

La concepción estándar y la concepción realista del Derecho

Por RAFAEL HERNÁNDEZ MARÍN

Murcia

I. DESCRIPCIÓN DE LA CONCEPCIÓN ESTÁNDAR Y DE LA CONCEPCIÓN REALISTA DEL DERECHO

Llamo *concepción estándar del Derecho* a esa concepción que se enseña a los alumnos de las facultades de Derecho, en las aulas y en los libros de texto, y que es compartida por la mayoría de los juristas. La tesis central de dicha concepción es la afirmación de que *los componentes esenciales del Derecho son la ley (concebida idealmente), el Derecho consuetudinario y los principios generales del Derecho*.

En muchos casos, quizá en la mayoría, la tesis citada es completada con la idea de que del Derecho en general también forma parte un Derecho no positivo, un Derecho natural: sea en forma de principios o normas, sea como valores jurídicos, sea como derechos humanos, etc.

La tesis que caracteriza a la concepción estándar es distinta e independiente de la siguiente afirmación, que probablemente sí es verdadera: «Según nuestro Derecho, los componentes esenciales del Derecho (de nuestro Derecho) son la ley, el Derecho consuetudinario y los principios generales del Derecho (y quizá también el Derecho natural, en forma de valores, derechos humanos, etc.)».

Es la primera afirmación, no la segunda (que puede ser suscrita, al margen de cualquier concepción filosófica), la que caracteriza a la concepción estándar. Y para comprender que ambas afirmaciones son independientes, basta con darse cuenta de que:

A) Por un lado, es posible, por ejemplo, que la ley sea un componente esencial de nuestro Derecho (como afirma la concepción estándar), y que, sin embargo, nuestro Derecho no diga que la ley es un componente esencial de nuestro Derecho (aunque sabemos, no obstante, que según nuestro Derecho, según el art. 1.1 del Código Civil, la ley sí es un componente esencial de nuestro Derecho). O dicho más claramente: la ley sería un componente esencial de nuestro Derecho (como sostiene correctamente la concepción estándar), aunque el art. 1.1 del Código Civil no existiera.

B) Y, por otro lado, también es posible, por ejemplo, que según nuestro Derecho el Derecho natural sea un componente esencial de nuestro Derecho (como parecen sugerirlo las alusiones a valores, derechos fundamentales, etc., contenidas en nuestra Constitución), y que, sin embargo, el Derecho natural no sea un componente esencial del Derecho (cosa que ocurriría si, por ejemplo, el Derecho natural no existiera).

Frente a la concepción estándar, que acaba de ser descrita, la concepción que defiendo, y que denomino *realista pura*, sostiene que del Derecho solamente forma parte la ley; y además que la ley es un hecho.

Esta concepción realista implica: 1.º) que no hay más Derecho que el Derecho positivo; 2.º) que no hay más Derecho positivo que la ley; 3.º) que no hay más ley que el texto de la ley; y 4.º) que ese texto legal es un hecho, un objeto físico.

Puesto que estas ideas suenan muy heterodoxas, deseo hacer una justificación detenida de ellas frente a la concepción estándar. La confrontación entre ambas concepciones será realizada en el plano teórico y en el plano práctico.

II. CONFRONTACIÓN DESDE EL PUNTO DE VISTA TEÓRICO

1. Dos características de la concepción realista

En mi opinión, la ventaja más importante de la concepción realista pura frente a cualquier otra concepción del Derecho consiste en que dicha concepción es la única que presenta las dos características siguientes:

A) En primer lugar, *es respetuosa con los usos lingüísticos*. De acuerdo con ella, es Derecho lo que todo el mundo llama Derecho, o sea, las leyes, las normas escritas: la Constitución, el Código Civil, el Código Penal, decretos, órdenes, resoluciones administrativas, etc.

Para que se entienda bien este punto, es conveniente hacer las siguientes observaciones.

Los usos lingüísticos relativos a la palabra «Derecho» establecen dos cosas: a) que la Constitución, el Código Civil, etc., forman parte

del Derecho; y b) qué es lo que dicen (literalmente) los artículos o apartados de la Constitución, del Código Civil, etc.

No respeta estos usos lingüísticos una concepción como la de Th. Geiger. Según este autor, son Derecho cosas que nadie califica como tales (ciertas regularidades de comportamiento social); y no son Derecho cosas que todo el mundo califica como tales (la Constitución, el Código Civil, etc.).

En cambio, sí respetan dichos usos, tanto la concepción estándar, como la concepción realista. Las divergencias entre ambas concepciones se producen en un momento posterior. Pues la concepción realista sostiene las tres tesis siguientes:

1.a) La Constitución, el Código Civil, etc., se identifican con su texto respectivo, o sea, con lo que literalmente dicen los artículos o apartados de la Constitución, del Código Civil, etc. Consecuencia de ello (y de la tesis que afirma que la Constitución, el Código Civil, etc., forman parte del Derecho) es que lo que forma parte del Derecho es el texto de la Constitución, el texto del Código Civil, etc.; en un palabra, que lo que forma parte del Derecho es el texto de la ley.

