

Los juicios de valor en la decisión judicial

Por FRANCISCO J. EZQUIAGA GANUZAS

San Sebastián

Al estudiar la aplicación judicial del derecho frecuentemente se considera que es un proceso en el que intervienen dos elementos: hechos y textos jurídicos, olvidando un tercer factor que entendemos que es fundamental: el actor de dicha aplicación, es decir, el juez. Aun en el caso de que se aborde la figura del juez es habitual toparse con análisis que diseñan una imagen de la magistratura absolutamente mitificada, como una institución desprovista de sentimientos, preferencias, valoraciones e ideologías.

El objeto de este trabajo es precisamente el estudio de la decisión judicial como fruto de un hombre, el juez, y en especial de las valoraciones y elecciones que éste realiza a la hora de aplicar el derecho al caso concreto. Nuestra hipótesis será, pues, que el juez a lo largo del proceso de aplicación del derecho, que concluirá con la decisión final sobre el caso planteado, elige, valora, extrae conclusiones, vierte opiniones personales, en definitiva, proyecta en su actividad todas sus convicciones, preferencias y opciones.

Este hecho ha llevado a algunos autores a hablar de la actividad interpretativa como una actividad «política, cuanto menos de política del derecho» (1), o a declarar que el juicio del intérprete es un juicio «valorativo», «político» y que «debe encontrar su justificación en términos políticos» (2). En este sentido las valoraciones y elecciones operadas por el juez no se diferencian en exceso de las llevadas a cabo por el legislador. Desde un punto de vista *cualitativo* son idénticas, aunque *cuantitativamente* el legislador goza de un margen de discrecionalidad más amplio que el consentido al juez (3). Por lo tanto, y en virtud de ese carácter político, la elección que compromete al juez del mismo modo que al legislador, «constituye una verdadera toma de posición en

(1) R. GUASTINI: *Problemi di teoria del diritto*, Bologna, 1980, p. 211.

(2) G. BELLUSSI: «La justification en droit», en *Le raisonnement juridique (Actes du Congrès Mondial de Philosophie du droit et de Philosophie sociale)*, Bruselas, 1971, p. 231.

(3) G. LUMIA: «In tema di interpretazione e di applicazione del diritto», en *Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto (RIFD)*, 1966, fasc. I, p. 311.

relación con la sociedad y sus problemas, una elección esencialmente fundada, pues, sobre juicios de valor y no sobre hechos» (4).

Vamos a analizar algunos de los momentos del proceso de aplicación judicial del derecho en los que el juez debe enfrentarse a una o varias alternativas posibles. La opción en cada caso entre una u otra pondrá de relieve sus preferencias personales, su idea del caso o sus fines. Seguramente, la relación no es completa y se nos escapan algunos momentos en los que este fenómeno se produce. Sin embargo, no partimos de un planteamiento exhaustivo del problema, y las conclusiones que de nuestro examen puedan extraerse serán fácilmente aplicables a cualquier otro supuesto que pudiera suscitarse.

Una advertencia previa. Vamos a estudiar separadamente siete momentos diferentes en los que creemos detectar procesos valorativos del juez. Esta separación es totalmente artificial y la adoptamos con fines exclusivamente teóricos y de exposición. En la práctica las cosas suceden de forma muy diferente y resulta imposible identificar aisladamente cada uno de los momentos. Como intentaremos demostrar, el juez parte de una elección previa, de una única valoración: la que le conduce a adoptar *una* solución al caso. A partir de ahí, toda alternativa será resuelta con el único criterio de llegar a justificar esa solución preconcebida.

1. INTERPRETACION DE LOS HECHOS

Salvo contadas excepciones (5), los autores que se han dedicado a estudiar los problemas de la interpretación o en general de la aplicación del derecho desprecian el problema de la interpretación de los hechos. A menudo nos encontramos con referencias sucintas a la misma, pero rara vez con un estudio en profundidad. Tampoco nosotros vamos a emprender ahora ese trabajo que reborda los límites de nuestro propósito, sin embargo creemos que en la interpretación de los hechos se encuentra el primer reto al que debe enfrentarse el juez.

Habitualmente se considera que el hecho real se transporta tal cual del mundo físico al mundo jurídico, se cree que es el hecho «vivido efectivamente el que es llevado a la sala de vistas» (6). Desde esta perspectiva, efectivamente no tiene sentido

(4) G. BELLUSSI: *op. cit.*, p. 230.

(5) Por ejemplo, el volumen colectivo del Centre National de Recherches de Logique publicado por Ch. PERELMAN: *Le fait et le droit*, Bruselas, 1961.

(6) J. LENOBLE y F. OST: *Droit, mythe et raison. Essai sur la dérive mythologique de la rationalité juridique*, Bruselas, 1980, pp. 102 y 103. Estos dos autores consideran esta transposición del hecho real como hecho jurídico como una de las tres representaciones «ilusorias y solidarias» que para la teoría tradicional desarrollan la problemática de la interpretación. Las otras dos serían el pensar que el lenguaje tiene «una extensión, una plasticidad y una transparencia suficientes como para abrazar las particularidades de los he-

preguntarse sobre los problemas de interpretación de los hechos, ya que ésta sencillamente se niega. Esta actitud tiene importantes consecuencias cara a mantener la imagen de neutralidad del juez.

Está claro que hay muchos hechos, como por ejemplo la honestidad (7), que no pueden ser verificados empíricamente, sino que son objeto de valoración. Su existencia o inexistencia dependerá de las convicciones del juez. Sin embargo, la mayoría de las veces estos juicios de valor se ocultan y son presentados como afirmaciones sobre hechos. De esta forma se lleva a cabo una importante función de disimulación, ya que todo desacuerdo que verse sobre los juicios de valor relativos a los hechos se presentará como un mero desacuerdo sobre éstos últimos.

Como veremos dentro de un momento, a pesar de que el juez no accede al hecho real directamente, sino que lo hace a través del cristal distorsionador de los mecanismos procesales, no es, como se nos pretende hacer creer, un mero receptor de información, es algo más que un espectador en la apreciación de los hechos. El hecho real tiene bastante poco que ver con el hecho jurídicamente relevante, y el mayor artífice de este desfase es el propio juez, junto con las partes y los métodos procesales referentes a la prueba.

Siguiendo a Lenoble y Ost (8) vemos que hay dos tipos de argumentos que impiden mantener esa identificación entre el hecho físico y el hecho tomado en cuenta por el juez: los epistemológicos y los jurídicos.

A) Argumentos epistemológicos.

Basándonos en las aportaciones de la teoría del conocimiento y fundamentalmente en Gaston Bachelard, vemos que:

a) La mera observación de un hecho implica una construcción del objeto observado (9). Los hechos no hablan por sí solos. Para que un hecho nos proporcione información es preciso preguntarle, sólo así obtendremos una respuesta. En nuestro caso, el que pregunta es siempre el juez, y no es necesario señalar la importancia del planteamiento de cara a la respuesta. De esta forma vemos que el juez nunca se enfrenta a hechos brutos. La imagen de aquél como mero observador es falsa. El juez construye el objeto y es claro que si bien esa construcción influirá notablemente en

chos retenidos», y el considerar que «la aplicación de la norma al hecho, del concepto a la cosa se opera sin distorsión ni residuo». Sobre esta última representación volveremos en el siguiente punto dedicado a analizar la elección de la norma aplicable a los hechos del caso.

(7) L. A. WARAT: *Mitos e Teorias na Interpretação da Lei*, Porto Alegre, 1979, p. 104.

(8) J. LENOBLE y F. OST: *op. cit.*, pp. 103 y 104.

(9) G. BACHELARD: *Le Nouvel esprit scientifique*, París, 1971 (11.ª ed.), p. 4.

la idea que aquél se forme del mismo, no es menos cierto que la construcción dependerá también en gran medida de la idea preconcebida que el juez tenga del caso.

b) Como consecuencia del argumento anterior vemos que entre ese hecho real y (en nuestro caso) el hecho jurídico construido no hay una continuidad, sino que se produce una auténtica ruptura (10).

B) Argumentos jurídicos.

Hasta ahora hemos supuesto, para simplificar, que el juez tenía acceso directo a los hechos reales, sin embargo esto no es así. El juez es un consumidor de hechos de segunda mano, ya que tiene limitado su conocimiento a la versión que le llega por medios externos (11). En concreto el juez se encuentra con tres limitaciones en la apreciación de los hechos (12):

a) La intervención del abogado y en general de todas las personas que manifiestan su opinión sobre los hechos: abogado, fiscal, acusador particular, demandante, demandado, testigos, peritos, policía, etc. Es a través de todos estos testimonios como el juez accede a conocer los hechos del caso. Cada una de estas personas realizará sus propios juicios de valor, lo que les llevará a emitir relatos dispares.

b) El juez tiene prohibido tener en cuenta hechos distintos a los que le presentan las partes. Esta limitación, que es complemento de la anterior, es consecuencia al igual que aquella de la imagen de juez neutral y justo que se pretende mantener.

c) El juez sólo puede tener en cuenta los hechos probados y los medios de prueba están estrictamente limitados. Ambos límites responden al mismo objetivo: restar arbitrariedad a la labor del juez. Sin embargo, cabe preguntarse respecto al primer punto, ¿cuándo un hecho está probado?, ¿a quién corresponde determinarlo? De nuevo al juez, luego su limitación es relativa e intervendrán en esa apreciación nuevas valoraciones personales. En cuanto al segundo punto, la limitación de los medios de prueba, como ha puesto de relieve Perelman, «toda la técnica judicial de la prueba de los hechos no se comprende más que a partir de la noción de presunción» (13). De esta forma, por imposición legal, las partes sólo podrán aportar los medios de prueba admitidos,

(10) G. BACHELARD: *El materialismo racional* (trad. esp.), Buenos Aires, 1976, p. 320.

