que quizá se hallen implícitos en (o se expliquen bien por) el uso de ciertas expresiones por parte de los juristas², expresiones relacionadas con la creación y la aplicación del derecho, que forman ya parte del vocabulario jurídico (y en ese sentido son inobjetable en cuanto se trata de estipulaciones conceptuales), pero que –me parece– dan cuenta de una cierta forma de pensamiento muy arraigada entre los juristas³. Reitero: en principio me voy a ocupar simplemente de *palabras*. Es cierto que las palabras no son más que eso: palabras; pero me gustaría poner de relieve que el uso de ciertos términos puede ser interpretado como el síntoma de un estilo de pensamiento con frecuencia dominante en la dogmática y no siempre acertado. Bajo este punto de vista, me parece bueno ocuparse de las palabras⁴. Si la referencia a ellas sirve además de pretexto para hablar de conceptos, entonces este trabajo se sentirá algo justificado. Esto no obstante, debo admitir que no puedo *demonstrar* sólidamente que esas expresiones constituyan un indicio de ese estilo de pensamiento. En este maleable mundo de las connotaciones, un análisis sólido de su *contexto de descubrimiento* requeriría una investigación histórica, sociológica y/o psicológica que excede mi capacidad. En este sentido, avanzo que algunas de mis conclusiones son sólo hipótesis que pueden resultar, por lo que a mí se refiere, razonablemente discutibles.

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

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

I. PALABRAS REALISTAS: "LAS SENTENCIAS SERÁN SIEMPRE MOTIVADAS Y SE PRONUNCIARÁN EN AUDIENCIA PÚBLICA" (ART. 120.3 CONST.)

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

Sin embargo, creo que, a pesar de su fortuna, el término "motivación"⁵ no es el más idóneo para designar

² He intentado poner de relieve ciertas imprecisiones conceptuales frecuentes en la dogmática jurídica en dos trabajos: "La concepción del derecho de la dogmática jurídica. ¿Una cuestión de principios?", en *Revista Jurídica de Castilla-La Mancha*, nº 24 (1998), págs. 79-106; "Contra el sistema por sistema", en *Revista de Derecho Privado* (diciembre, 1999), págs. 848-860.

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

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

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

"Per togliere alla malignità e alla frode qualunque pretesto, ed assicurare nell'opinione del pubblico la esattezza e la religiosità dei magistrati, vuole la Maestà Sua, anche sull'esempio e sull'uso dei tribunali più rinomati, che in qualunque decisione che riguardi o la causa principale, o gli incidenti, fatta da qualunque tribunale di Napoli, o collegio, o giunta, o altro giudice della stessa capitale, che abbia la facoltà di decidere, si spieghi la

exageradamente *realista*. Esto no es difícil de explicar: para cuestionar la fundamentación jurídica de una decisión judicial se requieren ciertos conocimientos sobre derecho; por el contrario, para opinar sobre los motivos personales de un juez, no se necesita ninguna cualificación especial ni un esfuerzo intelectual extraordinario.

Actualmente, corrientes como el realismo jurídico, los *Critical Legal Studies* y la tópica jurídica alemana, teorías todas que refuerzan el valor de los motivos socio-psicológicos de las decisiones jurídicas, han perdido terreno. La pujante teoría de la argumentación jurídica que se ha desarrollado desde 1978 hasta nuestros días¹¹ ha afianzado la importancia de la distinción entre *contexto de descubrimiento* y *contexto de justificación*¹² En el contexto de descubrimiento se hallan los motivos, las causas sociológicas o psicológicas de una decisión. En el contexto de justificación se hallan las razones que fundamentan una decisión.

La confusión de razones y motivos recién examinada probablemente no sea privativa de la esfera jurídica. En el lenguaje coloquial decimos que estamos *desmoralizados* o *bajos de moral*¹³ cuando nos sentimos poco *motivados*, cuando nos sentimos psicológicamente débiles, y no, como parecería más lógico, cuando nuestras decisiones resultan moralmente reprobables. En cualquier caso, una teoría de la argumentación jurídica debe ser consciente de esta distinción y debe con-

centrarse, por una cuestión de competencia, en el contexto de justificación, difiriendo hacia áreas como la sociología jurídica el estudio del contexto de descubrimiento.