2.a) No hay más Derecho que el texto de la ley.

3.a) El texto de la ley es un hecho.

La concepción estándar rechaza siempre la 2.^a tesis, pues sostiene que del Derecho forman parte el Derecho consuetudinario y los principios generales del Derecho; y también rechaza casi siempre las otras dos tesis. En todo caso, rechaza o bien la 1.^a, o bien la 3.^a tesis: para dicha concepción, o bien la Constitución (el Código Civil, etc.) no se identifica con su texto, sino con ciertas entidades ideales, proposiciones o cuasiproposiciones, «ligadas» a dicho texto (y son dichas entidades ideales las que forman parte del Derecho); o bien ese texto no es un hecho (no está integrado por marcas o inscripciones), sino algo ideal (está integrado por tipos o modelos).

Sin embargo, todas éstas son cuestiones sobre las que los usos lingüísticos de los no juristas, o sea, de aquellos que no sostienen una determinada concepción ontológica del Derecho, no se pronuncian: dichos usos lingüísticos no permiten determinar si la Constitución (el Código Civil, etc.) se identifica o no con su texto, ni si hay otro Derecho distinto al de los Cuerpos Jurídicos, ni tampoco si dicho texto es un hecho o una idea. Por consiguiente, las discrepancias existentes entre la concepción estándar y la concepción realista sobre esos extremos no afectan al respecto de ambas a los usos lingüísticos.

B) La segunda característica esencial de la concepción realista consiste en que ésta *es una concepción empírica o factualista del Derecho*. Según ella, el Derecho es un hecho, un fenómeno cognoscible empíricamente, perteneciente al mismo mundo al que pertenecemos los hombres (y que por ello nos es familiar), no perteneciente a un hipotético mundo de ideas.

En cambio, no es una concepción empírica del Derecho la concepción estándar (defendida por iusnaturalistas e iuspositivistas); pero sí lo es la concepción (sociologista) de Th. Geiger, antes citada.

Las dos características señaladas, que únicamente aparecen en la concepción realista pura, responden a otras tantas exigencias que me parecen fundamentales:

Por un lado, el respetar mínimamente los usos lingüísticos es condición necesaria para la comunicación humana: no hay que cambiar, sin razón suficiente, el significado de las palabras.

Por otro lado, concebir el Derecho como un hecho es una exigencia esencial para quien, como el autor de estas líneas, es escéptico respecto a cualquier reino de ideas. En mi opinión, el Derecho es enteramente, en cualquiera de sus partes componentes, un hecho social; el Derecho está integrado por hechos y sólo por hechos. En apoyo de esta tesis cabe mencionar los siguientes datos:

1.º) La afirmación, tópica, de que el Derecho es un fenómeno social (*ubi societas, ibi ius*).

2.º) El hecho de que el Derecho es conocido empíricamente: no se puede conocer el Derecho, ni formular verdades acerca del Derecho, sin observar la realidad.

3.º) El hecho de que las normas jurídicas, las entidades integrantes del Derecho, cambian con el transcurso del tiempo: una norma tiene una cierta propiedad en un momento determinado, la propiedad de ser jurídica, y en un momento posterior pierde dicha propiedad.

Consecuencia de ese empirismo o factualismo son las tesis citadas al inicio de este trabajo, y que pueden parecer chocantes. Pues en cuanto se admita un Derecho distinto del Derecho positivo (esto es, en cuanto se admita un Derecho natural); o bien un Derecho positivo distinto de la ley (como los principios generales del Derecho o el Derecho consuetudinario); o bien se rechace la identificación entre la ley y el texto de la ley (concibiendo las leyes como integradas por proposiciones o cuasiproposiciones), se está sosteniendo, al menos parcialmente, una concepción idealista, no empírica, del Derecho.

Siendo falsa (en mi opinión) la concepción estándar, hay que concluir que nuestro Derecho, que parece dar por verdadera dicha concepción, presupone una doctrina falsa.

2. Mayor solidez de la concepción realista

Una segunda circunstancia que es necesario tener en cuenta es que la concepción realista del Derecho es, sin duda alguna, mucho más sólida que la concepción estándar, por dos razones:

En primer lugar, porque la concepción estándar presupone muchas más cosas que la concepción realista. El marco ontológico-jurídico de

la concepción realista es muy reducido: se limita a la tesis de que el texto de la ley existe (y, dentro de este marco, la concepción realista sostiene las tesis ontológico-jurídicas que la caracterizan: que el texto de la ley es Derecho y todo el Derecho, y que ese texto es un hecho). En cambio, la concepción estándar, que también admite la existencia del texto de la ley, admite además la existencia de otras cosas: proposiciones o cuasiproposiciones legales, principios generales del Derecho, el Derecho consuetudinario y quizá también el Derecho natural (éste es el marco en el que la concepción estándar formula las tesis ontológico-jurídicas que la caracterizan).