(11) A. LAGNEAU-DEVILLE: «Questions sociologiques à propos de l'interprétation en droit», en *L'interprétation en droit. Approche pluridisciplinaire*, Bruselas, 1978, pp. 528-534.

(12) J. LENOBLE y F. OST: *op. cit.*, pp. 103 y 104.

(13) Ch. PERELMAN: «Raisonnement juridique et logique juridique», en *Archives de Philosophie du Droit* (APD), 1966, Vol. XI, p. 4.

pero una vez más, y en virtud del juego de las presunciones (14), el juez gozará de un amplio margen de libertad para establecer cuándo actúa una presunción o cuándo existe la prueba en contrario que destruya la misma.

Por lo tanto, y recapitulando lo dicho hasta ahora, podemos comprobar que en el proceso de apreciación de los hechos se produce una distorsión de los mismos que impide identificar el hecho real con el hecho jurídicamente calificado. Se trata de dos mundos que desde ningún punto de vista pueden ser asimilados. En primer lugar, vemos que el juez conoce el hecho por una vía secundaria: tal como los presentan las partes, sólo lo que le presenten las partes y sólo los que resulten probados o presumidos. De esta forma el juez accede a unos hechos que ya tendrán que ver muy poco con los producidos realmente. Pero, en segundo lugar, tampoco se detiene ahí el proceso, ya que el juez reelaborará a su vez el hecho resultante de la operación anterior, construyéndolo como objeto, y será ese hecho final el relevante para la calificación jurídica.

En consecuencia, vemos que simplemente en el conocimiento judicial de los hechos se pueden apreciar diversos momentos valorativos que hacen que su calificación jurídica sea fruto de una serie de juicios de valor. Pero la participación de éstos en relación con los hechos no se acaba ahí. Aún podemos detectarla en dos momentos más. En primer lugar, al igual que hemos visto que sucedía con los distintos intervinientes en el relato de los hechos, el juez al exponer a su vez éstos, acudirá de nuevo a juicios de valor para justificar su construcción de los mismos (15). En segundo lugar, y esto nos sirve para enlazar con el siguiente punto, a la hora de calificar jurídicamente los hechos en relación con la disposición legal, el juez recurrirá a apreciaciones morales, éticas o de cualquier otro tipo (16).

2. ELECCION DE LA NORMA APLICABLE AL CASO

En este segundo punto, como veremos íntimamente ligado al anterior, abordaremos los problemas que se suscitan a la hora de

(14) Para una visión completa del papel de las presunciones en el derecho puede consultarse el volumen colectivo publicado por Ch. PERELMAN: *Les présomptions et les fictions en droit*, Bruselas, 1975.

(15) PERELMAN propone el siguiente ejemplo que ilustra perfectamente lo que queremos decir. Si una ley establece que el hecho de seguir en cortejo una bandera roja el primero de mayo es delito, ¿se cumple el supuesto de hecho del mismo si el cortejo ha seguido ese día una bandera rosa o lila? (Ch. PERELMAN: «Raisonnement juridique et logique juridique», *op. cit.*, p. 5). Inmediatamente se ve que para su calificación no basta con una descripción de los hechos, sino que será decisiva la valoración de los mismos por parte del juez.

(16) F. OST y M. VAN DE KERCHOVE: *Bonnes moeurs, discours pénal et rationalité juridique*, Bruselas, 1981, p. 38: «Haciendo esto, el intérprete 'juridifica' de alguna forma un conjunto de valores 'prestados' refiriéndose a ellos para zanjar el problema de derecho que le es sometido».

elegir la disposición legal aplicable al caso. A diferencia de lo que ocurre en otros momentos del proceso de aplicación judicial del derecho, aquí nadie parece oponerse a la idea de que el juez lleva a cabo una elección. Efectivamente éste debe encontrar entre el conjunto de normas que le ofrece el Ordenamiento jurídico aquélla que recoge el supuesto de hecho del caso concreto. Sin embargo, nuestro propósito es intentar demostrar que, a pesar de lo que se suele decir, esta elección no está fundada en criterios cognoscitivos, sino en criterios valorativos.

Para la teoría tradicional, la aplicación de la norma al hecho se opera de forma automática. Sería una especie de silogismo. Según este planteamiento una vez que tenemos individualizado y calificado el hecho su inclusión dentro de la disposición legal sería una operación mecánica: según la norma N1, el hecho H1 tiene la consecuencia C1, por lo tanto si H1 ha sido probado, se producirá C1 (17).

Sin embargo, esta posición es insostenible. ¿Qué pasaría si según la norma N2, el hecho H1 tiene la consecuencia C2? Posiblemente se nos contestará que el postulado de coherencia del ordenamiento jurídico impide que eso suceda. Y, ¿qué pasaría si según la norma N1 interpretada en el sentido S1, el hecho H1 tiene la consecuencia C1 e interpretada en el sentido S2 tiene la consecuencia C2? ¿Entraría dentro de N1 el hecho H1 entendido en el sentido S1?, y ¿entendido en el sentido S2? Los interrogantes podrían multiplicarse.

Perelman recoge un ejemplo muy clarificador sobre esta cuestión. En el Código Penal se establece que el robo cometido de noche es susceptible de una pena con la circunstancia agravante de nocturnidad. Pero, ¿se puede aplicar esta agravante a un robo cometido a media noche en un casino brillantemente iluminado? La respuesta no es automática, sino que dependerá de si se prima la letra o el espíritu de la ley (18).

Como se puede apreciar, la interpretación del hecho, su calificación jurídica y consiguiente adecuación dentro del supuesto recogido en la norma, y la interpretación de ésta, están íntimamente relacionados. Es por eso que se puede hablar de varios «círculos hermenéuticos» (19). El primero se establece entre el hecho físico y su calificación jurídica. Por un lado, sin conocer el hecho «bruto» no es posible su calificación, pero por otro, para comprender el hecho es preciso conocer qué caracteres del mismo

(17) Como podrá comprobarse hemos simplificado al máximo la cuestión, centrándonos exclusivamente en la calificación de los hechos en relación con la norma. Las cosas en realidad son mucho más complejas. Por ejemplo, no introducimos los problemas de interpretación que estudiaremos más adelante.

(18) Ch. PERELMAN: «Qu'est-ce que la logique juridique?», en Ch. PERELMAN: *Le champ de l'argumentation*, Bruselas, 1970, p. 135.

(19) L. DE RUGGIERO: *Tra consenso e ideologia (Studio di ermeneutica giuridica)*, Nápoles, 1977, pp. 123-129.

son relevantes para el derecho (20). Otro círculo hermenéutico casi coincidente con el anterior se establece entre el supuesto de hecho y el hecho: «El hecho es comprendido "jurídicamente" sólo después de haberlo referido a un determinado supuesto de hecho, el cual, a su vez, espera para ser comprendido en su significado y en su alcance propios a la determinación del hecho» (21). Por último, también se puede hablar de un «círculo hermenéutico-aplicativo», ya que la aplicación sólo es posible tras la interpretación del hecho y de la norma, pero ésta estará influenciada en gran parte por la «representación» que de su aplicación se forme el intérprete (en nuestro caso, de nuevo, el juez) (22).

Por lo tanto, es evidente la intervención decisiva de las valoraciones del juez a la hora de ordenar este complicado proceso que en contra de lo afirmado desde posturas tradicionales, está lejos de ser mecánico o silogístico. El concepto que el juez se haya formado del objeto a interpretar influirá notablemente en la elección de la técnica de interpretación (23) y en la elección de la norma a aplicar.

Indudablemente, se nos podrá objetar que en muchas ocasiones el juez se enfrenta a casos tan claros que no cabe ninguna duda sobre su inclusión en una norma determinada. Aunque partimos de la idea de que no hay textos claros y que en cualquier supuesto es necesaria la interpretación del documento normativo, podemos admitir que efectivamente existen determinados «casos-tipo», pero independientemente de que su número sea mayor o menor, quedan lo que han sido denominados casos atípicos o «de penumbra» (24). En estos casos se puede hablar de una verdadera «discrecionalidad» (25) del juez en dos sentidos. En primer lugar, cuando el hecho no coincide inmediatamente con ninguno de los tipos establecidos en abstracto; en este caso será el juez el que deberá elegir entre todas las disposiciones legales que se le presenten como aplicables, aquella que considere relevante (26). En segundo lugar, cuando el juez se enfrenta a un caso de «penumbra», debe decidir (¿en base a qué criterios?) sobre su inclu-

(20) *Ibidem*, p. 123.

(21) *Ibidem*, p. 125: «toda sentencia, al conocer de un hecho, conduce a una nueva comprensión de los diversos elementos que caracterizan la norma».

(22) *Ibidem*, p. 129.

(23) M. REALE: «Le basi filosofiche della interpretazione», en *RIFD*, 1966, fasc. I., p. 225: «sería absurdo no reconocer que la técnica de la interpretación depende del concepto que se tiene del objeto a interpretar; en efecto, depende de él de tal modo que sería más plausible poner en relación el problema ontológico del derecho con el epistemológico de su interpretación en los siguientes términos: 'dime cuál es según tú la realidad del derecho, y yo te diré cómo la interpretas'».

(24) E. BULYGIN: «Sentenza giudiziaria e creazione di diritto», en *RIFD*, 1967, fasc. II, p. 168.

(25) B. GRASSO: *Appunti sull'interpretazione giuridica*, Nápoles, 1974, p. 20.

(26) *Ibidem*.

sión en el campo de aplicación de un concepto o sobre su exclusión del mismo (27).

Por lo tanto, en el momento de elegir la norma aplicable al caso, las valoraciones del juez intervienen de dos formas: mediatamente, en la interpretación de la norma y del hecho, e inmediatamente a la hora de definir (28) o redefinir (29) los conceptos empleados por la norma y en los casos de penumbra.