Incluso y precisamente desde una perspectiva *motivacional*, me parece adecuado que los jueces sean conscientes de esta distinción. Kant¹⁴ concedía valor moral a las acciones que se llevan a cabo por deber y no por una inclinación personal. El acto del filántropo que ayuda al prójimo por placer no gozaría para el filósofo de Königsberg de un valor especial; sin embargo, el acto del misántropo que ayuda a los demás por deber contaría con valor moral específico. Hay algo de excesivo en esta severidad prusiana, que parece asociar moralidad y ascesis. Esto no obstante, lo que me parece atractivo del planteamiento kantiano, una vez trasladado al ámbito jurídico, es que, al menos en un Estado de Derecho Constitucional como el nuestro, es bueno otorgar valor a las decisiones del juez en cuanto que son expresión del ejercicio de un deber y no tanto de un compromiso personal. Es bueno que el juez siga creyéndose por encima de todo un profesional que realiza su trabajo justificando sus decisiones de la manera más ajustada a la Constitución. Es bueno que considere que sus decisiones se hallan no tanto *motivadas* cuanto *justificadas* jurídicamente. Por mucho que el ideal del juez como boca muda del derecho haya sido criticado, su reiterada puesta en duda por su inadecuación con la realidad, sólo lo confirma como ideal.

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

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

¹³ Aranguren se refiere a estas expresiones para ilustrar una cuestión distinta (vide Aranguren, J.L.L., *Ética de la felicidad y otros lenguajes*, Tecnos, Madrid, 1992, págs. 110 ss.). A su juicio, usamos términos como "desmoralización" o decimos que no tenemos la "moral elevada" para indicar que no nos sentimos dueños de nosotros mismos. Aranguren interpreta este significado como un indicio de que la experiencia moral constituye un presupuesto necesario de nuestra existencia. Cuando este presupuesto falta, sentimos que carecemos de dominio sobre nuestro destino, sobre nuestros actos, y nos sentimos "desmoralizados". Aquí recuro al uso coloquial de estos términos, como se ve, en otro sentido.

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

II. PALABRAS IUSNATURALISTAS:

“La justicia emana del pueblo y se administra en nombre del Rey por Jueces y Magistrados integrantes del poder judicial, independientes, inamovibles, responsables y sometidos únicamente al imperio de la ley” (art. 117.1 Const.)

En el lenguaje de los juristas y también en el más informal, es frecuente escuchar expresiones que vinculan derecho y justicia. Los jueces *hacen justicia conforme a derecho* y no se limitan a aplicar el sistema de fuentes. El juez que “a sabiendas, dictare sentencia o resolución *injusta*” –y no meramente *ilegal*– (art. 446 CP) se expone a una grave sanción penal y el Estado, por su parte, destina una serie de recursos a un *Ministerio de Justicia* y no simplemente a un Ministerio de la Adjudicación Judicial. Estos sintagmas parecen presuponer de algún modo que cuando los jueces aplican el derecho, no sólo están aplicando unas normas respaldadas por sanciones, sino que, además, están de alguna manera impartiendo justicia. Esta vinculación de derecho y justicia constituye el núcleo del iusnaturalismo y, más en general, de cualquier corriente antipositivista¹⁵.

La tesis básica del no positivismo es que existe una relación conceptual necesaria entre derecho y moral. En consecuencia, existe una obligación al menos *prima facie* de obedecer el derecho. Este planteamiento se ha visto reforzado históricamente por el advenimiento del constitucionalismo, que ha incorporado a los sistemas jurídicos numerosos derechos, que antes sólo se podían invocar como exigencias morales¹⁶.