Y es obvio que cuanto más cosas presuponga una doctrina, tanto más débil resulta, dado que el riesgo de equivocarse es mayor. Dicho en dos palabras: cuanto más habla uno, más fácil es equivocarse.

La segunda razón por la que la concepción estándar es más débil que la realista consiste en que esas tesis que configuran el marco ontológico-jurídico de la concepción estándar, y que son ajenas al marco ontológico de la concepción realista, son en sí mismas más que dudosas; dudosas, incluso para filósofos que admitan la existencia de entidades ideales. De hecho, ni siquiera las doctrinas ontológicas actuales más tolerantes las aceptarían.

3. ¿Insuficiencia de la concepción realista?

El único reproche que, desde el punto de vista teórico, cabría hacer a la concepción realista es el de que esta concepción del Derecho, por sólida que sea, admite tan pocas cosas que resulta insuficiente para explicar o comprender ciertos fenómenos, o para solucionar ciertos problemas.

A esta posible objeción se responde de la siguiente manera. Aunque se tenga la sospecha o incluso la convicción de que el marco ontológico-jurídico realista es insuficiente para explicar ciertas cuestiones, es conveniente, no obstante, comenzar trabajando dentro de ese marco, e intentar resolver el mayor número posible de problemas sin ampliarlo con supuestos adicionales. La razón para proceder de esta manera es la misma que he señalado antes: cuanto menor sea el número de nuestras suposiciones, más sólida será la teoría que elaboremos a partir de ellas. Y si se llega a un punto o problema tal, que se piensa que no se puede avanzar más sin hacer nuevas suposiciones, entonces es razonable pensar en ampliar los supuestos iniciales.

Por mi parte, en mi práctica profesional como teórico del Derecho, siempre he procurado y procuro mantenerme dentro del marco ontológico-jurídico realista. Pues pienso que el abandonar dicho marco (asumiendo alguno de los supuestos que configuran el marco ontológico-jurídico de la concepción estándar), para resolver un problema concreto, me crearía un problema teórico mayor que el que intento solucionar.

4. Error metodológico de la concepción estándar

No obstante, y aunque yo no comparta esa manera de proceder, me puede parecer razonable, como ya he señalado, el que se recurra a supuestos adicionales, extraños al marco ontológico propio de la concepción realista, a la hora de afrontar uno o varios problemas concretos, para los que se piensa que dicho marco es insuficiente.

Más, lo que me parece injustificable es la manera usual de proceder de los partidarios de la concepción estándar. Comienzan por otorgar la misma evidencia a la indiscutible afirmación «El texto de la ley existe» que a otras afirmaciones más que dudosas («Existen los principios generales del Derecho», «Existe el Derecho consuetudinario», etc.). Con todas esas afirmaciones, de desigual valor epistemológico, configuran una base muy amplia, a fin de que no les falten medios para afrontar los problemas de que van a tratar. Y no se preocupan por determinar en qué medida son necesarios todos esos supuestos, ni se preguntan si hay problemas que podrían ser solucionados con menos y más sólidos supuestos.

Consecuencia de ello es que no se distinga entre tesis formuladas o formulables en el estricto marco ontológico de la concepción realista y tesis para las que (al menos supuestamente) es necesario el marco más amplio de la concepción estándar. Lo cual induce a pensar que cualquier tesis formulada por un autor que sea partidario de la concepción estándar está basada en esos supuestos dudosos, que configuran el marco de dicha concepción; cuando, quizá, se trata de tesis que no están basadas en dichos supuestos y que también podrían ser sostenidas por un partidario de la concepción realista. Y, de esta manera, cualquier tesis procedente de un partidario de la concepción estándar puede quedar innecesariamente bajo la sospecha de ser tan débil como los supuestos que definen el marco ontológico de esa concepción.

Si se distingue entre unas tesis y otras (entre las tesis formulables en el marco ontológico de la concepción realista y las que necesariamente se sitúan fuera de ese marco), el partidario de la concepción realista puede aprovechar aportaciones procedentes de partidarios de la concepción estándar; siempre, claro está, que dichas aportaciones no estén en contradicción con la concepción realista. Del mismo modo que el partidario de la concepción estándar puede aprovechar aportaciones realizadas desde la concepción realista, siempre, por supuesto, que dichas aportaciones no estén en contradicción con la concepción estándar.