3. NECESIDAD O NO DE INTERPRETACION DE LA NORMA

Antes de analizar este punto hemos de hacer una advertencia sobre el mismo. La disyuntiva entre si es necesario interpretar una norma o no es falsa. En realidad no se plantea, ya que el proceso de aplicación de una norma lleva aparejado obligatoriamente la necesidad de su interpretación. Aún admitiendo que un texto no provoque dudas respecto a su significado (hecho extremadamente improbable), siempre será necesaria su interpretación aunque sólo sea para apreciar su claridad. Entonces, ¿por qué estudiar separadamente este punto? La razón es simple. El juez de hecho se plantea la cuestión de la necesidad o no de interpretar la norma (o normas) seleccionada para regular el caso. Sólo en caso de oscuridad reconocerá su actividad interpretativa. Por lo tanto, consideramos interesante abordar la cuestión y analizar cuáles son las consecuencias derivadas de una u otra opción. La pregunta final que tendremos que contestar será: si el juez al aplicar la norma *siempre* la interpreta, ¿en base a qué criterios reconoce o no su labor como intérprete? Para enlazar con los dos puntos anteriores, podemos plantear así la cuestión: aunque un hecho no sea contestado, aunque «la tesis sobre su existencia» sea una verdadera «proposición existencial» (30), y aunque la norma a aplicar recoja una única consecuencia del mismo, nos quedará todavía enfrentarnos al problema de la interpretación.

(27) E. BULYGIN: *op. cit.*, p. 168: «Estos casos de penumbra pueden presentarse frente a cualquier concepto factual (por exacto que sea) y su posibilidad no puede eliminarse mediante la elaboración de un lenguaje técnico, ya que se debe a una característica de todo lenguaje empírico».

(28) «En la producción de definiciones dentro del discurso judicial, el cambio de los criterios de relevancia, o la determinación del «quantum» en que deben estar presentes algunas propiedades, se encuentran fundamentalmente predeterminadas por un juicio de valor, o sea, aparecen ideológicamente condicionados» (L. A. WARAT: *op. cit.*, p. 98).

(29) Redefinir es «alterar las características de relevancia de un término, permitiendo o provocando un cambio en su denotación. Pero más precisamente, es alterar el significado de un término posibilitando su aplicación a situaciones antes no consideradas. Cuando el criterio utilizado para tal mudanza es axiológico la redefinición se constituye en una definición persuasiva. Ahora bien, en la interpretación de la ley el proceso definitorio está siempre determinado por factores axiológicos. El modo de producción significativo de la sentencia envuelve necesariamente una actividad definitoria éticamente condicionada» (L. A. WARAT: *op. cit.*, pp. 94 y 95).

(30) J. WROBLEWSKI: «Motivation de la décision judiciaire», en *La motivation des décisions de justice* (Estudios publicados por Ch. PERELMAN y P. FORIERS), Bruselas, 1978, p. 115: «esto exige que este hecho sea determinado de una forma descriptiva, positiva y simple».

Respecto al tema de la interpretación de la norma en concreto, se manifiestan por parte del juez diversas valoraciones que iremos viendo, pero la decisión de interpretar o no puede ser considerada como «un punto de partida para el proceso interpretativo» (31), en el sentido de que la forma en que sea resuelta esta opción imprimirá un carácter específico al resto del proceso aplicativo de la norma al caso concreto. El juez se encuentra, por consiguiente, *siempre* ante una alternativa: pronunciar que la norma aplicada es clara o que no es clara y exige interpretación (32). De esta elección previa se derivarán importantes consecuencias.

Si el juez declara que la norma es oscura, se abrirá explícitamente el proceso interpretativo. Tendrá que elegir el método o métodos que considere adecuados para «descubrir» (33) el significado de la norma, tendrá que determinar la forma de formulación y utilización de dichos métodos, tendrá, quizás, que elegir uno de los sentidos proporcionados por los mismos, etc.

Supongamos ahora que el juez determina que el texto legislativo es claro. Obviamente, en virtud del aforismo *interpretatio cessat in claris*, establecerá que no debe (o incluso que no puede) interpretarlo. Pero podemos preguntarnos, ¿qué criterios utiliza el juez para apreciar la claridad del texto legal? Fundamentalmente dos: las definiciones de los términos dados por el legislador y la invocación del sentido «usual», «normal» de los términos (34).

Respecto al primero de los criterios, Warat ha puesto claramente de manifiesto la intervención decisiva de juicios de valor en el proceso definitorio y redefinitorio (35). En cuanto a la invocación del sentido «vulgar» de los términos jurídicos, éstos no escapan a la regla general de la polisemia que afecta a todos los signos lingüísticos. Según ha demostrado el análisis semiológico, en todo lenguaje no formalizado, y por lo tanto también en el jurídico, «un significante puede referirse a varios significados y (...) cada significado puede expresarse por medio de varios significantes» (36). En consecuencia, el juez efectúa valoraciones in-

(31) J. WRÓBLEWSKI: «Legal Reasoning in Legal Interpretation», en *Logique et Analyse*, marzo, 1969, n.º 45; p. 15.

(32) J. WRÓBLEWSKI: «Motivation de la décision judiciaire», *op. cit.*, p. 115.

(33) «Cuando se usa el verbo 'descubrir' aplicado a la interpretación, en el sentido de que 'el intérprete descubre el significado de una norma' se hace de modo impropio, ya que oculta, resumiéndolas en una palabra, tres actividades diferentes (realzar, decidir y proponer) que pueden estar presentes juntas o separadas en la actividad de la interpretación. Por eso sería mejor decir que 'el intérprete realza, o decide, o propone el significado de una norma, o bien ejecuta más de una de estas actividades'» (G. TARELLO: «Frammenti di una teoria dell'interpretazione», en *Problemi di teoria del diritto*, *op. cit.*, pp. 293 y ss.).

(34) Ph. GERARD: «Le recours aux travaux préparatoires et la volonté du législateur», en *L'interprétation en droit. Approche pluridisciplinaire*, *op. cit.*, pp. 53-54.

(35) Véanse al respecto las notas (28) y (29).

(36) D. SIMON: *L'interprétation judiciaire des traités d'organisations internationales. Morphologie des conventions et fonction juridictionnelle*, París, 1981, p. 114.

cluso en el supuesto extremo de que una disposición legal sea clara y no precise «esfuerzos particulares de interpretación» (37).

Volvamos ahora a la pregunta que formulábamos al comienzo, ¿en qué se basa el juez para reconocer o no su actividad interpretativa? La respuesta no es fácil. Todo juez siempre que sea posible declarará la claridad del texto legal y renunciará a admitir su interpretación. Esta quedará reservada para una minoría de casos. Se considera que la interpretación es un mal no deseado, un remedio para un fallo del ordenamiento, algo de lo que hay que alejarse siempre que sea posible. La razón de esta actitud es clara. Toda decisión del juez se impone a las partes en conflicto y está revestida de autoridad. El pronuncia la justicia y todos los demás deben acatar su veredicto. Sin embargo, de cara a justificar su decisión, es preferible para el juez apelar al sentido unívoco del texto claro, del que él es un simple lector, que a la autoridad de que está investido para imponer *su* interpretación del documento normativo controvertido (38). Su actividad resulta de la primera forma mucho más aséptica y la credibilidad de su decisión mucho más acentuada. En este caso el juez no *decide*, sino que simplemente *pronuncia* lo establecido por el legislador.

4. ELECCION DEL METODO DE INTERPRETACION

Cuando el juez admite que ante un mismo texto legal caben distintas interpretaciones, acude a los denominados «métodos» o «directivas» de interpretación para resolver el conflicto. El número de estos métodos es considerable (39) y el de los principios a los que el juez puede referirse, prácticamente incalculable (40),

(37) R. MONACO: «Les principes d'interprétation suivis par la Cour de Justice des Communautés Européennes», en *Mélanges offerts à Henri Rolin. Problèmes de droit des gens*, París, 1964, p. 222: «incluso los términos más claros y evidentes son a menudo susceptibles de varios significados, por lo que hay que admitir que la letra del texto no basta para la interpretación completa, sino que le sirve únicamente de base. El juez debe, pues, de la misma forma, efectuar su valoración».

(38) «Se trata de un acto libre y la validez de su resultado depende sólo de la calidad de su autor» (M. TROPER: «Le problème de l'interprétation et la théorie de la supralégalité constitutionnelle», en *Recueil d'Etudes en hommage à Charles Eisenmann*, París, 1975, p. 135).

(39) H. KUTSCHER: «Méthodes d'interprétation vues par un juge à la Cour», en *Rencontre judiciaire et universitaire 27-28 septembre 1976*, Luxemburgo, 1976, p. I-5.

(40) R. LEGROS cita a modo de ejemplo, los siguientes: «el texto de una ley, los trabajos preparatorios, la doctrina, la costumbre, la jurisprudencia (...), la tradición, las tendencias nuevas, la moral, la justicia, el derecho natural, lo razonable, la ciencia, la psicología, la lógica, la criminología, la economía política, el derecho comparado, los imperativos sociales, nacionales, internacionales, las prácticas admitidas, la medicina, el arte, la filosofía, la educación, la clase social, la conciencia social, etc.» («Considérations sur les motifs», en *La motivation des décisions de justice*, *op. cit.*, pp. 12 y 13).

por lo que se hace necesaria una elección entre ellos. Nuestra hipótesis será la siguiente: la elección entre las distintas directivas interpretativas es una elección valorativa (41).