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

Esta idea ha obtenido su plasmación en la llamada “tesis del caso especial” (*Sonderfallthese*), núcleo de la teoría de la argumentación jurídica de Robert Alexy. La tesis del caso especial reza así: el razonamiento jurídico

“... Son muchas las cosas que el derecho requiere de los jueces, (...) las exigencias que se les imponen son de alguna manera contradictorias”

es un caso especial de razonamiento práctico general. Según esta tesis, el razonamiento jurídico es un razonamiento moral con una serie de restricciones.

Es interesante advertir

que esta teoría supone la inversión del orden establecido por el positivismo jurídico. Según la tesis de la discreción judicial del positivismo jurídico, el juez aplica el derecho válido y excepcionalmente, cuando se le presenta un caso difícil, acude al ejercicio de cierta discreción para resolver la controversia con el concurso de elementos morales. La tesis del caso especial, por el contrario, considera que el sistema básico de justificación de las decisiones jurídicas es el razonamiento moral, el cual después se somete a ciertas *limitaciones*. Tales limitaciones son nada menos que las fuentes del derecho tradicionales, las teorías de la dogmática y singularmente las reglas procesales.

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

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

pretación constitucional, que establecen sus líneas argumentales a partir de la experiencia jurídico constitucional norteamericana³¹.

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

La legitimación del Poder Judicial radica en su carácter racional. La del Poder Constituyente en su carácter consensual. El Poder Judicial basa sus decisiones en juicios en principio técnicos. El Poder Constituyente alcanza en un proceso fundacional un consenso entre posturas a menudo enfrentadas y de las que sue-

le surgir un sistema de protección de derechos individuales de cierta importancia, los "triumfos" de Dworkin³², el "coto vedado" de Garzón Valdés³³, unos derechos intangibles para la política ordinaria. Sin embargo, tanto Poder Judicial (y Tribunal Constitucional) como poder constituyente han sido seriamente cuestionados³⁴.

Este problema está siendo intensamente debatido en la actualidad³⁵. No puedo aquí detenerme en la cuestión, pero me gustaría hacer una breve observación de carácter muy general. A veces parece que los problemas sobre el carácter antidemocrático del Poder Judicial o del Poder Constituyente se enfocan desde un nivel conceptual, cuando de lo que se trata más propiamente es de cuestiones empíricas y normativas relativas a la adecuación de un diseño institucional a una cultura jurídica determinada.

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

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

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

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

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

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

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

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

IV. CONCLUSIÓN

Es muy probable que no haya conseguido convencer al lector de las connotaciones respectivamente realistas, iusnaturalistas y formalistas de los arts. 120.3 Const., 117.1 Const. y 1.7 C.c. Sin embargo, esto carece de importancia. Lo relevante es la presencia o no de argumentaciones realistas, iusnaturalistas y formalistas implícitas en el derecho español y en la argumentación de los juristas y que se traducen en severas exigencias a la función jurisdiccional. Desde una perspectiva positivista, existen indicios de planteamientos realistas cuando los autores concentran su atención en los motivos o la personalidad del juez en lugar de hacerlo sobre las razones de una decisión jurídica; existen indicios de iusnaturalismo cuando el razona-

miento jurídico es concebido intrínsecamente como una especie de razonamiento moral y existen indicios de un formalismo holista cuando se confunde completitud de decisión y de calificación.

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

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

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

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

mentación jurídica guiada básicamente por las directrices constitucionales. En un Estado Constitucional de Derecho, las dificultades que se originan en sede de interpretación constitucional deben representar un considerable estímulo para reafirmarlo.

Precisamente por esta razón, creo que la erosión de la legitimación del poder judicial y de la jurisdicción constitucional a partir del argumento democrático va

más allá de lo razonable a la vista de la cultura jurídica española y constituye una forma (quizá políticamente interesada) de apropiación del vigor alcanzado por el ideal democrático en un período histórico particularmente acosado por el problema del relativismo ético, un ideal democrático hábilmente impulsado por la ética comunicativa. Esta cuestión es del mayor interés, pero detenerse en ella sería exceder los límites que la prudencia impone a un trabajo como éste. ^{D&S}