5. Relevancia teórica de la posición ontológica

Cabe decir, pues, generalizando, que hay muchos temas, para los cuales quizá es indiferente el ser partidario de la concepción estándar o de la concepción realista: ya sean temas de teoría general del Derecho (por ejemplo, el de la interpretación de las disposiciones derogato-

rias o el tema de la publicación de la leyes), o de dogmática jurídica (por ejemplo, el tema de la distribución de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas, o el de los requisitos para adquirir personalidad jurídica).

Sin embargo, también es cierto que entre la concepción estándar y la concepción realista pura del Derecho existe un abismo; y esta diferencia, al estar localizada a un nivel tan básico, tan fundamental, como el concepto mismo de Derecho, posiblemente se reflejará en muchos temas de la teoría jurídica. Por ejemplo, quien crea en la existencia de los principios generales del Derecho puede invocarlos al elaborar una teoría de la interpretación del Derecho o de la integración de lagunas; mientras que quien no crea en ellos no dispone de esa posibilidad.

III. CONFRONTACIÓN DESDE EL PUNTO DE VISTA PRÁCTICO

1. Relevancia práctica de la posición ontológica

Las últimas observaciones realizadas, relativas a la relevancia teórica de la posición ontológica, pueden ser trasladadas al plano de la práctica. Pues también es cierto que las discrepancias ontológicas entre las dos concepciones que estamos examinando a veces no tienen consecuencias prácticas, pero otras veces sí las tienen.

Como ejemplos de casos en los que las discrepancias ontológicas o teóricas entre ambas concepciones pueden carecer de consecuencias prácticas, podemos pensar en los siguientes: un juicio civil por incumplimiento de un contrato de arrendamiento, una reclamación administrativa de un funcionario solicitando el reconocimiento de un trienio, o un juicio penal por falsificación de moneda. Es posible, e incluso probable, que, a la hora de resolver estos litigios, el enfrentamiento entre las dos concepciones del Derecho que estamos examinando no tenga ninguna repercusión. Es probable que los casos citados sean planteados dentro del marco del texto literal de la ley, sin que se haga mención ni del Derecho natural, ni del Derecho consuetudinario, ni de los principios generales del Derecho; y es aún más probable que, para la resolución de cualquiera de dichos casos, sea indiferente el que la ley sea concebida como un hecho o como una entidad ideal.

2. El problema de las leyes injustas o insuficientes

A. *Un problema reconocido también por los realistas*

Sin embargo, hay litigios en los que el ser partidario de una u otra concepción sí tiene consecuencias. Los más notables son aquéllos regulados por reglas legales que se consideran injustas, inoportunas, etc.,

brevemente, insuficientes o insatisfactorias. Dichas reglas legales pueden ser consideradas insuficientes, bien por regular el caso de una manera inadecuada, bien por no regularlo en absoluto.

Más conviene precisar, antes de seguir adelante, que la existencia de leyes injustas, inadecuadas, etc., puede ser admitida por los realistas, sin menoscabo de su teoría. Pues admitir la existencia de leyes injustas no implica asumir la existencia de una entidad ideal, «el valor justicia»; del mismo modo que admitir la existencia de alimentos insalubres no implica admitir la existencia de «la idea de salubridad».

Supongamos, pues, que un partidario de la concepción estándar y un partidario de la concepción realista afrontan un caso litigioso, regulado por leyes que ambos estiman insuficientes. La primera discrepancia entre ambos juristas se producirá cuando el primero afirme que existen reglas jurídicas no legales (las contenidas en los principios generales del Derecho, en el Derecho consuetudinario o en el Derecho natural), y el segundo niegue dicha afirmación.

Las discrepancias posteriores se centrarán en dos cuestiones: a) cómo solucionar el problema de las leyes insuficientes, y b) qué consecuencias pueden ser extraídas de la solución propuesta.

B. *Soluciones propuestas por la concepción estándar*

Un sector de la concepción estándar, integrado por iusnaturalistas, da la impresión de que pretende resolver el problema de las leyes injustas o insuficientes mediante un cambio de nombre, concretamente, negando a dichas leyes el calificativo de jurídicas. Pero esta decisión, aparte de violentar los usos lingüísticos (pues, conforme a éstos, y al menos en la actualidad, las leyes injustas no pierden por ello su carácter jurídico), no resuelve el problema, obviamente.

La solución más extendida, entre los partidarios de la concepción estándar, al problema de las leyes insuficientes consiste en proclamar que en esos casos hay que acudir a las reglas jurídicas no legales citadas anteriormente.

C. *Consecuencias extraídas por la concepción estándar*

De esta última solución o propuesta la concepción estándar extrae dos conclusiones: la primera es que no hay otra solución al problema que ésta; la segunda, que ello prueba la corrección de la concepción estándar.