Frecuentemente se declara que el juez ante las distintas interpretaciones posibles realiza una selección «objetiva» en la que no influyen valoraciones ni preferencias de ningún tipo. Entonces, cabe preguntarse, ¿de acuerdo a qué criterio «objetivo», «no valorativo», se lleva a cabo la selección del método de interpretación?, ¿la equidad?, ¿la solución más justa? (42), ¿la opinión general? (43). Aparte de que la opción entre uno u otro de estos criterios pone ya de manifiesto una valoración, su propia utilización dependerá de juicios de valor, en virtud de la enorme carga valorativa que encierra cada uno de ellos, lo que nos induce a pensar con Ruggiero que «la elección entre interpretación subjetiva u objetiva, lógica o teleológica, literal o sistemática (...) no son adoptadas por el jurista práctico sobre el fundamento de abstractas argumentaciones metódicas, cuanto sobre el objetivo de la relevancia de los resultados a los que tal elección en concreto conduce, y, por eso, a fines prevalentemente justificativos» (44).

Podemos sacar, por lo tanto, en una primera aproximación, dos consecuencias: la elección entre un método de interpretación u otro no es objetiva sino valorativa; y el único criterio que guía al juez en esta elección es el de justificar la solución que previamente ha adoptado para el caso planteado. Pero aún hay más.

En ocasiones se dice que los tribunales utilizan las directivas de interpretación siguiendo una teoría normativa de la misma, que el juez no es libre de emplear una u otra. Un somero examen de la jurisprudencia de cualquier sistema judicial bastará para comprender que, muy por el contrario, las directivas se eligen según las circunstancias (45), que es una actividad discrecional. Además, no existe lo que podríamos denominar «el método favorito de

(41) J. WROBLEWSKI: «Legal Reasoning in Legal Interpretation», *op. cit.*, página 15.

(42) «Si nos consideramos obligados a elegir la técnica que conduzca a soluciones más justas, habremos de enfrentarnos a la exigencia imposible de satisfacer, de precisar primero qué es la justicia. Y (...) tal propósito es lógicamente irrealizable. Igual ocurre si acudimos a la equidad» (F. E. VALLADO: *Teoría general del Derecho*, México, 1972, p. 145).

(43) «En cuanto a la *opinión general*, a la *conciencia social*, hay que reconocer que son nociones bastante vagas, que pueden cubrir soluciones de facilidad (...). La opinión de la nación es imprecisa, difusa, cambiante, difícil de conocer. Y numerosas materias, cada vez más técnicas, escapan a su competencia. Por otra parte, no olvidemos que la opinión está hecha también de *mitos*, elaboraciones de la conciencia colectiva que no reposan sobre ninguna realidad objetiva» (R. LEGROS: *op. cit.*, p. 20).

(44) L. DE RUGGIERO: *op. cit.*, pp. 141 y 142.

(45) J. WROBLEWSKI: «La règle de décision dans l'application judiciaire du droit», en *La règle de droit* (Estudios publicados por Ch. PERELMAN), Bruselas, 1971, p. 80.

cada juez». Estos no sienten especial predilección por un método determinada por la ideología del juez de cara a la aplicación del interpretación (46).

Sí parece, sin embargo, que la elección de las directivas está determinada por la ideología del juez de cara a la aplicación del derecho. Wroblewski señala dos actitudes extremas de valoración: la estática y la dinámica. La ideología *estática* «toma como valores centrales, que deben ser realizados por la interpretación y la aplicación del derecho, la certitud, la estabilidad y la seguridad jurídica y, por consecuencia, trata el sentido de las prescripciones jurídicas como estable» (47). Para ella, «el fundamento normativo de la decisión debe ser la norma jurídica concebida como la encarnación de la voluntad de su creador histórico» (48). La ideología *dinámica*, por el contrario, «toma como valor central la adaptación máxima del derecho a las exigencias de la "vida social", en el sentido más amplio de esta palabra. Esta actitud reconoce la variabilidad de sentidos de las prescripciones, que está condicionada por los cambios del contexto socio-político del derecho» (49). Según esta posición, «el fundamento normativo está constituido por la norma concebida de forma óptima para satisfacer las exigencias actuales de la situación concreta» (50).

Desde una perspectiva estática, en la que lo primordial es identificar la voluntad del creador histórico de la norma, y en la que el método interpretativo no es más que el medio para desentrañar el sentido que le confirió su autor, se considera a éste como una *Autoridad*. La elección del método se basará en la Autoridad que se suponga como fundamento del texto y dependerá, por lo tanto, de otra elección previa: «la aceptación de tal o cual Autoridad como fundamento interpretativo» (51).

Si el juez adopta una actitud dinámica respecto a la aplicación del derecho, deberá acudir a ideas como «exigencias de la vida social», «opinión general», «conciencia social», «interés general», etcétera, y ya hemos visto un poco más arriba, la carga valorativa que acompaña necesariamente a la apreciación de estos conceptos (52).

De todas formas incluso estas diferentes ideologías de la aplicación del derecho no las adopta el juez de una manera rígida.

(46) R. MONACO, *op. cit.*, p. 218: «Por el contrario, utiliza uno u otro según los casos, si bien su jurisprudencia presenta, desde el punto de vista de los métodos de interpretación utilizados, un eclecticismo notable, por otra parte necesario para los fines que persigue. El juez, en realidad, recurre a no importa qué método de interpretación, con tal que le permita establecer el verdadero alcance de las normas aplicadas».

(47) J. WROBLEWSKI: «La règle de décision dans l'application judiciaire du droit», *op. cit.*, p. 80.

(48) *Ibidem*, p. 71.

(49) *Ibidem*, p. 80.

(50) *Ibidem*, p. 71.

(51) E. P. HABA: *Esquemas metodológicos en la interpretación del Derecho escrito*, Caracas, 1972, p. 106.

(52) Véase *supra*, nota (43) (R. LEGROS: *op. cit.*, p. 20).

Acudirá a una u otra según los fines que persiga ya que todos los métodos interpretativos son polivalentes de cara a los valores (53).

Todas estas consideraciones nos permiten extraer cuatro consecuencias:

1. La elección de las directivas de la interpretación tiene un carácter valorativo, lo que no permite referirse al proceso de interpretación como a un proceso lógico (54).

2. El juez no juzga siguiendo la ley del legislador, sino que en virtud de los métodos de interpretación que utilice, juzgará siguiendo la imagen que él se forma de esa ley (55). Esta imagen la elaborará no sólo en base a los textos legislativos, sino acudiendo también a diversas fuentes extra-legales (56).

3. De la elección del método interpretativo depende el resultado jurídico (57), ya que frente a un mismo texto y a un mismo caso práctico la elección de una u otra vía interpretativa puede conducir a soluciones divergentes (58).

4. Si respecto de un mismo texto caben diversas interpretaciones en función del medio de interpretación empleado, o lo que es lo mismo, se derivan soluciones diferentes, la validez de la interpretación efectuada por el juez y, por consiguiente su decisión del caso, viene dada por la autoridad de que está investido y por la «calidad» que se predica de su interpretación (59).

La existencia de los métodos de interpretación se justifica, según gran parte de los autores y el propio poder judicial, como un medio para restar arbitrariedad a la actividad interpretativa del juez. Sin embargo, vemos que a la hora de emplearlos, la elección se realiza siguiendo criterios casuísticos: se acudirá a una u otra vía interpretativa según el caso concreto que se plantee. De esta forma asistimos al hecho curioso de que para frenar una eventual arbitrariedad se recurre a nuevas elecciones arbitrarias. Por lo tanto, los métodos de interpretación están lejos de cumplir la función que en principio tenían asignada, ya que con ellos o sin ellos todo se deja, en última instancia, en manos del juez (60).

(53) L. DE RUGGIERO: *op. cit.*, p. 142: «desde el momento que todo método es aplicado a un fin, no puede decirse que un método sea en sí bueno y el otro malo, sin tener en cuenta las circunstancias históricas y los fines para los cuales es adoptado».

(54) J. WRÓBLEWSKI: «La règle de décision dans l'application judiciaire du droit», *op. cit.*, p. 21, en *Rapports belges au VIIIe Congrès International de Droit Compare*, Bruselas, 1970, p. 49.

(55) P. FORIERS: «Les relations des sources écrites et non écrites du droit».

(56) C. LAVAGNA: «Sulle sentenze additive della Corte Costituzionale», en *Scritti in onore di Gaspare Ambrosini*, Vol. II, Milán, 1970, pp. 1133-1134.

(57) J. WRÓBLEWSKI: «La règle de décision dans l'application judiciaire du droit», *op. cit.*, p. 80.

(58) E. P. HABA: *op. cit.*, p. 106.

(59) M. TROPER: *op. cit.*, p. 135.

(60) Es lo que Georg KAHN ha denominado «existencialismo jurídico», según el cual «las decisiones no son tomadas en función de reglas generales, y que es el examen de cada caso concreto, con todas sus particularidades, lo que permite extraer las reglas aplicables» (Ch. PERELMAN: «Qu'est-ce que la logique juridique», *op. cit.*, p. 137).

5. UTILIZACION DEL METODO DE INTERPRETACION ELEGIDO

En virtud de todas las operaciones descritas anteriormente, vemos cómo el juez determina el método o los métodos que va a utilizar en la interpretación del texto legal igualmente elegido. Pero aquí no terminan las valoraciones del juez. Este, una vez que ha establecido la vía interpretativa a seguir, no se limita a una mera aplicación técnica de los mismos. Lo que vamos a intentar demostrar en el presente punto es que los métodos de interpretación son susceptibles de ser enunciados de forma muy diversa, pueden ser utilizados de manera muy variada y, finalmente, que un mismo método proporciona sentidos diferentes de un mismo documento normativo.