Nos centraremos, en primer lugar, en este último razonamiento y comprobaremos que es incorrecto.

a) EL MUNDO NO ES COMO QUISIÉRAMOS QUE FUESE

Suponiendo que sea cierto que el problema de las leyes insuficientes no tiene otra solución que la de acudir a aquellas reglas jurídicas no legales, de ello no se sigue que dichas reglas existan, esto es, de ello no se deduce la corrección de la concepción estándar; pues podría ocurrir que dichas reglas no existieran y el problema careciera de solución. Dicho con un ejemplo: el problema del hambre que padece Fulano sólo se puede solucionar si Fulano tiene alimentos a su disposición; pero de ello no se sigue que Fulano disponga de alimentos; es posible que el problema del hambre de Fulano carezca de solución.

El partidario de la concepción estándar comete un error, pues, al argumentar que existen reglas jurídicas no legales, dado que éstas son necesarias. Y el mismo error cometería el partidario de la concepción realista, si éste arguyera que las reglas jurídicas no legales no son necesarias, dado que no existen.

Generalizando, cabe decir que el problema de si existen o no reglas jurídicas no legales es independiente del de la necesidad de esas reglas. Y puesto que ya nos hemos ocupado de la cuestión de la existencia de dichas reglas y conocemos cuáles son las posiciones de la concepción estándar y de la concepción realista al respecto, abordaremos ahora la cuestión de la necesidad de aquellas reglas; esto es, la cuestión de si el problema de las leyes insuficientes no tiene otra solución que la de acudir a esas reglas jurídicas no legales, como sostiene la concepción estándar.

b) REGLAS TRADICIONALES CORRECTORAS DE LA LEGALIDAD

1. Caracterización y clases

En líneas generales, cabe decir que es característico de la cultura jurídica continental contemporánea, y no sólo de la concepción estándar, el intentar solucionar el problema de las leyes insuficientes formulando reglas, que podemos denominar *reglas correctoras de la legalidad* (abreviadamente, RCL): reglas que establecen cómo deben ser resueltos ciertos casos, que las reglas legales regulan de forma insuficiente.

Estas RCL pueden ser clasificadas desde diversos puntos de vista, entre ellos desde los siguientes:

Desde el punto de vista del autor de dichas reglas, las podemos dividir en doctrinales y legales, según sean formuladas por la doctrina (por ejemplo, por la concepción estándar) o por el legislador. Aunque muchas de ellas son formuladas, tanto por la doctrina, como por el legislador. Ejemplos de ello son las reglas (respaldadas, en el plano doc-

trinal, por la concepción estándar del Derecho) que preconizan resolver el problema de las leyes insuficientes acudiendo al Derecho consuetudinario, a los principios generales del Derecho, o al Derecho natural. Y otro ejemplo es la regla que preconiza la aplicación analógica de las normas legales.

Desde el punto de vista de su suposición o supuesto de hecho, podemos distinguir entre las RCL que se refieren a casos no regulados expresamente por ninguna regla legal (por ejemplo, las RCL que acaban de ser citadas), y las que se refieren a casos que sí están regulados por las reglas legales, pero de forma inadecuada (como la RCL que se refiere a los actos legales, cubiertos por la letra de la ley, pero realizados en fraude de ley).

Desde el punto de vista de su consecuencia, podemos distinguir entre las RCL que establecen directamente cuál es la solución del caso (por ejemplo, la RCL que declara procedente aplicar analógicamente las reglas legales, o la que declara la nulidad de los actos realizados en fraude de ley), y las RCL que establecen la solución del caso de forma indirecta, ya que la consecuencia de dichas RCL se remite a otra instancia, para hallar en ella la solución (por ejemplo, las RCL, cuyas consecuencias se remiten a los principios generales del Derecho, al Derecho consuetudinario o al Derecho natural).

Sin embargo, hay algo que todas o casi todas las RCL tienen en común: el ir dirigidas a los jueces. Pues sería muy peligroso permitir a cualquiera apreciar si las reglas legales son insuficientes o no en relación a una materia o asunto determinado .

2. Problemas de seguridad jurídica

Muchas de estas RCL tradicionales, legales o no, plantean evidentemente el problema teórico de si existen o no esas fuentes de las que poder extraer las reglas supletorias de las reglas legales (si existen o no los principios generales del Derecho, el Derecho natural, los valores, etc.). Pero al margen de este problema teórico, del que ya hemos tratado en medida suficiente, las RCL plantean también un problema práctico, que es tan grave como el otro problema práctico, el de las leyes injustas o insuficientes, que esas mismas reglas pretenden resolver. Se trata de un problema de seguridad jurídica.