A) *Un mismo método puede ser entendido de formas diferentes.*

Tanto la doctrina como los jueces han manifestado un especial interés por los métodos empleados en la interpretación jurídica. Así unos y otros los han analizado y sistematizado, los han determinado, criticado e incluso han sugerido métodos nuevos (61) y, sobre todo, los han definido. Estas definiciones lejos de ser unívocas están condicionadas por juicios de valor. Los diversos autores formulan de forma diferente los métodos de interpretación y los tribunales hacen lo mismo.

Vamos a tomar como ejemplo de lo que decimos la caracterización que hace la doctrina de la interpretación lógica. Al parecer todos los autores coinciden en señalar que la interpretación lógica consiste «en extraer de la ley un sentido que no se deriva expresamente de sus términos» (62), sin embargo, para una parte de la doctrina «esta interpretación lógica se reduce al uso de únicamente argumentos de la lógica formal», y para otra comprendería «el conjunto de procedimientos y argumentos destinados a descubrir el espíritu de la ley o "sententia legis"» (63). Pero incluso este segundo grupo de autores no es unitario. Así, por ejemplo, Kalinowski (64), Haba (65) y Abdel-Rahman (66), incluyen los argumen-

(61) H. KUTSCHER: *op. cit.*, p. I-5.

(62) F. OST: «L'interprétation logique et systématique et le postulat de rationalité du législateur», en *L'interprétation en droit. Approche pluridisciplinaire*, *op. cit.*, p. 118.

(63) *Ibidem*, pp. 117 y 118.

(64) G. KALINOWSKI: «Philosophie et logique de l'interprétation en droit Remarques sur l'interprétation juridique, ses buts et ses moyens», en *APD*, 1972, p. 47.

(65) E. P. HABA: *op. cit.*, p. 56.

(66) H. ABDEL-RAHMAN: «L'argument a maiori et l'argument par analogie dans la logique juridique musulmane», en *RIFD*, 1971, fasc. I, p. 133.

tos lógicos *a maiori ad minus* (67) y *a minori ad maius* (68) dentro del argumento *per analogiam* (69), y por el contrario Ost (70) y Tarello (71) los sitúan dentro del argumento *a fortiori* (72), al hacer su exposición sobre los mismos. Para este último autor ningún argumento de los denominados lógicos (*a pari, a contrario, a fortiori, a completudine, a coherencia, etc.*), lo es, y «ningún razonamiento jurídico que incluyese uno cualquiera de estos argumentos sin asumir premisas apropiadas tendría la estructura que es propia de los razonamientos lógicos» (73).

Estas discrepancias doctrinales no se quedan sólo en una mera discusión teórica. Tienen gran trascendencia práctica, y la posición que se adopte influirá notablemente en el empleo que se rea-

(67) E. P. HABA lo enuncia por medio de un ejemplo: «si a determinado jerarca administrativo se le atribuyere expresamente, por ley o reglamento, legitimación para sancionar de modo discrecional (aunque no arbitrario) a ciertos funcionarios con la destitución, ese jerarca debiera estar facultado también para aplicarles una simple suspensión disciplinaria, aunque esto último no estuviera específicamente ni genéricamente previsto en texto positivo alguno» (*op. cit.*, p. 56). F. OST lo traduce por «el que puede lo más, puede lo menos» (*op. cit.*, pp. 124 y 125).

(68) Para E. P. HABA este argumento consiste en que «se considera que respecto al caso no previsto existe una razón todavía mucho más fuerte, orientada en el mismo sentido de la 'ratio' que motiva la solución prevista en el texto, para que al primero se le atribuyan los efectos jurídicos establecidos para el caso que soluciona de modo expreso la letra» (*op. cit.*, p. 56). La traducción de F. OST en este caso es «el que no puede lo menos, no puede lo más» (*op. cit.*, p. 125).

(69) Para G. TARELLO el argumento analógico o argumento *a simili*, «es un procedimiento discursivo según el cual, dada una proposición jurídica que predica una obligación (u otra calificación jurídica) de un sujeto (o de una clase de sujetos) se debe concluir que valga (sea válida, exista como norma) otra proposición jurídica, que predica la misma obligación de otro sujeto (o clase de sujetos) que tenía con el primer sujeto (o con la primera clase) una semejanza asumida como relevante en orden a la identidad de disciplina jurídica» (*Diritto, enunciati, usi*, Bolonia, 1974, p. 247, nota 5). Para F. OST el razonamiento por analogía consiste en que el «legislador, habiendo reglado expresamente tal hipótesis, ha querido —se supone— reservar el mismo tratamiento para tal otra hipótesis esencialmente parecida» (*op. cit.*, p. 121). Por último, para E. P. HABA, «la analogía se hace intervenir cuando frente a determinado caso se aprecia que el mismo no se encuentra contemplado en el texto de cierto precepto de Derecho positivo y que, en cambio, en ese texto sí se encuentran contemplados casos 'análogos'. Entonces, por 'analogía', se concluye que también al primero de esos casos corresponde aplicarle lo que dispone aquel precepto» (*op. cit.*, p. 48).

(70) F. OST: *op. cit.*, p. 124.

(71) G. TARELLO: *op. cit.*, p. 427, nota 6.

(72) Para G. TARELLO (*ibidem*) el argumento *a fortiori*, «es un procedimiento discursivo según el cual, dada una proposición jurídica que predica una obligación (u otra calificación normativa) de un sujeto (o de una clase de sujetos), se debe concluir que valga (sea válida, exista como norma) otra proposición jurídica que predique la misma obligación de otro sujeto (o clase de sujetos) que se encuentra en situación tal de merecer, con mayor razón que el primero, la calificación normativa que la primera norma acordaba para el primero».

(73) *Ibidem*, p. 430.

lice del método interpretativo. Volviendo al ejemplo elegido como ilustración de nuestra exposición, Perelman señala que a cualquiera de los argumentos lógicos se les puede oponer una argumentación en sentido contrario y que por eso «la decisión del juez es indispensable para terminar el debate» (74). Los autores pueden permitirse el lujo de discrepar unos de otros y mantener opiniones encontradas sobre cualquier punto, sin embargo, al juez en una sentencia no le está permitido manifestar que «la parte X dice A y la parte Y dice no-A». El juez tiene que decidir y, por lo tanto, tiene que optar por *una y sólo una* de las posibilidades teóricas que se el ofrecen. La adscripción a una posición doctrinal o a otra será una cuestión subjetiva o de opinión del juez, en definitiva arbitraria, por lo que consiguientemente será también arbitraria la formulación del método interpretativo elegido.

B) *Un mismo método puede ser utilizado de formas diferentes.*

Es una consecuencia obligada de lo dicho anteriormente. Si un método es susceptible de ser entendido de varias formas, también serán diversas las maneras en que pueda ser utilizado (75). Lo que nos proponemos demostrar ahora es que aun optando por un método determinado, entendido de una forma concreta, su puesta en práctica está sometida a valoraciones. Seguiremos tomando como ejemplo el método lógico-sistemático.

El método sistemático consiste en «la interpretación de una disposición dentro del marco de sus relaciones con otras disposiciones que rigen las mismas materias o materias análogas» (76). Lo fundamental en este tipo de interpretación es, en definitiva, la consideración del contexto jurídico de la disposición legal. Ost ha diferenciado dos ámbitos posibles de referencia (77): el «contexto inmediato», que serían otro párrafo de la norma, un artículo vecino, el título de la ley, el lugar de disposición en un cuerpo de artículos, etc.; y el «contexto más lejano», que lo formaría una ley extraída de otro sector jurídico o del mismo, una norma específica para una rama del derecho, un principio general del derecho, etc. Cada uno de estos contextos presenta, de cara a nuestra demostración, unos problemas específicos.

El «contexto inmediato» de una disposición tendría como límite la ley en que está inserta (78). Lo más habitual es la referencia a otros artículos de la misma ley, de cuya combinación se extraerá el sentido de la disposición concreta. Y aquí se plantea el pro-

(74) Ch. PERELMAN: «Raisonnement juridique et logique juridique», *op. cit.*, p. 6.

(75) E. P. HABA: *op. cit.*, p. 107.

(76) H. KUTSCHER: *op. cit.*, p. I-37.

(77) F. OST: *op. cit.*, p. 141.

(78) Utilizamos en este caso el término «ley» en un sentido amplio, de tal forma que abarque tanto la ley formal, como las demás normas de rango inferior (Reglamento, Decreto, etc.) o superior (Ley Orgánica, Constitución).

blema: «¿Dónde comienza y dónde termina el conjunto de disposiciones que forman un sistema pertinente? ¿Qué artículos hace falta armonizar, aproximar, combinar, separar?» (79), ¿por qué un artículo y no otro?, ¿quién realiza la elección?, ¿en base a qué criterios? Las mismas preguntas de siempre y las mismas contestaciones: la elección la lleva a cabo el juez en base a criterios valorativos o de oportunidad. Mencionará aquellos artículos, párrafos, títulos o capítulos que sirven para confirmar el sentido de la disposición por el que ha previamente optado, y silenciará cuidadosamente todas aquellas conexiones que lo cuestionen o propongan otro contradictorio con aquél.

El «contexto más lejano» estaría constituido por la referencia a cualquier otra ley del ordenamiento jurídico que sirva para clarificar el sentido de la disposición objeto de interpretación. Esta consideración del «contexto más lejano» está justificada, y es consecuencia de la configuración del ordenamiento jurídico como un sistema coherente. Pero esta coherencia es más una ficción que una realidad. Parece difícil encontrar el sentido de una disposición legal en otras leyes que se han formado a menudo bajo regímenes políticos diversos y por esto mismo son portadoras de fines opuestos y contradictorios entre sí (80), sin embargo, el juez no dudará en hacerlo si en esa otra ley encuentra (o cree encontrar) argumentos que apoyen el sentido previamente avanzado por él.