Las RCL tradicionales crean inseguridad jurídica, tanto por la vaguedad de sus antecedentes, como por la vaguedad de sus consecuencias:

En cuanto a los antecedentes o supuestos de hecho de dichas reglas, son vagos, tanto el concepto de fraude de ley (que constituye el supuesto de hecho de una de esas reglas), como el concepto de caso no regulado por una regla legal, pero teleológicamente semejante a otro caso sí regulado (que constituye el supuesto de hecho de la RCL refe-

rente a la aplicación analógica de las reglas legales). Consecuencia de ello para la seguridad jurídica es que es posible, por un lado, que un particular actúe en la creencia de que su comportamiento tendrá el efecto jurídico que la ley le atribuye y, sin embargo, un juez no atribuya a dicho comportamiento ningún efecto (declarando la nulidad de esos actos jurídicos, por considerarlos realizados en fraude a la ley); y también que es posible, por otro lado, que un particular actúe en la creencia de que su comportamiento no tendrá ninguna consecuencia jurídica, al no estar contemplado dicho comportamiento por el supuesto de hecho de ninguna regla legal, y, sin embargo, un juez sí le atribuya a ese comportamiento alguna consecuencia (la contenida en la regla legal que el juez decide aplicar analógicamente).

De ello se deduce que, ateniéndonos solamente a lo que la ley dice (a lo que dicen las RCL legales y las restantes reglas legales, y prescindiendo de la práctica jurisprudencial), sea imposible predecir cuál será la decisión judicial que resuelva un caso, tanto si dicho caso está contemplado por alguna regla legal (por alguna regla legal ordinaria, no por una RCL), como si no está contemplado por ninguna.

Por otra parte, las RCL también crean inseguridad jurídica debido a que las fuentes a que se remiten en sus consecuentes, a fin de extraer de ellas reglas supletorias de las reglas legales, tampoco están delimitadas con precisión:

En primer lugar, el conjunto de los principios (generales) del Derecho, el de las normas del Derecho natural o el conjunto de los valores jurídicos son conjuntos más que borrosos; nadie sabe con certeza todo lo que incluyen y todo lo que excluyen. Consecuencia de ello es, por ejemplo, que en un litigio los litigantes no pueden saber, no sólo cuál es el principio o norma que posiblemente le van a aplicar; tampoco pueden saber cuál es el conjunto, catálogo o lista de principios de los cuáles posiblemente le aplicarán alguno. Esta situación es semejante a la de no poder saber dónde están contenidas las normas reguladoras de una materia determinada.

En segundo lugar, no existe un acuerdo mínimo respecto a cuál es el contenido de esos principios o valores, aunque se trate de principios o valores de larga tradición, como la justicia, la equidad, la libertad, etc. Prueba de ello es la disparidad de doctrinas existentes al respecto; y los jueces, al igual que el resto de los juristas, también discrepan entre sí respecto al contenido de dichos principios.

Por último, las doctrinas acerca de cualquiera de esos principios, por ejemplo, acerca de la justicia o la equidad, no están elaboradas con tanto detalle como para permitir decidir los casos concretos. De ahí que sea posible que dos jueces o dos juristas compartan la misma concepción de la justicia o de la equidad y discrepen, sin embargo, respecto a cuál es la regla y, en definitiva, respecto a cuál es la solución, que la justicia o la equidad exigen para un caso concreto.

Lo peor de todo es, quizá, que la (presunta) aplicación de dichas RCL no garantiza la consecución del objetivo para el que fueron crea-

das, a saber: proporcionar a los casos litigiosos soluciones más justas, oportunas, etc., en una palabra, más satisfactorias que las contenidas en las leyes (en las reglas legales ordinarias). Nada garantiza que cada vez que un juez se aparta de la letra de la ley se consiga un resultado más justo del que se produciría si hubiera sido aplicado el texto de la ley. Así que es posible, dicho brevemente, que la pérdida de la seguridad jurídica vaya acompañada además de un resultado injusto (o más injusto que el que se habría obtenido, si las reglas legales hubieran sido aplicadas literalmente) .

c) UNA ALTERNATIVA REALISTA

1. Primera aproximación

Mas las RCL tradicionales no son la única solución posible al problema de las leyes insuficientes. Una alternativa *realista* a dichas RCL sería sustituir todas esas RCL por una sola regla legal, que podemos denominar *regla realista correctora de la legalidad* (RRCL). Esta regla permitiría al juez decidir cualquier caso (sea un caso no regulado, sea un caso regulado, en opinión del juez, de forma insatisfactoria) al margen de la letra de la ley, y conforme a la prudencia, conciencia, convicciones, sentimientos, etc., del propio juez.

Esta alternativa sería realista, en el sentido del realismo jurídico, dado que dicha alternativa es coherente con las tesis que caracterizan al realismo jurídico.