Por tanto, podemos extraer tres consecuencias del uso judicial de la interpretación sistemática:

1. El sistema jurídico es «un conjunto fluido siempre abierto, una idea reguladora, una totalidad presunta» (81), por lo que la referencia del contexto más lejano se basará siempre en una ficción.

2. La referencia al contexto «inmediato» estará siempre determinada por la discrecionalidad del juez que elegirá el grado de inmediatez del contexto.

3. La consideración de un contexto más amplio o más restringido será siempre susceptible de producir resultados diferentes (82).

C) *Un mismo método puede proporcionar sentidos diferentes.*

Esta es una conclusión que se deriva de todo lo anterior. Si un método de interpretación puede ser formulado de diversas maneras, y si hay varias posibilidades de utilizarlo, nos proporcionará diferentes sentidos de un mismo texto legal. Consecuencia: la mayoría de las veces, la interpretación «no conduce a ningún resultado cierto» (83). Los métodos de interpretación no propor-

(79) F. OST: *op. cit.*, p. 143.

(80) B. GRASSOS *op. cit.*, p. 23.

(81) F. OST: *op. cit.*, p. 141.

(82) *Ibidem*, p. 145.

(83) A. Ross: *Sobre el derecho y la justicia* (trad. esp.), Buenos Aires, 1970 (2.^a ed.), p. 133.

cionan ninguna solución unívoca. Por medio de ellos se puede justificar tanto un sentido del texto como su opuesto, debido a la vaguedad de las palabras y a la indeterminación de los métodos interpretativos. Estos son siempre polivalentes y la única función que cumplen es posibilitar al juez el justificar la solución del caso que previamente ha decidido.

El juez está obligado a resolver los casos que se le planteen basándose siempre en el sistema de fuentes reconocido en el Código civil (84), incluso se prevé una pena para el caso de que se negara (85). En principio parece que el ordenamiento ha sido excesivamente rígido con el desvalido juez. Sin embargo, esta dureza se suaviza inmediatamente gracias a los métodos de interpretación. Con ellos el juez tiene un arma para cumplir sin problemas el imperativo legal. Decidirá siempre, aunque su decisión llevará consigo, siempre también, una elección que, a su vez, encontrará su origen en una valoración (86).

6. ELECCION DE PRECEDENTES JURISPRUDENCIALES Y DOCTRINALES

A) *La jurisprudencia.*

Según el Código civil, «Las fuentes del ordenamiento jurídico español son la ley, la costumbre y los principios generales del derecho» (art. 1.1); y «Las normas se interpretarán según el sentido propio de sus palabras, en relación con el contexto, los antecedentes históricos y legislativos, y la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas, atendiendo fundamentalmente al espíritu y finalidad de aquéllas» (art. 3.1). Por lo tanto, y según el Código civil, la jurisprudencia no es ni un método de interpretación ni una fuente del derecho español (87). Sin embargo, el ordenamiento le reserva un papel importante, ya que «La jurisprudencia complementará el ordenamiento jurídico con la doctrina que, de modo reiterado, establezca el Tribunal Supremo al interpretar y aplicar la ley, la costumbre y los principios generales del derecho» (artículo 1.6 del C. c.).

(84) Artículo 1.7 del CC: «Los Jueces y Tribunales tienen el deber inexcusable de resolver en todo caso los asuntos de que conozcan, atendiéndose al sistema de fuentes establecido».

(85) Artículo 357 del CP: «El juez que se negare a juzgar, so pretexto de oscuridad, insuficiencia o silencio de la Ley, será castigado con la pena de suspensión».

(86) A. Ross: *op. cit.*, p. 133.

(87) Alguna vez se ha querido ver en la jurisprudencia un caso particular de la costumbre. Por esta vía sí podría pasar a ser considerada como fuente del derecho por un camino indirecto. No obstante, esto no puede ser admitido, aunque a veces la jurisprudencia funcione como costumbre. «Ella posee su especificidad» (P. FORIERS: *op. cit.*, p. 48).

No vamos a abordar aquí el problema del valor de la jurisprudencia, que lo damos por descontado (88), sino su papel como justificadora de la interpretación judicial. Hemos dicho hace un momento, que la jurisprudencia no es una fuente del derecho, sin embargo está en estrecha relación con ellas desde dos puntos de vista:

1. El juez, en su actividad de aplicación del derecho, *utiliza* tanto las fuentes del derecho como la jurisprudencia, pero esta última además de manejarla, también la *crea* (89).

2. El artículo 1.6 del C. c. reserva a la jurisprudencia una función de «complemento» respecto a las fuentes del derecho, sin embargo su papel es mucho más esencial: la ley no será la ley del legislador, sino la ley del legislador *tal como es interpretada por el juez* a través de su jurisprudencia; la costumbre no será la costumbre de la sociedad o de tal grupo social, sino la costumbre de esa sociedad o de este grupo *tal como es reconocida y recibida por el juez* a través de su jurisprudencia; y los principios generales no serán los del ordenamiento o los del derecho en abstracto sino los principios *tal como son entendidos por el juez* en su jurisprudencia (90).

Por lo tanto, de alguna manera, se puede decir que la jurisprudencia está por encima de las fuentes del derecho.

Invocar la jurisprudencia es invocar un precedente, es decir, «asimilar el caso nuevo a un caso antiguo» (91). Generalmente se emplea ese término «en el sentido de doctrina, como modo de interpretar una regla de Derecho, de observarla y de aplicarla» (92). Sin embargo, hemos de declarar una vez más que toda invocación de un precedente está basada en un juicio de valor. Vamos a intentar demostrarlo.

El juez puede acudir a una decisión anterior con dos finalidades: confirmarla (confirmando simultáneamente su propia decisión) o rechazarla (también para confirmar su decisión). Cuando el juez invoca un precedente que confirma su solución del caso, lo hará siempre insistiendo en las similitudes y rechazando las dife-

(88) La importancia de la jurisprudencia ha sido reconocida por multitud de autores. Algunos señalan que «se incorpora de alguna forma al derecho en vigor» (A. WANWELKENHUYZEN: «La motivation des revirements de jurisprudence», en *La motivation des décisions de justice*, op. cit., p. 255), reconocen «el papel preeminente del juez en la elaboración del derecho» y consideran que «los Tribunales hacen a la vez obra de legislador y de Juez» (L. SILANCE, «La motivation des jugements et la cohérence du droit», en *La motivation des décisions de justice*, op. cit., p. 226).

(89) P. FORIERS: op. cit., p. 48.

(90) *Ibidem*, pp. 48 y 49.

(91) Ch. PERELMAN: «Les cadres sociaux de l'argumentation», en Ch. PERELMAN: *Le champ de l'argumentation*, op. cit., p. 27.

(92) P. DE ELIZALDE Y AYMERICH: «El Tribunal Constitucional y la jurisprudencia», en *El Tribunal Constitucional*, Vol. I, Madrid, 1981, p. 872: «de forma más restringida se designa el conjunto de criterios, de interpretación y de decisión, establecidos por los tribunales de Justicia».

rencias (93). Ocultará cuidadosamente cualquier otra jurisprudencia que ponga en duda su visión del supuesto y resaltará los aspectos favorables de cara a su justificación.

El juez puede también invocar un precedente para distanciarse del mismo. Se produce entonces lo que se conoce como un «giro jurisprudencial» (*revirement de jurisprudence*). Algún autor ha señalado que este giro está justificado en dos ocasiones: cuando la «paz judicial» no reina, o bien, «cuando se han producido cambios "en las cosas", en la vida social después de que la regla de derecho ha sido por primera vez enunciada por el juez» (94). De tal forma que cuando el juez «constate» que «no reina la paz judicial» o que hay «cambios en las cosas», podrá imprimir un giro a su jurisprudencia. Es como no decir nada o decir que el juez cambiará su línea jurisprudencial cuando lo estime (valorativamente) conveniente.

Cuando un tribunal decide romper con los precedentes anteriores pueden darse para Lagneau-Devillé (95) dos posibilidades: que se acepte o que no se acepte.

Si la nueva interpretación es tomada en consideración pueden pasar a su vez dos cosas:

a) La modificación la toma en cuenta el legislador y la transforma en texto legal.

b) La modificación es dejada a nivel de «jurisprudencia».

Cuando la interpretación no es aceptada puede deberse para Lagneau-Devillé a tres causas:

a) «Porque el "remolino" causado por los hechos, y que había provocado una interpretación, no es reconocido como que ha creado una situación específica que exija una interpretación "nueva" de los textos».

b) Porque se piensa que la interpretación dada a los textos no es correcta.

c) Porque se considera que es al legislador, y no al juez, al que le corresponde intervenir.

Por lo tanto, en todo giro de jurisprudencia intervienen los juicios de valor: primero, los del juez que realiza el cambio para decidirlo; segundo, los del resto del aparato judicial y los del legislador para aceptarlo o no. De las cinco reacciones posibles que hemos señalado ante el cambio de interpretación de un texto, en la primera coincidirán los juicios de valor del juez «renovador», de los demás jueces y del legislador; en la segunda sólo coincidirán los del juez que provocó el cambio y los de los otros jueces; en las tres últimas, el juicio de valor del juez que llevó a cabo el giro jurisprudencial no será compartido ni por sus colegas ni por el legislador.

(93) Ch. PERELMANS «Les cadres sociaux de l'argumentation», *op. cit.*, p. 27.

(94) A. VANWELKENHUYZEN: *op. cit.*, p. 269.

(95) A. LAGNEAUE-DEVILLE: *op. cit.*, pp. 511 y 512.

A modo de resumen podemos señalar, pues, que en toda invocación de jurisprudencia se vierten diversos juicios de valor: previamente, para decidir llevarla a cabo; una vez decidido, respecto de la solución jurisprudencial anterior (favorable o desfavorable según interese) y respecto de la solución propia, resaltando sus semejanzas con la anterior o sus virtudes respecto a ésta si se pretende sustituirla (96).