Mas también en el sentido ordinario de la palabra «realista», es realista la alternativa que acaba de ser sugerida; realista y, cabe añadir, valiente:

Por un lado, porque reconoce tácitamente que, al margen (o por encima) de las reglas legales, no existen otras normas, ni principios, que puedan servir para corregir esas reglas; y que, por tanto, para corregir las insuficiencias de dichas reglas, no hay más opción que acudir a la prudencia o a la conciencia de los jueces: abandonada la letra de la ley, los jueces carecen de toda instancia en la que descargar la responsabilidad de sus decisiones.

Por otro lado, la alternativa propuesta también es realista, porque significa reconocer lo que de hecho sucede: que es la prudencia, o la conciencia y la responsabilidad de los jueces las que determinan, en primer lugar, en qué casos y en qué medida aplicar la letra de la ley, o bien apartarse de ella; y determinan también, en segundo lugar, la solución concreta de los casos, tanto si dicha solución es obtenida a partir de las reglas legales, como si es formulada al margen de dichas reglas.

La RRCL que acaba de ser sugerida es preferible, desde el punto de vista teórico, a las RCL tradicionales, por dos razones:

En primer lugar, porque la teoría subyacente a aquélla es más sólida que la teoría subyacente a estas últimas: las creencias, convicciones, sentimientos, etc., de los jueces, asumidos por la RRCL, son entes más sólidos que todos los principios generales del Derecho, valores, etc., presupuestos por las RCL tradicionales.

En segundo lugar, porque las RCL tradicionales pretenden dar apariencia de racionalidad a decisiones necesariamente irracionales, con el consiguiente engaño. La RRCL, en cambio, no engaña a nadie.

2. Segunda aproximación

2.1. Formulación

Sin embargo, en el plano práctico, la RRCL plantea los mismos problemas que las tradicionales RCL: problemas de seguridad jurídica, sin que quede garantizada la obtención de la justicia (por decirlo de esta manera convencional).

La solución que voy a sugerir a continuación está inspirada en la forma de funcionamiento de organizaciones jerárquicas o cuasijerárquicas, cuando aplican, no reglas internas, sino reglas que regulan las relaciones de dichas entidades con terceras personas.

En las organizaciones que funcionan correctamente, el inferior aplica a los terceros dichas reglas escrupulosamente; y el superior se reserva la posibilidad de revisar esa aplicación, y saltarse dichas reglas, siempre en beneficio del tercero interesado, cuando aprecia que el respeto al texto literal de las reglas conduce en el caso concreto a una injusticia grave y patente.

En consonancia con ello, sugiero una RRCL que permita la formulación de decisiones *prudenciales* (esto es, decisiones que no tienen otra base que la conciencia, prudencia, sentimientos, etc., de los jueces) sólo a las instancias superiores de la magistratura, siempre que no perjudiquen a un particular, y en aquellos casos en que la inconveniencia de la decisión *legalista* (basada en el texto literal de la ley), dictada por el órgano inferior, sea grande y patente.

2.2. Justificación

1.º) El reservar la toma de soluciones prudenciales a las instancias superiores de la magistratura reduce el número de casos en que se hace peligrar la seguridad jurídica. Además, dichas decisiones se reservan a personas que, por su conocimiento y experiencia, son las más adecuadas para sentir la responsabilidad que significa atentar contra la seguridad jurídica: una responsabilidad aún mayor que la de ser legislador soberano de un caso concreto (puesto que significa enmendar al

auténtico legislador soberano). En todo caso, dichas decisiones prudenciales no podrían ser tomadas por cualquier arrogante que acaba de acceder a la judicatura, como es posible en la actualidad.

2.º) De esta manera, se privilegian las decisiones legalistas frente a las prudenciales ¹. Ello se debe a las siguientes consideraciones:

En primer lugar, a que las soluciones legalistas siempre tienen algo positivo, que es crear o contribuir a la seguridad jurídica; además pueden también ser justas. Las soluciones prudenciales, en cambio, sólo tienen la posibilidad de ser justas, convenientes, etc. (no sé si más posibilidades que las legalistas); pero la seguridad jurídica, la destruyen o perjudican en cualquier caso, o sea, incluso cuando son justas, oportunas, etc.

Y también, en segundo lugar, a que la seguridad jurídica es, por así decirlo, algo tangible; algo, cuya ausencia o presencia es fácil de determinar. De la justicia, en cambio, sabemos muy poco.

3.º) El exigir que la decisión prudencial no perjudique a un particular tiene la siguiente justificación:

El poder legislativo y el ejecutivo crean, con sus disposiciones, un complejísimo laberinto de posibles vías de actuación. El particular, persona física o jurídica, no tiene otra opción, en primer lugar, que la de realizar el esfuerzo por conocer dichas vías, cosa cada vez más difícil; después ha de limitarse a elegir una de las vías que ambos poderes le han trazado.