B) *La doctrina.*

La doctrina puede intervenir en la decisión judicial en dos momentos: *a priori* y *a posteriori*.

A priori cuando la opinión (considerada autorizada) de algún jurista influye en la del juez y le hace a éste conducir su interpretación por la vía señalada por el primero. En este caso se pondrá de manifiesto «el papel de la doctrina en la educación de los juristas y por ello en la práctica jurídica» (97).

La doctrina interviene *a posteriori* cuando la decisión adoptada por el juez la apoya éste refiriéndose a esas opiniones.

En el primer caso la doctrina configura la decisión y en el segundo le sirve de justificación. La intervención *a priori*, aún siendo extremadamente importante, no nos interesa ahora que vamos a fijarnos preferentemente en la doctrina como argumento justificativo.

En nuestro sistema jurídico la opinión de los autores no tiene fuerza obligatoria (98), pero su papel es de gran importancia (99). Sin embargo, la característica que define a la doctrina es su división. Rara vez los autores son unánimes sobre un punto (100), y esto hace que cuando el juez quiera acudir a la doctrina se encontrará con un abanico de argumentaciones para todos los gustos. Por supuesto, elegirá aquel sector de opinión que se ha manifestado favorable a sus posiciones, que coincide con él en sus juicios de valor. De todas formas, esto no tiene demasiada importancia ya que el juez rara vez determina el origen de la doctrina invocada.

La razón por la que los tribunales acuden tan raramente a la opinión de un autor personalizando es la apuntada anteriormente. Vistas las diferencias existentes entre la doctrina es más fácil para el juez citar la autoridad de la «doctrina» en abstracto. De esta forma se evita tomar partido por alguien en concreto y queda

(96) A. VANWELKENHUYZEN: *op. cit.*, p. 283.

(97) J. WROBLEWSKI: «La règle de décision dans l'application judiciaire du droit», *op. cit.*, p. 82.

(98) *Ibidem*.

(99) L. SILANCE: *op. cit.*, p. 224: «El papel de la doctrina es no sólo paliar ciertas lagunas y remediar las contradicciones de la ley, sino que podría ser incluso crear un sistema jurídico».

(100) J. WROBLEWSKI: «Motivation de la décision judiciaire», *op. cit.*, p. 130.

a salvo su imagen de «neutralidad». De paso, además (o mejor, por eso), se oculta su elección valorativa (101).

De todas las consideraciones anteriores sobre la jurisprudencia y la doctrina se pueden enunciar una serie de conclusiones válidas para ambas:

a) A menudo la jurisprudencia y la doctrina van unidas. En ese caso su invocación conjunta por parte del juez otorgará a la decisión de éste, si es coincidente con la de aquéllas, una autoridad justificativa contundente. En realidad lo que sucede en esa ocasión es que en un momento determinado han concurrido una serie de juicios de valor de igual forma que podían haber concurrido los contrarios.

b) Casi siempre un movimiento doctrinal «más o menos largo e impresionante» (102) precede a un cambio de interpretación jurisprudencial.

c) Los tribunales silencian la opinión jurisprudencial o doctrinal cuando es divergente de la suya (103). El reconocer que hay autores o sentencias que manifiestan una idea contraria restaría fuerza a la argumentación del juez, ya que ésta no se basaría entonces en la opinión unánimemente admitida, sino en la autoridad que recubre su elección.

d) Tanto la doctrina como la jurisprudencia (cuando, o en la parte que, son coincidentes con su solución) son instrumentos muy cotizados por los jueces de cara a justificar su interpretación y sus juicios de valor. El mejor argumento para apoyar una tesis judicial es demostrar que es conforme «con el orden reconocido» (104) manifestado a través de las opiniones doctrinales y de una línea jurisprudencial continua.

7. LA CREACION DE LAGUNAS

Como hemos visto hace un momento, el artículo 1.7 del C. c. obliga a los jueces y tribunales a resolver siempre todos los asuntos de que conozcan, y el artículo 357 del Código penal impone la pena de suspensión para el juez que «se negare a juzgar, so pretexto de oscuridad, insuficiencia o silencio de la Ley» (105). De la combinación de estos artículos (106) se ha extraído normalmente la autorización del legislador al juez para llenar las lagunas (107), o mejor dicho la imposición.

(101) *Ibidem*.

(102) A. VANWELKENHUYZEN: *op. cit.*, p. 280.

(103) J. WROBLEWKI: «La règle de décision dans l'application judiciaire du droit», *op. cit.*, p. 83.

(104) Ch. PERELMAN: «Les cadres sociaux de l'argumentation», *op. cit.*, p. 27.

(105) El artículo 361 de la LEC repite prácticamente la misma fórmula.

(106) En Bélgica la situación es similar con los artículos 4 del Code Civil y 5 del Code Judiciaire (Ph. GERARD: *Droit, égalité et idéologie. Contribution à l'étude critique des principes généraux du droit*, Bruselas, 1981, p. 182).

(107) P. FORIERS: «Les lacunes en droit», en *Le problème des lacunes en droit* (estudios publicados por Ch. PERELMAN), Bruselas, 1968, p. 23; y Ch. PERELMAN: *Logique juridique. Nouvelle rhétorique*, París, 1976, p. 45.

Tal como la configuran los textos legales y la doctrina, la laguna sería «la forma específica de la ausencia de una proposición normativa en el seno de un sistema normativo» (108). Por lo tanto, la noción de laguna presentaría las siguientes características:

a) Sólo es posible comprenderla partiendo de un ordenamiento jurídico considerado completo y coherente (109).

b) Dentro de ese sistema con pretensión de regular todos los casos posibles, la laguna sería una *deficiencia* (110), un fallo, algo no querido.

c) La laguna es siempre «aparente» o «provisional» gracias a los procedimientos establecidos para «remediarlas» (111). A lo sumo demostrarán que la coherencia del ordenamiento jurídico no está «*todavía*» completamente explicitada (112).

El concepto de «laguna» es por tanto una institución curiosa y ambivalente. Por un lado su existencia estaría demostrando que el sistema jurídico no goza de la plenitud que de él se predica; pero por otro, gracias a la noción de «laguna» y a los métodos ideados para «llenarlas», se mantiene esa ficción de que el ordenamiento es algo completo y coherente.

Partiendo de la base de que es imposible que un sistema jurídico pueda prever todos los supuestos con necesidad de regulación, habrá que concluir que es innegable la existencia de casos no contemplados por el mundo del derecho (113). Sin embargo, esta evidencia es puesta en duda en muchas ocasiones. Los jueces utilizan el «arma» de la laguna de forma tan arbitraria como veíamos que lo hacía con los métodos interpretativos. Por eso la afirmación de la existencia o no de una laguna implicará siempre un juicio de valor (114). Si en un momento determinado el juez cree conveniente no reconocerla la silenciará, y con la amplia gama de procedimientos que el sistema jurídico pone en sus manos resolverá el problema sin dificultad. Por el contrario, habrá ocasiones en las que el supuesto esté regulado perfectamente, pero si el juez estima que esa regulación lesiona un determinado valor digno de protección en su opinión, determinará la existencia de una laguna y solucionará el caso con una libertad mucho mayor. Este último es el supuesto que vamos a analizar ahora, lo que se han denominado «falsas lagunas».

Las «falsas lagunas», igual que sucede con las falsas antinomias (115), «provienen de la interpretación limitativa de una regla

(108) Ph. GERARD: *Droit, égalité et idéologie*, op. cit., p. 177: «La ausencia de una proposición normativa designa el estado de un sistema normativo que no contiene proposición que defina el estatuto deóntico de un caso determinado por ciertas propiedades».

(109) H. KUTSCHER: op. cit., p. 1-10.

(110) Ph. GERARD: «Droit, égalité et idéologie» op. cit., p. 178.

(111) J. LENOBLE y F. OST: op. cit., p. 137.

(112) A. LAGNEAU-DEVILLE: op. cit., p. 510.

(113) A. VANWELKENHUYZEN: op. cit., p. 280.

(114) Ph. GERARD: *Droit, égalité et idéologie*, op. cit., p. 178.

(115) «Las 'falsas antinomias' resultan de la creación jurisprudencial de

cuando su interpretación literal conduciría a una decisión cuyas consecuencias son juzgadas social o moralmente inadmisibles» (116). Muchos autores han reconocido que el juez cuando llena las lagunas está participando en el proceso de creación del derecho (117), ¿qué decir entonces cuando el juez no sólo llena las lagunas, sino que además las crea? En ese caso el problema se duplica, ya que las valoraciones judiciales no intervendrán sólo a la hora de remediar la laguna, sino también en la decisión de crearlas.

Toda esta situación ha llevado a Warat a introducir el concepto de laguna dentro de lo que él denomina las «variables axiológicas». Según este autor, «cuando en el discurso judicial se hace necesario cancelar el significado paradigmático de una norma, los juristas acostumbran a recurrir a una variable axiológica o estereotipo. La variable axiológica proporciona una excusa valorativa para un desplazamiento del significado de las palabras de la ley» (118). Los dos casos más representativos de variables axiológicas serían el estado de necesidad (119) y la laguna. Vamos a ver el funcionamiento de esta última como variable axiológica con un ejemplo ilustrativo (120).