Supongamos que *P* es un particular, que ha elegido una de las vías que el legislativo y el ejecutivo han puesto a su disposición. Quizá *P* ha elegido una vía que le favorece injustamente, en detrimento de otro particular *R*; pero *P* ha hecho o ha podido hacer sus previsiones, dedicando gastos, molestias, tiempo, etc., confiado en el texto literal de la ley. Y supongamos también que el asunto llega ante un juez, y éste, opinando que las normas que ha de aplicar son injustas o imperfectas para ese caso concreto, decide que deben ser corregidas (para dicho caso), basándose en la equidad, la analogía, el fraude de ley, los principios (generales) del Derecho, etc. Si la resolución judicial perjudica a *P*, no sólo se estará atentando contra la seguridad jurídica, sino también contra la justicia. Pues aunque dicha resolución pueda resultar justa para el particular *R* (injustamente tratado por el texto literal de la ley), para *P* la decisión es injusta por las siguientes razones:

1. PLATÓN, como es sabido, privilegió durante un período de su vida las decisiones prudenciales, hasta el extremo de prescindir completamente de las leyes. Sin embargo, en otro momento posterior, optó por las decisiones legalistas.

La cultura jurídica contemporánea, en cambio, no está claramente definida respecto a si dar preferencia a las decisiones legalistas o a las prudenciales: una decisión respetuosa con la letra de la ley igual recibe alabanzas que críticas, por ese motivo; y lo mismo ocurre con decisiones que se apartan del texto literal de la ley.

En primer lugar, porque lo justo es que el mal sea reparado por quien lo causa, y el mal (al menos, el mal principal) consiste, en el supuesto descrito, en que el texto literal de la ley es imperfecto, a juicio del juez, para el caso litigioso (el mal no consiste en que *P* ha acatado la ley). Por ello, suponiendo (lo cual, a veces, es mucho suponer) que la apreciación del juez sea correcta, dicho mal debe ser reparado por quien lo causó, a saber, el poder legislativo o el ejecutivo. Mas si el juez, para evitar una injusticia para *R*, dicta una resolución prudencial que perjudica al particular *P* (haciendo inútiles las molestias, gastos, tiempo, etc., que *P* ha necesitado para hacer sus previsiones conforme a la ley), lo que hace es reparar el mal a costa de *P*; y éste, no sólo no es el causante de las imperfecciones de la ley, sino más bien una de las víctimas de la maraña legislativa. Y debe tenerse en cuenta que, a estos efectos (es decir, a efectos de quién debe reparar el daño que la imperfección del texto legislativo causa a *R*), es irrelevante el que *P* haya actuado de buena fe (meramente confiado en texto literal de la ley) o de mala fe (eligiendo la vía legal que ha elegido con la finalidad, principal o secundaria, de perjudicar a *R*); pues el mal está en la imperfección del texto legislativo, que es lo que posibilita el perjuicio a *R*, y *P* no es el causante de dicho mal.

Y, en segundo lugar, porque a los particulares las imperfecciones legislativas unas veces les favorecen y otras les perjudican. En el supuesto que hemos imaginado, se trata de un particular *P*, que se ve favorecido, quizá injustamente, por el texto literal de la ley en un aspecto concreto, y el asunto llega ante el juez. Una decisión judicial, que, por razones de justicia, equidad, analogía, etc., resuelva este litigio en sentido contrario al particular *P*, olvida probablemente que en otros aspectos o en otras situaciones, cuyo conocimiento no llega ante los jueces, *P* es perjudicado, quizá también de forma injusta, por el texto literal de la ley y, sin embargo, *P* lo soporta resignadamente (porque sabe que conforme al texto literal de la ley no tiene derecho a reclamar y que, por ello, es de dudosa utilidad, además de caro, incómodo, etc., el intento de remediar dicha situación por vía judicial). Dicha decisión judicial alteraría de forma injustificada la distribución aleatoria, por así decirlo, de ventajas y perjuicios que las leyes otorgan a los particulares.

Éstas son las razones por las que opino que los jueces no deben abandonar el texto literal de la ley cuando ello perjudica a un particular. De lo contrario, el poder judicial agrava la situación de desventaja en que el particular se halla frente a los otros dos poderes.

Cuestiones distintas a la anterior son la de cómo hacer justicia para el otro particular *R*, injustamente tratado por el texto literal de la ley; o hasta qué punto el poder legislativo o el ejecutivo son responsables de dicha injusticia; o si la necesaria imperfección de las leyes, la representación política, u otras excusas más o menos razonables son capaces de eximir de toda responsabilidad a dichos poderes normativos.