Una ley argentina prohibía la adopción cuando el adoptante tuviera hijos legítimos o naturales. Se planteó el caso de una persona que solicitó una adopción a pesar de tener hijos legítimos, pero que alegaba que eran mayores de edad y que prestaban su consentimiento a la adopción. Los tribunales entendieron que las notas de mayoría de edad y consentimiento eran de tal peso que excluían el caso de lo previsto por la ley sobre adopción. Los jueces argentinos decretaron aquí la existencia de una laguna aunque la regulación legal era contundente: una persona con hijos legítimos o naturales no puede adoptar. ¿En base a qué criterios determinaron los jueces que el caso planteado no estaba incluido en la norma prohibitiva? Indudablemente según criterios valorativos. El juez declaró la existencia de una laguna, no porque fuera un caso de ausencia de solución legal, sino porque consideró la solución normativa valorativamente insatisfactoria.

una antinomia, cuando la apreciación de una regla conduce a consecuencias que lesionan un principio de equidad» (Ch. PERELMAN: «Qu'est-ce que la logique juridique?», *op. cit.*, p. 137).

(116) *Ibidem.*

(117) H. KUTSCHERS *op. cit.*, p. I-47: «No se puede hablar de un monopolio de los órganos legislativos en la creación del derecho, sino que se debe constatar que el juez y el legislador se reparten esta misión».

(118) L. A. WARAT: *op. cit.*, p. 100.

(119) El estado de necesidad es una variable axiológica porque:

1. Tiene una fuerte carga emotiva.
2. Su invocación genera un sentimiento de solidaridad con el reo.
3. Muda su significado de caso a caso.
4. Al invocarlo se neutralizan las notas ordinarias del delito (*Ibidem.* pp. 100 y 101).

(120) El ejemplo es también de WARAT (*Ibidem.*, p. 101).

En conclusión, la laguna es un mecanismo para remediar la falta de coherencia y plenitud del ordenamiento jurídico. Con ella el juez puede hacer frente al imperativo legal que le obliga a resolver todos los casos que se le presenten, incluso cuando exista «silencio de la ley». El legislador consciente, quizás, de que la situación podía ser demasiado arbitraria debido a esos silencios y a la inevitable «incompletud» del ordenamiento jurídico, «inventó» la laguna «para hacer creer al juez que sólo puede hacer uso de su arbitrio, cuando el legislador no ha previsto el caso concreto sometido a su conocimiento» (121). Sin embargo, el juez ha sabido romper esa barrera y el uso que hace de las lagunas supera ampliamente el marco de lo «no previsto» por el legislador.

8. CONCLUSION

De la exposición hecha hasta aquí se puede extraer una idea clave que se ha ido repitiendo a lo largo de todas las páginas anteriores: *el proceso de aplicación judicial del derecho es un proceso valorativo; en él el juez se enfrenta a distintas elecciones en cada una de las cuales tiene que optar por una sola solución*. La pregunta que debemos responder ahora es: ¿qué guía realmente al juez en las diversas elecciones que realiza? Avanzaremos rápidamente una respuesta: la decisión sobre la solución del litigio.

En efecto, normalmente, como hemos visto, se presenta el razonamiento jurídico como un proceso lógico compuesto de varias fases (122). El juez, a través de ellas, iría conociendo poco a poco los datos del caso, y en virtud de las informaciones recibidas adoptaría una solución congruente con todas ellas. Sin embargo, esta forma de presentar el proceso de toma de decisión es falsa. Esta no es el resultado de varias elecciones (123). El camino seguido es el contrario. En la mayoría de los casos la solución del litigio precede a la motivación (124) y ésta es sólo una racionalización *ex post* de la decisión (125).

Sin una pregunta, el caso planteado no puede ofrecer ninguna respuesta (126), por eso el juez lo primero que hace es formar su concepción de la solución (127). A continuación esa representación del resultado (128) será la que guíe todas las demás elecciones que se produzcan en el proceso aplicativo. Estas estarán dirigidas siempre a confirmar y justificar esa primera elección. La pregunta que surge inmediatamente es, ¿y qué guía esa primera elección? Vamos a tratar de contestarla.

(121) F. VALLADO: *op. cit.*, p. 135.

(122) L. DE RUGGIERO: *op. cit.*, pp. 134-138.

(123) J. WROBLEWSKI: «Motivation de la décision judiciaire», *op. cit.*, p. 116.

(124) D. SIMON: *op. cit.*, p. 137.

(125) J. WROBLEWSKI: «La règle de décision», *op. cit.*, p. 72.

(126) L. RUGGIERO: *op. cit.*, pp. 126 y 127.

(127) F. OST: *op. cit.*; p. 113.

(128) L. DE RUGGIERO: *op. cit.*; p. 128.

Decíamos al principio del trabajo que el juez es un ser humano (129). Como todo ser humano ha recibido una determinada educación que en su caso se concreta en una determinada cualificación profesional. Por otra parte, desarrolla su actividad en el marco de una institución que impone unas reglas del juego (130) a las que el juez debe atenerse. Todos estos hechos se convierten en elementos que determinan la actitud del juez al decidir la solución para un caso concreto. Vamos a ver cada uno de ellos.

A) *Elementos «institucionales».*

Es lo que algún autor ha denominado la «conciencia jurídica formal» (131). Sería la parte «cognoscitiva» (132) del proceso, la «obediencia al derecho» (133) que debe el juez. Efectivamente, éste no es absolutamente libre a la hora de aplicar las normas, sino que tiene impuestas una serie de reglas, sobre todo formales, que debe respetar. Sin embargo, tanto esas reglas formales (motivación, prueba, en general las reglas procesales) como (y sobre todo) las materiales son tan vagas y genéricas que no es difícil respetar siempre las primeras y obviar, cuando sea necesario, las segundas: que se le imponga al juez como límite de su poder adoptar una solución «razonable» (134) es como no decir nada. De todas formas puede aceptarse que el juez recibe diversas «informaciones» (135) del mundo del derecho que de alguna forma influirán en su decisión.

B) *Elementos culturales e ideológicos (136).*

Decíamos hace un momento que el juez recibe una formación determinada, sustancialmente distinta a la del resto de los humanos y en gran parte diferente a la del resto de los juristas. Esto hace que el juez, como juez, tenga una ideología propia de su estamento, una concepción de «política jurídica» (137) particular, que determinará la forma en que lleve a cabo su labor. Pero, por otra parte, dentro del estamento judicial intervienen diversos factores que influyen a cada juez en concreto:

a) Cada juez tendrá una representación propia de su función a la hora de juzgar. Esta ideología personal la proyectará en su actividad.

(129) A. ROSS: *op. cit.*, p. 133.

(130) M. VAN DE KERCHOVE y F. OST: «Le 'jeu' de l'interprétation en droit», en *Memoria del X Congreso Mundial Ordinario de Filosofía del Derecho y Filosofía Social*, Vol. VI, México, 1982, pp. 229-245.

(131) A. ROSS: *op. cit.*, pp. 133 y 134.

(132) G. LUMIA: *op. cit.*, pp. 311 y 312.

(133) A. ROSS: *op. cit.*, p. 133.

(134) Ch. PERELMAN: «La motivation des décisions de justice, essai de synthèses», *op. cit.*, p. 426.

(135) J. WROBLEWSKI: «Motivation de la décision judiciaire», *op. cit.*, p. 117.

(136) A. LAGNEAU-DEVILLES *op. cit.*, p. 540.

(137) D. SIMON: *op. cit.*, p. 127.

b) El coeficiente intelectual del juez, su actitud epistemológica (138), influirá también y determinará su capacidad de comprensión, de relación y de extraer conclusiones.

c) El juez tiene también una «conciencia jurídica material» (139), que le dará una visión particular de lo que es socialmente deseable, justo, equitativo, etc. Estos conceptos, o la representación que el juez se haga de los mismos, influirán en la medida en que éste tendrá en cuenta la aceptación social de su decisión.

C) Elementos psico-sociales.

Como hombre, el juez también está sometido a la acción de diversos factores. Estos influirán enormemente en el momento de dar una solución al litigio. Aquí también podemos separar entre los elementos que afectan al juez por pertenecer a una clase social determinada y los que le afectan como persona individual:

a) Entre los primeros estaría el origen social del magistrado (140). Los tribunales «reclutan» su personal mayoritariamente en un determinado estrato social: la burguesía, debido al proceso que es preciso seguir para acceder a la carrera judicial. Esta «extracción social» del juez determinará igualmente su actitud hacia determinados casos.

b) Como persona, el juez está sometido también a diversos factores psicológicos. Ante un hecho, de la naturaleza que sea, ninguna persona accede limpia de prejuicios. Todos tenemos recuerdos, experiencias, sentimientos, convicciones, que configuran una cierta «actitud valorativa» (141). Todo este sistema «motivacional» (142) creará en el juez simpatías, adhesiones, rechazos, etc., que se convertirán en valoraciones, quizás inconscientes, a la hora de dictar la solución. En definitiva, lo que guía al juez en ese momento, será sobre todo su «intuición» (143).

Todos estos elementos que hemos expuesto creemos que dan una respuesta bastante satisfactoria a la pregunta planteada. Debemos advertir, sin embargo, que no es posible en la práctica discernir entre cada uno de ellos; los momentos valorativos y cognoscitivos se entremezclan (144) Por otra parte, hay que tener en cuenta que todos estos factores e informaciones que recibe el juez, son a su vez «amoldados» a su personalidad, por la forma en que éste los acoge y selecciona (145).

(138) J. WROBLEWSKI: «Motivation de la décision judiciaire», *op. cit.*, p. 117.

(139) A. ROSS: *op. cit.*, p. 134.

(140) A. LAGNEAU-DEVILLE: *op. cit.*, p. 535.

(141) J. WROBLEWSKI: «Motivation de la décision judiciaire», *op. cit.*, p. 117.

(142) A. LAGNEAU-DEVILLE: *op. cit.*, p. 535.

(143) H. KUTSCHER: *op. cit.*, p. I-16.

(144) A. ROSS: *op. cit.*, p. 134

(145) J. WROBLEWSKI: «Motivation de la décision judiciaire», *op. cit.*, p. 117.

